

¿Cuáles son los límites y la unidad de criterio establecidos por la ley y la jurisprudencia para los pagos no constitutivos de salario?

Sara María Congote López

Proyecto de monografía para optar por el título de abogada.

Asesor
Armando Múnera Posada



Escuela de Derecho
Medellín
2020

La ley 50 en su artículo 15 modificó el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, dándole entrada a los pactos de exclusión salarial en Colombia, estableciendo que las partes podrían acordar expresamente que pagos en dinero o en especie no serían constitutivos de salario. Sin embargo, no fue claro si generó un beneficio para el trabajador o afectó sus derechos al presentarse una evasión en el pago de las prestaciones sociales y de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral. Por lo cual, mediante la construcción de una línea jurisprudencial, teniendo en cuenta lo que establece la ley y los pronunciamientos de la doctrina, se analizará cuáles son los límites y libertades que se establecen para regular los pagos no constitutivos de salario, a su vez se determinará con el análisis que contradicciones se han presentado a través del tiempo entre estas.

Palabras clave: salario, salario mínimo, pactos de exclusión salarial, autonomía de la voluntad, Sistema de Seguridad Social Integral.

In 1990 article 15 of Law 50 amended The Colombian Substantive Labor Code on its article 128, opening the possibility to celebrate salary exclusion agreements in Colombia, stating that the parties could expressly agree that payments in money or in kind would not constitute wages. However, it wasn't clear if this generated a benefit for the worker, or instead affected their rights, since there can be an evasion in the payment of social benefits and contributions to the Integral Social Security System. Therefore, through the construction of a jurisprudential line, taking into account what is established by law and pronouncements of the doctrine, it will be analyzed which are the limits and freedoms that are established to regulate non-constitutive salary payments, it will also be determined with the analysis the contradictions that have been presented over time between them.

Keywords: Wage, minimum wage, salary exclusion agreements, autonomy of the will, Integral Social Security System.

Palabras Clave

- **Salario:** Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art.127)
- **Salario mínimo:** El que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural”, mandato que está en consonancia con lo dispuesto en el artículo 53 de la Carta que consagra como uno de los principios mínimos fundamentales en materia laboral el de la “remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo. (Corte Constitucional, C-781,2003)
- **Pactos de Exclusión Salarial:** Se inspiran en la autonomía de la voluntad de las partes, como poder reconocido por el ordenamiento jurídico a los sujetos de derecho para autorregular sus intereses, con la finalidad de permitirle al empleador pagarle al trabajador beneficios o auxilios habituales u ocasionales sin que constituyan salario y con la salvedad que su alcance no es pervertir el concepto de lo que sí es salario y que nunca podrá ser desconocido por el acuerdo de las partes del contrato de trabajo. (Manrique, 2014)

- Autonomía de la voluntad: La autonomía de la voluntad privada es la facultad reconocida por el ordenamiento positivo a las personas para disponer de sus intereses con efecto vinculante y, por tanto, para crear derechos y obligaciones, con los límites generales del orden público y las buenas costumbres, para el intercambio de bienes y servicios o el desarrollo de actividades de cooperación. (Corte Constitucional, C-934,2013)
- Sistema de Seguridad Social Integral: El sistema comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro. (Ley 100, 1993, art. 1)

Introducción	1
Capítulo 1 Planteamiento del problema	2
1.1. Descripción del problema	2
1.2. Objetivo General	3
1.3. Objetivos Específicos.....	3
1.4. Justificación.....	4
1.5. Marco Teórico	5
Capítulo 2 Conceptos y normatividad.....	5
2.1. Derecho de trabajo	6
2.2. Contrato de trabajo	8
2.3. Salario	8
2.3.1. Salario en especie.....	11
2.3.2. No constituye salario.....	11
2.4. Indemnización moratoria	14
2.5. Seguridad social	15
Capítulo 3 Línea jurisprudencial.....	17
3.1. Sentencias que integran la línea jurisprudencial	18
3.2. Esquema de línea jurisprudencial.....	35

3.3. Análisis de la línea jurisprudencial.	44	vii
Conclusiones	52	
Bibliografía	54	

Introducción

En Colombia siempre ha intentado protegerse el derecho al trabajo, pretendiendo además que este derecho se dé bajo el cumplimiento de derechos y garantías mínimas que se exigen en la ley, privilegiando incluso un trato más favorable al trabajador que al empleado, ya que el primero generalmente se encuentra en una desventaja con el segundo. Uno de los puntos más importantes en cuanto a estas garantías mínimas es que la remuneración recibida por el trabajo realizado sea justa, por lo cual se estableció el Salario Mínimo Mensual Legal Vigente (SMMLV), el cual incrementa cada año con el fin de cubrir las necesidades normales de un trabajador y las de su familia.

Además del SMMLV todo trabajador tiene derecho a las prestaciones sociales, las cuales se establecieron con el fin de cubrir las necesidades que podrían originársele al trabajador con motivo o durante la relación de trabajo. Por otra parte, con el mismo fin de brindarle protección a los derechos mínimos y garantías de los trabajadores, y una mayor calidad de vida, se estableció el Sistema de Seguridad Social Integral, ante el cual se cotizan los aportes de salud, pensión y riesgos laborales.

Sin embargo, a pesar de estos mínimos establecidos por la ley, la misma permite la configuración de pactos de exclusión salarial, una figura que puede poner en riesgo los derechos adquiridos por los trabajadores, es importante entonces esclarecer si los pagos no constitutivos de salario representan para los trabajadores una ventaja o una desventaja.

Por lo expuesto anteriormente, es que el objetivo principal de este trabajo será determinar 2 cuáles son los límites establecidos por la ley y la jurisprudencia para los pagos no constitutivos de salario, y si hay o no unidad de criterio en los mismos, además de las consecuencias que desencadenan dicho tipo de pagos.

La presente monografía será desarrollada en dos capítulos, en el primer capítulo se expondrán los conceptos relevantes para la investigación, y se iniciara con un análisis sobre la normativa y regulación de este tema, posteriormente en el segundo capítulo se recopilara jurisprudencia existente de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, en la que se relacionen los pactos de exclusión salarial, de manera que al finalizar estos dos capítulos se pueda encontrar una respuesta clara al interrogante inicial.

Capítulo 1

Planteamiento del problema

1.1. Descripción del problema

Uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo lo constituye el salario como la remuneración por el servicio prestado. Mediante el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 el legislador les dio la facultad a las partes de que, por autonomía de la voluntad pudiesen acordar que algunos pagos no fueran constitutivos de salario.

Es posible que, en la actualidad, los empleadores estén evadiendo pagos de prestaciones sociales, aportes en pensión al Sistema de Seguridad Social Integral, además de las

indemnizaciones a las que hubiese lugar en cada caso, a través de la desalarización, 3 convirtiéndose entonces esta figura jurídica no en un beneficio para el trabajador, sino en una vulneración a los derechos y garantías mínimas, que le corresponden.

1.2. Objetivo General

Determinar cuáles son los límites establecidos por la ley y la unidad de criterio de la línea jurisprudencial para los pagos no constitutivos de salario, y las consecuencias que desencadenan dicho tipo de pagos.

1.3. Objetivos Específicos

1.3.1. Analizar lo establecido por la ley en cuanto al salario, y los pagos que no constituyen salario.

1.3.2. Explorar los diferentes planteamientos expuestos por la doctrina sobre el tema de flexibilización salarial.

1.3.3. Establecer una línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en la cual se evidencie los diferentes límites o libertades que se han establecido a través de los años para los pagos no constitutivos de salario.

1.3.4. Evidenciar que consecuencias implicarían los pactos sobre pagos no constitutivos de salario frente a las prestaciones sociales, las indemnizaciones y los aportes en el Sistema de Seguridad Social Integral.

Esta investigación pretenderá determinar que límites y libertades se han establecido en Colombia frente a los pagos no constitutivos de salario, esto mediante lo establecido por la ley, la jurisprudencia de las Cortes y los planteamientos de la doctrina, para así determinar que protecciones hay para los trabajadores que celebran estos pactos de exclusión salarial.

Es relevante este tema porque, si bien debe garantizarse y protegerse el derecho al trabajo, es de suma importancia que se dé con el mínimo de derechos y garantías, por lo cual es necesario estudiar si la posibilidad de pactar una exclusión salarial en lugar de poner al trabajador en una posición privilegiada lo deje en una posición vulnerable, al no recibir las correspondientes prestaciones sociales y, al no presentarse de manera correcta los aportes en pensión al Sistema de Seguridad Social Integral, entendiéndose que el IBC es el salario del trabajador, por lo cual los pagos no constitutivos de salario implicarían una disminución en el IBC, este sería más bajo que lo que realmente devenga el trabajador, por lo que ante un supuesto de una invalidez de origen común el trabajador quedaría recibiendo una pensión menor a lo que realmente constituía su salario.

Es además necesario estudiar si a través de los años se han presentado contradicciones entre la ley, la jurisprudencia y la doctrina, o si por el contrario siempre han estado claros los delimitantes para estos pactos, de manera que se pueda esclarecer de qué forma se está protegiendo esos derechos y garantías mínimos de los trabajadores y si hay una debida implementación de los pactos.

Para realizar esta monografía nos enfocaremos principalmente en la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, pero es necesario antes estudiar lo que ha establecido la ley acerca de los pagos no constitutivos de salario, ya que inicialmente los pagos que constituían salario se presentaron como una lista no taxativa en el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo, pero mediante el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 se modificó el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, permitiéndoles a las partes la posibilidad de hacer pactos de exclusión salarial, posteriormente en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010 se estableció que los pagos no constitutivos de salario no podían ser superiores al 40% de la remuneración total, a partir de aquí es necesario analizar los pronunciamientos de las Cortes, para finalmente explorar los planteamientos de la doctrina en especial los de la UGGP y el Ministerio del Trabajo, de manera que podamos obtener una claridad sobre los límites en los pagos no constitutivos de salario, desarrollando así el objetivo del proyecto.

Capítulo 2

Conceptos y normatividad

Para poder esclarecer los límites y la unidad de criterio de la ley y la jurisprudencia frente a los pactos de exclusión salarial, será necesario en este capítulo contextualizar al lector sobre la regulación de las relaciones laborales en Colombia, se debe ahondar en los conceptos y en las normas que regulan dichos conceptos, para tener claridad sobre los pagos no constitutivos de

salario, se explicará a lo largo de este capítulo como se protege el derecho al trabajo, cuando 6 se entiende en el ordenamiento jurídico que hay un contrato de trabajo, de qué manera a través de la Ley 50 de 1990 se permiten los pactos de exclusión salarial, y se exploraran algunos conceptos de la doctrina acerca del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, una vez expuesto esto se dará paso en el capítulo siguiente a desarrollar la línea jurisprudencial.

2.1. Derecho de trabajo

En Colombia como Estado Social de Derecho desde el preámbulo de la Constitución Política de 1991 promete garantizar a los habitantes de la nación, entre otras cosas, el trabajo (Const., 1991), entendiéndolo como uno de los elementos esenciales para una vida digna, posteriormente la misma lo define así: “El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas.” (Const., 1991, art. 13).

Además, de garantizar ese derecho como se demostró en el artículo citado, amplía la protección de este, estableciendo:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la

aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad ⁷ sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna. La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (Const., 1991, art. 53).

El derecho al trabajo se regula actualmente en el Código Sustantivo del Trabajo, en el cual se ratifica (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, arts. 13, 14) la irrenunciabilidad de las disposiciones legales que regulan el trabajo humano, dado a que estas son de orden público, a menos que la ley permita excepciones, teniendo en cuenta que estas no pueden desconocer los derechos y garantías mínimos de los trabajadores. Al respecto la Corte Constitucional detalló:

De acuerdo con el orden constitucional, los derechos laborales deben ser objeto de especial protección por parte de la legislación. En un estado social de derecho, la protección a las personas que trabajan, en especial, aquellas cuyo mínimo vital en dignidad, y el de sus allegados o personas a cargo, depende de su remuneración, es un derecho fundamental. Su goce efectivo debe estar garantizado y protegido por un régimen legal acorde y especial a su importancia. No puede tener la misma protección que, por ejemplo, obligaciones comerciales rutinarias y ordinarias. El artículo 25 de la Carta

Política consagra categóricamente, dentro de los derechos fundamentales, que el 8 trabajo es ‘un derecho y una obligación social’. Adicionalmente, establece que el trabajo goza de ‘la especial protección del Estado’, aclarando que esta protección se debe dar en ‘todas sus modalidades’, es decir, sin importar qué tipo de labor se esté desempeñando. (Corte Constitucional, C-237,2014)

2.2. Contrato de trabajo

De acuerdo con la definición de este contrato (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, arts. 22, 23) mediante el mismo una persona natural, quien se denominara trabajador, se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, denominada empleador, sea esta natural o jurídica, y será fundamental que en el concurran tres elementos esenciales, el trabajador debe prestar el servicio personalmente, debe existir una continua subordinación o dependencia respecto del empleador, y debe el trabajador recibir la retribución del servicio denominada salario.

2.3. Salario

En esta investigación es crucial el salario como uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, se expondrá a continuación algunas definiciones de este concepto, sin embargo a pesar de que en ellas se encuentre un hilo, este es un concepto que no está claramente definido, razón motivadora de esta investigación, ya que en muchas ocasiones no se tiene certeza absoluta si un

pago es constitutivo o no de salario, en el artículo 14 de la Ley 50 de 1990 se estableció que ⁹ el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo quedaría así:

Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones. (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art. 127).

Por su parte la Corte Constitucional planteo lo siguiente:

(...) la regla general es que constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación o retribución directa y onerosa del servicio, y que ingresan real y efectivamente a su patrimonio, es decir, no a título gratuito o por mera liberalidad del empleador, ni lo que recibe en dinero en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, ni las prestaciones sociales, ni los pagos o suministros en especie, conforme lo acuerden las partes, ni los pagos que según su naturaleza y por disposición legal no tienen carácter salarial, o lo tienen en alguna medida para ciertos efectos, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales, acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador,

cuando por disposición expresa de las partes no tienen el carácter de salario, con 10 efectos en la liquidación de prestaciones sociales. (Corte Constitucional, C-521,1995)

La misma Corte en una sentencia posterior expresa:

Las fuentes positivas que permiten desarrollar la noción integral del salario, no sólo se encuentran en los artículos de la Constitución y la legislación interna; es menester acudir a instrumentos de derecho internacional que se encargan de desarrollar materias laborales y que, por virtud del artículo 93 de la Carta Política, hacen parte de la normatividad iusfundamental vigente en nuestro país, a través de lo que se ha denominado bloque de constitucionalidad. (Corte Constitucional, C-401,2005)

Por lo cual es indispensable referir también lo expuesto por la Organización Internacional del Trabajo en el convenio 95 que ratificó el gobierno colombiano:

El término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que éste último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar. (OIT, 1949)

2.3.1. Salario en especie.

11

El artículo 16 de la Ley 50 de 1990 subrogó el artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo, estableciendo que salario en especie sería lo siguiente:

(...) toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como alimentación, habitación o vestuario que el empleador suministra al trabajador o a su familia, salvo la estipulación prevista en el artículo 15 de esta ley. (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art. 129)

Establece además (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art. 129) que este no puede conformar más del 30% de la totalidad del salario si el trabajador devenga un salario mínimo, o más del 50% si el salario devengado es superior al mínimo. En palabras de Cuartas (2015), el salario en especie representa: “la cantidad de bienes materiales de valor o su equivalente, en servicios recibidos por el trabajador, encaminados generalmente a cubrir necesidades básicas como: alimentación, vivienda o vestido.” (p. 23)

2.3.2. No constituye salario.

En la misma Ley 50 de 1990 en el artículo 15 se subrogó el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, estableciendo como nuevo texto el siguiente:

Pagos que no constituyen salario. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera libertad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de

economía solidaria y lo que recibe en dinero o especie no para su beneficio, ni para 12 enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad". (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art. 129) (subrayas fuera del texto)

La parte subrayada del texto anterior fue demandada para ser declarada inexecutable al ser considerada por el ciudadano Jorge Luis Pabón Apicella violatoria de la Constitución Política, frente a lo cual la Corte Constitucional resuelve declarar el aporte de la norma acusada executable, argumentando que:

Estima la Sala que es de la competencia del legislador, dentro de la libertad que tiene como conformador de la norma jurídica, determinar los elementos de la retribución directa del servicio dentro de la relación laboral subordinada, esto es, lo que constituye salario, con arreglo a los criterios y principios ya mencionados, lo cual le impide desconocer la primacía de la realidad sobre la forma y mudar arbitrariamente la naturaleza de las cosas, como sería quitarle la naturaleza de salario a lo que realmente tiene este carácter.

Igualmente, dicha competencia se extiende a la determinación expresa, respetando 13 los referidos criterios y principios, o deferida a la voluntad de las partes, de los pagos o remuneraciones que no constituyen salario para los efectos de la liquidación de prestaciones sociales. Esto último es particularmente admisible, dado que la existencia del contrato y de los acuerdos y convenios de trabajo como reguladores de las relaciones de trabajo es reconocida por la propia Constitución (art. 53), en cuanto no menoscaben la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. (Corte Constitucional, C-521,1995)

Fue así como esta ley le dio flexibilización al concepto de salario, permitiendo que entre las partes colectiva o individualmente celebraran pactos de exclusión salarial, de modo que ciertos pagos no tuvieran incidencia sobre la liquidación de prestaciones sociales, y aportes en pensión al SSSI, el legislador extendió esta posibilidad en aras de beneficiar al trabajador, por lo que en principio estos pactos no podrían afectar los derechos ya adquiridos por los trabajadores.

Recopilando todo lo que se ha expuesto hasta ahora, a pesar de que no pueda tomarse una única definición de salario, si podemos establecer unos parámetros para lo que más comúnmente constituye salario, exceptuando de este los supuestos taxativos que se enuncian en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, y los pactos que, mediante la autonomía de la voluntad de ambos, realicen el empleador y el trabajador, sobre pagos que no remuneren directamente el servicio prestado, teniendo en cuenta que estos no pueden pretender la desalarización de pagos que por naturaleza son salariales.

En el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo (Código Sustantivo del Trabajo, 1950, art. 65) se consagra una indemnización a la cual tendrá derecho el trabajador en caso de que su empleador se encuentre en mora en el pago de salarios o prestaciones sociales, consistente en un pago igual a su último salario diario por cada día en mora durante los primeros veinticuatro meses, sin embargo si el trabajador devengaba más de un salario mínimo mensual legal vigente y transcurridos veinticuatro meses desde la fecha de terminación del contrato no ha iniciado la reclamación por vía ordinaria, no habrá lugar a la indemnización y en su lugar el empleador deberá pagar solo los intereses moratorios. La Corte Constitucional explicó la sanción así:

El ordenamiento jurídico laboral ofrece diferentes alternativas para evitar que el incumplimiento del empleador irroque perjuicios desproporcionados al trabajador. En primer término, establece la indemnización moratoria y los intereses supletorios para todos aquellos ingresos relacionados con la retribución por el trabajo o con la cobertura de los riesgos inherentes al empleo, ello a través de la amplia fórmula prevista en el artículo 65 CST, que extiende esa obligación para los “salarios y prestaciones en dinero”. Además, procede conjuntamente la indexación, en tanto mecanismo objetivo de corrección monetaria, que en cualquier caso también se aplica cuando se eximiere al empleador de la indemnización con base en la acreditación de su buena fe. Ello con el fin de impedir que el trabajador vea afectado su patrimonio en razón de la mora del empleador. (Corte Constitucional, C-892,2009)

Se debe señalar que para que haya lugar a la indemnización moratoria, además de 15 encontrarse en mora el empleador, este debe haber obrado de mala fe, le corresponderá a el mismo en caso contrario demostrar que actuó conforme a la buena fe para exonerarse de ese pago indemnizatorio al trabajador.

2.5. Seguridad social

La seguridad social como un derecho fundamental es definida por la Constitución Política así: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.” (Const., 1991, art. 48).

En el año 1993 el legislador expidió la Ley 100 en la cual se regula el Sistema de Seguridad Social Integral, acerca de las cotizaciones al sistema general de pensiones establece “durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario (...)” (Ley 100, 1993, art. 17)

La indebida implementación de los pactos de exclusión salarial tiene incidencia en los aportes al sistema general de pensiones, teniendo en cuenta que los aportes se hacen sobre el Ingreso Base de Cotización, si el pacto celebrado entre el empleador y el trabajador recae en realidad sobre un pago que por naturaleza es salarial, se estarían afectando los derechos del trabajador, en cuanto los aportes realizados al sistema estarían por debajo de lo que realmente debería aportarse. Al respecto la Corte Constitucional expuso:

A cargo del empleador recae la responsabilidad de cancelar los aportes a su cargo, 16 y los de sus trabajadores. (...) Ahora bien, la omisión del empleador en el aporte de las cotizaciones al sistema, no puede ser imputada al trabajador, ni podrá derivarse de ésta consecuencias adversas. Estos resultados negativos se traducen en la no obtención de la pensión mínima, la cual se configura como una prestación económica que asegura las condiciones mínimas de subsistencia, y pondría en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana y seguridad social del trabajador. (Corte Constitucional, T-327,2017)

Procurando la protección de los aportes a la Seguridad Social, dada a su importancia mencionada anteriormente, en el año 2010 el Congreso de Republica estableció:

Sin perjuicio de lo previsto para otros fines, para los efectos relacionados con los artículos 18 y 204 de la Ley 100 de 1993, los pagos laborales no constitutivos de salario de los trabajadores particulares no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración. (Ley 1393, 2010, art.30)

En cuanto a la interpretación del artículo anteriormente citado se encontraron dos posiciones diferentes en la doctrina, y los conceptos que debían tenerse en cuenta dentro de lo que el artículo refiere como el total de la remuneración. De acuerdo con el concepto 101294 del Ministerio de la Protección Social, para el cálculo de este porcentaje no debe tenerse en cuenta las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX:

Acorde con lo anterior y teniendo en cuenta que las prestaciones sociales de que tratan los Títulos VIII y IX del CST, no tiene carácter retributivo del trabajo, sino que se trata

de un beneficio y derecho que se otorga al trabajador, por lo cual éstas para los 17 efectos del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, no se entenderían incluidas dentro del concepto de remuneración. (Ministerio de la Protección Social, 2011)

Por su parte el Ministerio del Trabajo tuvo la misma postura, pues al presentar su concepto 147921 de 2013 se apoyó en el concepto antes expuesto del Ministerio de Protección Social. En cambio, la UGPP en su acuerdo 1035 de 2015, en cuanto a dicho tope del 40% estableció:

Que para efectos de la aplicación del límite del cuarenta por ciento (40%) establecido en el artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, los pagos laborales no constitutivos de salario que deben tenerse en cuenta son los enunciados en la Sección II, numeral 1, literales a), b), c) d), e), f), g) y h) de este Acuerdo, que corresponden a los previstos en los artículos 128 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 2 de la Ley 15/59 y numeral 3 del artículo 169 y literal b) del numeral 2, inciso 2, del artículo 173 del Decreto Ley 663/93. (UGPP, 2015)

Capítulo 3

Línea jurisprudencial

En este capítulo se expondrá la línea jurisprudencial que se conformó durante la investigación del proyecto de monografía, mediante la cual fue posible estudiar los límites y la unidad de criterio en las sentencias emitidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Durante el estudio de las sentencias de la Corte se encontró que la jurisprudencia sobre el tema era voluminosa, por

lo cual la línea se construyó a través de la metodología expuesta en el libro “El derecho de los jueces” del autor Diego Eduardo López Medina. De acuerdo con lo expuesto por el autor (López, 2006, p.168) después de estudiar varias sentencias se encontró el punto arquimédico de apoyo, y se implementó a partir de este la ingeniería reversa, para finalmente elaborar la telaraña y los puntos nodales de jurisprudencia. De este estudio se derivó gran parte de la bibliografía, ya que determinar la sentencia arquimédica no fue fácil, para encontrar las primeras sentencias se usó el buscador electrónico Vlex y las demás sentencias se derivaron del nicho citacional de la sentencia arquimédica, finalmente esta línea se integró por un total de quince sentencias, emitidas entre los años 1993 y 2018.

3.1. Sentencias que integran la línea jurisprudencial

Se considera adecuado enunciar cuales sentencias integraran la línea jurisprudencial, además de hacer un recuento corto del problema jurídico del cual emana cada pronunciamiento, y cuál fue la decisión de la Corte ante cada controversia, de modo tal que en los próximos numerales sea más claro de qué forma se construyó el esquema de la línea y su posterior análisis. Se subrayarán además las palabras consideradas claves de las citaciones de la Corte, entendiéndose así que en ningún caso las subrayas hacen parte de los pronunciamientos.

3.1.1. Sentencia del 12 de febrero de 1993 – Radicado 5481

Maria Frady Sarmiento inició un proceso laboral en contra de la Compañía Colombiana de Tabaco S.A., con la finalidad de que se le ajusten sus pagos de pensión y de las prestaciones

19
sociales sobre el salario real, esto es, incluir en el mismo la “prima de vacaciones” y “prima de antigüedad”. En primera instancia el Juzgado condeno a la demanda al pago de las pretensiones de la demandante. En segunda instancia el Tribunal estableció lo mismo.

La Corte acerca de la interpretación de los artículo 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo explica que:

(...) se impone concluir que no interpretó erróneamente el Tribunal el artículo 127 del Código Sustantivo de Trabajo ni tampoco dejó de aplicar el 128 del mismo ordenamiento. Estas normas, en lo esencial, siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículo 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por tanto constituye salario, ya no lo sea en virtud de disposición unilateral del empleador o por convenio individual o colectivo con sus trabajadores. En efecto, ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la Ley 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son “salarios” pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.) (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 5481, 1993)

En cuanto al recurso de casación decide NO CASAR la sentencia dado al carácter salarial 20 de las primas recibidas por la demandante:

Se concluye por tanto que la sentencia no incurrió en ninguno de los quebrantos normativos que le atribuye el cargo, dado el carácter salarial que tienen tanto la prima de vacaciones, en la medida en que no puede confundirse con el descanso obligatorio, como la prima de antigüedad, teniendo en cuenta que uno de los hechos que precisamente justifica la discriminación entre trabajadores que desempeñan un trabajo igual y reciben distinta remuneración es la antigüedad en el servicio. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 5481, 1993)

3.1.2. Sentencia del 29 de enero de 1997 – Radicado 8426

Francisco Gutiérrez Jaramillo inicio proceso laboral en contra de Caracol S.A. con la finalidad de que se le reconocieran las comisiones como constitutivas de salario, y por lo tanto se diera el reajuste en los pagos de prestaciones al Instituto de Seguros Sociales y la indemnización moratoria. En primera instancia el Juzgado resuelve condenar al demandado a los pagos solicitados por el demandante, exceptuando el de la mora. En segunda instancia el Tribunal confirma, exceptuando los pagos al Instituto de Seguros Sociales.

La decisión de la Corte fue CASAR PARCIALMENTE la sentencia, condenando como se hizo en primera instancia al demandado a pagar al Instituto de Seguros Sociales, los ajustes faltantes, al respecto de las comisiones, anotó:

Finalmente, aunque por todo lo dicho, no tiene incidencia alguna en el resultado del 21 juicio, observa la Sala, por vía de doctrina, que con arreglo al artículo 127 del C.S. del T. las comisiones pactadas entre el empresario y el trabajador son factor de salario en su integridad, sin que sea dable escindidas en sumas que se otorgan como alojamiento y gastos de representación. Si las, partes desean convenir estos últimos conceptos para que sean devengados por el empleado, lo pueden hacer en, otra estipulación con las consecuencias que permite el artículo 15 de la ley 50 de 1990 (exclusión para efectos de prestaciones sociales), pero sin afectar la autonomía que revisten las comisiones, las que, dada su naturaleza y previsión legal, siempre tienen una connotación salarial, por lo que un pacto en contrario sería ineficaz. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 8426, 1997)

3.1.3. Sentencia del 28 de octubre de 1998 – Radicado 10951

Sacos de Colombia Limitada fue demandada por Andrés Egas Zaninovich, quien argumento que además de su salario recibía comisiones, las cuales no se tuvieron en cuenta en la liquidación de prestaciones sociales por lo cual había lugar además a indemnización moratoria. En primera instancia el Juzgado condeno al demandado al pago de las prestaciones y a la indemnización moratoria. En segunda instancia el Tribunal confirmo.

La Corte NO CASA la sentencia atribuyendo la decisión a la falta de pruebas que demostraran la buena fe del demandado:

Pese a ello, estima la Corte que el razonamiento expuesto por el Tribunal de no encontrar en dichas pruebas razones atendibles que justifiquen al empleador en haber omitido

incluir como parte integrante del salario del demandante las comisiones que éste 22 recibía por las ventas realizadas, no resulta desacertado, y menos con la connotación de manifiesto. Y esto porque pór más consensual que ostente un pacto de esa índole, ese sólo hecho no sirve de pretexto para derivar a través de él una actitud de buena fe que permita eximir al empleador de la consiguiente indemnización monetaria, ante el pago deficitario de las prestaciones sociales del actor. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 10951, 1998)

3.1.4. Sentencia del 10 de diciembre de 1998 – Radicado 11310

Segundo Abril Rubiano y la sociedad Internacional de Tanques Limita fueron demandados solidariamente por David Bueno Acevedo, con el fin de que se hiciera un ajuste en los pagos de las prestaciones sociales además de su indemnización moratorio, incluyendo como salario un pago que recibía por el 7% del valor de lo producido por el vehículo. En primera instancia el Juzgado absolvió al señor Segundo Abril Rubiano, pero condeno al pago de las pretensiones del demandante a la sociedad demandada. En segunda instancia el Tribunal absolvió a la sociedad.

La Corte NO CASO la sentencia, dado a que el pacto de exclusión salarial era válido, puesto que dicho pago no era constitutivo de salario, expresando:

Por tanto, como ya ha tenido oportunidad de resaltarlo la Sala, en cuanto a las comisiones que por ley son salario, no es dable desnaturalizar, por avenimiento, tal connotación. En cambio, prerrogativas que convienen las partes voluntariamente, como la bonificación por viajes realizados pactada en el caso bajo examen, encajan dentro de los beneficios

susceptibles de ser acordados como no constitutivos de salario, como acertadamente 23 lo dedujo el tribunal, pues además de estimular la productividad, constituyen un verdadero incentivo para los trabajadores, el cual, de no poderse pactar en tales condiciones de flexibilidad, en muchas ocasiones no sería concedido. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 11310, 1998)

3.1.5. Sentencia del 1 de octubre de 2003 – Radicado 21129

María José Lorenzana Pombo de Madero demandó solidariamente a las sociedades Promotora Andina de Recreaciones S.A. y Peñalisa de Entre ríos S.A., para que con base en el salario realmente devengado incluyendo en este la “comisión sobre ventas” se le pagaran las prestaciones sociales debidas y en consecuencia la indemnización moratoria. En primera instancia el Juzgado condenó a la demandada al pago de las prestaciones sobre el salario real y la correspondiente indemnización por mora. En segunda instancia el Tribunal confirmó sobre lo primero, pero absolvió de la mora al no encontrarse mala fe en las actuaciones del demandado.

La Corte para este caso CASA PARCIALMENTE la sentencia de segunda instancia, en cuanto para la Sala al igual que para la primera instancia se encontró evidencia de la mala fe del empleador, expresó:

Demostrado como está el error de apreciación en esa prueba calificada, puede la Corte entrar a analizar los testimonios que acusa el cargo, de los cuales resulta palmar que la Empresa para el pago de salarios de sus trabajadores asumió una conducta que era reiterada y que consistía en remunerar a través de comisiones que se liquidaban a nombre

de terceros, lo cual constituye una mala práctica empresarial, con la que se procura 24 disminuir ilícitamente el monto de sus obligaciones para con las entidades de seguridad social, comportamiento ese suficiente para que se configure la mala fe, también para con el trabajador. La actuación persistente y deliberada de eludir pagos salariales es un signo inequívoco de mala fe patronal. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 21129, 2003)

3.1.6. Sentencia del 14 de noviembre de 2003 – Radicado 20914

German Herrera Cortes demando a Gran Cadena de Almacenes Colombianos S.A. para que esta le pagara las correspondientes prestaciones sociales de acuerdo a su verdadero salario, y por consiguiente la indemnización moratoria. En primera instancia el Juzgado absuelve al demandado de todas las pretensiones. En segunda instancia el Tribunal declara ineficaz el acuerdo de desalarización de las comisiones y condena al demandado al pago de lo correspondiente.

La Corte NO CASA la sentencia considerando que:

Lo anterior resulta suficiente para la improsperidad de los cargos, con más veras, porque reiteradamente esta Corporación interpretando los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificados por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, ha sostenido, como lo puntualiza el Tribunal, “que las comisiones por expreso mandato legal son salario y por lo mismo carecen de eficacia aquellos acuerdos Inter.-partes que le desconozcan ese carácter. (Ver entre otras, sentencia del 29 de enero de 1997, expediente 8426)”, sentencia de 19 de febrero de 2.003, radicación 19475. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 20914, 2003)

3.1.7. Sentencia del 10 de julio de 2006 – Radicado 27325

25

Julio Alberto Saavedra Salcedo demanda a la sociedad Terra Networks Colombia S.A. alegando que además de su salario debía recibir una comisión del 8% por ventas en la compañía, la sociedad en cambio manifestó que, efectivamente se habían realizado esas ventas, pero no por gestiones del demandante. En primera instancia el Juzgado absolvió a la demandada de las pretensiones. En segunda instancia el Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia.

La Corte luego de expresar que, si bien las comisiones constituyen salario, de acuerdo al contrato de trabajo las partes habían acordado que se recibirían de acuerdo a las gestiones realizadas por el empleador, por lo cual NO CASA la sentencia, argumentó:

Así las cosas, no parece razonable que las partes hubieran convenido en el literal b) y en el párrafo 3. una distinta forma de remuneración sobre comisiones para el demandante, hasta el punto de que la última se causaba sin la intervención directa del demandante.

El propio contrato de trabajo es un elemento que tiende a descartar esa tesis, ya que en la cláusula primera que fijó el objeto contractual se pactó que “Las labores que el EMPLEADO se obliga a desarrollar para EL EMPLEADOR se basa de manera exclusiva en la realización de negocios con entidades o empresas del sector oficial”, lo que refleja una actividad directa del trabajador o una participación activa en las negociaciones tendientes a celebrar contratos con empresas del sector público. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 27325, 2006)

Laboratorios Biogen de Colombia S.A. fue demandado por Yasmina Esther Carrillo Cantillo dado a que esta además de su salario recibía de parte de la demandada una suma por concepto de “premios”, pretendía entonces que dichos pagos se tomaran en cuenta para el pago de las prestaciones sociales y la indemnización moratoria. En primera instancia el Juzgado absolvió a la demandada. En segunda instancia el Tribunal confirmó.

La Corte CASO la sentencia estableciendo que los pagos que recibía la demandante por concepto de premios, si eran salario:

(...) si el pago realizado a la accionante tenía todas las características del salario y correspondía realmente al concepto de comisiones, independientemente de la denominación que se le diera, no podía excluirse como parte del salario retributivo del servicio, porque, tal cual lo señala el recurrente, esa naturaleza salarial proviene del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y no se le puede desconocer por lo dispuesto en el 128, puesto que él no permite restar el carácter salarial de cualquier pago al que se refieran los acuerdos celebrados por los contratantes, sino que procede sólo frente a algunos auxilios o beneficios. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 29806, 2008)

Finalmente, con respecto a la indemnización moratoria (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 29806, 2008) expresó “No resulta atendible la justificación esgrimida por la empleadora en el escrito de oposición para demostrar buena fe.” Explicando que:

Debe anotar la Corte, para evitar equívocos, que la declaratoria de ineficacia de una 27 cláusula contractual no implica de por sí la imposición de la sanción moratoria, sino que, consecuente con su criterio tradicional, para la Sala en cada caso habrá de analizarse si habría razones atendibles o algún fundamento plausible para estimar que dicho pacto se ajustaba a la ley. Con esto, asimismo, se está indicando, que la sola circunstancia de que el trabajador suscriba un contrato que contiene cláusulas de aquella naturaleza, tampoco justifica de por sí la conducta del empleador de negarle el reconocimiento de derechos que por su naturaleza son irrenunciables. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 29806, 2008)

3.1.9. Sentencia del 1 de febrero de 2011 – Radicado 35771

La demanda la presento Jorge Humberto Agudelo López en contra de la Corporación Deportiva Once Caldas, el objeto de la demanda consistió en que se le liquidaran sus prestaciones con base al salario real, incluyendo dentro de este una suma que recibía el demandante por concepto de “gastos de representación” y la indemnización por la mora en el pago de las prestaciones sociales. En primera instancia el juzgado condeno al demandado al pago de prestaciones sociales de acuerdo al salario realmente devengado, sin embargo, no reconoció frente a estas indemnizaciones moratorias. En segunda instancia el Tribunal además de ratificar sobre las prestaciones sociales, condeno al demandado a la indemnización moratoria sobre estas.

La corte NO CASO la sentencia, considerando que los gastos de representación para este caso en particular si eran constitutivos de salario:

De tal suerte que los gastos de representación no se pueden utilizar para remunerar 28 a todos los trabajadores, puesto que solo aplican respecto de los que actúan, a título personal, sino en nombre del empleador, en su representación, y, que, en tal condición, lo comprometen y lo obligan.

En ese sentido, un trabajador cuyas labores son netamente operativas o administrativas en el interior de la empresa no se puede ser considerado como que actúa a nombre de ella en su representación ante terceros, y, en consecuencia, no es dable asignarle una remuneración bajo el concepto de gastos de representación. Hacerlo, indudablemente, supone la intención del empleador de evitarse ciertas cargas laborales, de forma fraudulenta o torticera. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 35771, 2011)

Además, (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 35771, 2011) al no verse asistida la buena fe del demandando este debía pagar también la indemnización moratoria “Y aquí la Corte encuentra es la intención de la parte demandada de desconocer la naturaleza eminentemente salarial de lo que se llamaron gastos de representación”

3.1.10. Sentencia del 12 de julio de 2011 – Radicado 38832

La ciudadana Madelin Calderón demanda a Salud Total S.A. E.S.P., con la finalidad de que se declare la ineficacia del pacto de exclusión salarial y por lo tanto se reajusten sus prestaciones sociales y la indemnización moratoria de las mismas. En primera instancia el juzgado declara la ineficacia del pacto en razón de que las sumas que recibía por “comisiones” y “subsidio de

transporte extralegal” denotaban factor salarial. En segunda instancia el Tribunal confirmó 29 la decisión de la primera instancia.

La Corte opta por NO CASAR la sentencia argumentando:

Y es que, debe decirse que, aun cuando el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 establece una libertad en la contratación de las partes, en el marco de lo que va a regular su relación laboral, aquella no es absoluta, sino que tiene su límite en aquellos eventos en los que, como en este caso, se aprecie que los derechos pactados puedan constituir salario, sin que, en modo alguno, la duda, a la que hace referencia el censor, deba resolverse a favor de la empresa. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 38832, 2011)

3.1.11. Sentencia del 2 de mayo de 2012 – Radicado 38118

Incubadora Andina S.A. fue demandada por Evelio Galvis Valderrama quien esperaba que se incluyeran dentro del salario los pagos que recibía por conceptos de “bonificaciones por ventas” y “viáticos permanentes devengados para cubrir gastos de alojamiento y manutención”. En primera instancia el Juzgado establece que dichos pagos deben tenerse en cuenta en el Ingreso Base de Cotización por lo que reajusta las sumas que adeuda el demandado por prestaciones sociales, y lo condena también a hacer el pago de la diferencia en los aportes al Sistema de Seguridad Social por el concepto de pensión, no concede la pretensión sobre la indemnización moratoria por encontrar probada la buena fe del demandado. En segunda instancia el tribunal confirma la sentencia de primera instancia.

La Corte CASA PARCIALMENTE al no estar de acuerdo con la buena fe del demandado, 30 expresando:

Del texto transcrito, se observa que no podía derivarse una actitud revestida de buena fe del empleador, pues la sola circunstancia de acordar con el trabajador la “desalarización” de unas remuneraciones que por su misma naturaleza son constitutivos de salario, no conduce inexorablemente a inferir como equivocadamente lo dedujo el Tribunal, un íntimo convencimiento de no ser factor salarial para liquidar las prestaciones sociales causadas tanto en vigencia de la relación laboral, como al momento de su terminación. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 38118, 2012)

3.1.12. Sentencia del 13 de junio de 2012 – Radicado 39475

La sociedad Radio Santa Fe LTDA fue demandada por German Salgado Morales, el objeto de la demanda consistía en el pago adecuado de las prestaciones sociales, además de los aportes en pensión al Sistema de Seguridad Social Integral, ya que estos de acuerdo con el demandante se realizaban por un salario inferior al devengado. En primera instancia el Juzgado concedió las pretensiones. En segunda instancia el Tribunal confirmó.

La Corte NO CASO la sentencia, pues encuentra que los “auxilios de alimentación y transporte” consagrados en el pacto de exclusión salarial de las partes, eran por naturaleza salario:

(...) el ingreso mensual del demandante estaba compuesto en un 87.5% por pagos “no constitutivos de salario”, mientras que sólo el 12.5% sí tenía tal incidencia. Esta proporción no resulta lógica a la luz de las normas que consagran el salario, al punto que

el pacto que pregonaba la censura no puede desnaturalizar la esencia salarial que tenían 31 los auxilios de alimentación y transporte que mensualmente devengaba el trabajador en forma permanente como retribución por sus servicios, ya que, como bien lo entendió y sentenció el juez de alzada, la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 39475, 2012)

Y con respecto a la indemnización moratoria, La posición de la Corte para el caso concreto fue la siguiente:

(...) no es propio del actuar de buena fe, que el 87.5% del ingreso mensual del demandante se hubiere pactado sin incidencia prestacional.

[...]

Lo anterior obliga a que la Corte precise, que la existencia de un pacto que le resta el carácter salarial a algunos de los pagos que percibe el trabajador, no implica automáticamente la exoneración de las condenas moratorias, así como tampoco su automática imposición, porque en cada caso en particular deben revisarse las especificidades de la conducta de la empleadora, con el fin de establecer si se configuraron razones válidas y atendibles que la exoneren de la correspondiente sanción moratoria. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 39475, 2012)

3.1.13. Sentencia del 9 de julio de 2014 – Radicado 43696

32

El señor Jorge Enrique Romero Hernández demando a la sociedad Productos Naturales de la Sabana S.A., pretendiendo que se le reliquidaran sus prestaciones sociales y se le reconociera la indemnización moratoria y la indemnización por despido sin justa causa. En primera instancia el juzgado le concedió todas las pretensiones al demandante. En segunda instancia el tribunal considero que los pagos que recibía el demandante como beneficios, no eran constitutivos de salario.

La Corte decide CASAR PARCIALMENTE la sentencia emitida por el tribunal, en razón de que considera que los pagos recibidos por el demandante del demandado si son constitutivos de salario:

La Corte quiere reiterar que, efectivamente, una de las disposiciones que mayor flexibilidad otorgó a las relaciones laborales la encarna el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que otorga a las partes unidas en un contrato de trabajo, la facultad de determinar que ciertos beneficios o auxilios extra legales que devengue el trabajador no se incluyan en el cómputo de liquidación de prestaciones sociales, pero esa facultad no comporta que se permita desnaturalizar el carácter salarial de pagos que legalmente tienen tal connotación, en tanto retribuyen el servicio, cualquiera sea la denominación que se le dé, para este caso en particular disfrazados con los nombres de: «COLSANITAS S.A», «COLEGIO DE M.A., «COMBUSTIBLE Y MANTENIMIENTO PRIVADO», que en realidad eran salario. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 43696, 2014)

3.1.14. Sentencia del 18 de mayo de 2016 – Radicado 47048

33

En este caso el señor Salomón de Jesús Granda Vanegas demandó a su empleador Luis Graciano Vanegas Álvarez, pretendiendo el ajuste de las prestaciones sociales con base en el salario que realmente devengaba y en consecuencia la indemnización moratoria. En primera instancia el juzgado, reconoció el carácter salarial del “auxilio” que recibía el trabajador, por lo cual condenó al demandado al pago de las prestaciones sociales y a la indemnización moratoria. En segunda instancia el Tribunal rectificó el pago de las prestaciones sociales, mas no los intereses moratorios afirmando que el empleador había obrado de buena fe, ya que había realizado un pacto de exclusión salarial.

La Corte decidió CASAR la sentencia de segunda instancia, considerando que, el pago entregado al trabajador si constituía salario, por lo que hubo mala fe por parte del empleador, pretendiendo a través del pacto de exclusión salarial evadir el pago de las prestaciones sociales correspondientes:

(...) en dicho documento no se presentó una explicación circunstancial del objetivo de ese pago, ya que no se justificó para que era su entrega, cuál es su finalidad o que objetivo cumple de cara a las funciones asignadas al trabajador.

[...]

En efecto, la práctica de entregar sumas de dinero al abrigo de figuras de desalarización o exclusión salarial, en fraude a la ley y con el ánimo de disimular su verdadera naturaleza salarial y, a la postre, liquidar sobre ellas prestaciones sociales, que luego son entregadas

al trabajador con otros nombres o bajo otras denominaciones, evidencia un acto 34 desprovisto de buena fe. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 47048, 2016)

3.1.15. Sentencia del 3 de mayo de 2018 – Radicado 54733

En esta ocasión le correspondió a la Corte decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la Corporación Deportiva Real Cartagena, quien como recurrente pretendía que se casara parcialmente la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, la cual resulto del proceso que estableció en su contra Jhonny Ramírez Lozano. El demandante afirmaba que devengaba un salario promedio de \$4.000.000, la demandada lo negó y expresó que la remuneración pactada con el trabajador fue de \$500.000, y como consecuencia, pretendía que le pagaran las prestaciones sociales correspondientes, la moratoria, la indemnización y, los salarios dejados de percibir. En primera instancia el Juzgado condenó al pago de prestaciones sociales y su correspondiente indemnización moratoria. En segunda instancia el Tribunal incremento el monto de las prestaciones, teniendo en cuenta como salario las bonificaciones que recibía el demandante, y por consiguiente se incrementó la indemnización moratoria.

La Corte decidió NO CASAR la sentencia, pues considero que la suma pactada como bonificación constituía en realidad salario, argumentando:

(...) aun cuando en efecto, los contratantes acordaron que la bonificación por participar en torneos de la Federación Colombiana de Fútbol, no constituía salario, es dable inferir que dicha cláusula resulta ineficaz a la luz del artículo 43 del CST, de acuerdo con el cual no producen efecto las estipulaciones contractuales que desmejoren la situación del

trabajador frente a la legislación del trabajo, e impone dar prevalencia al principio 35
de la primacía de la realidad sobre las formas, conforme lo dispone el precepto 53
constitucional, habida cuenta que en el presente caso se pretendió excluir el carácter
salarial de la bonificación que se pagaba al actor periódicamente como se establece con
los documentos obrantes a folios 52 a 60, de los cuales se deriva que éste recibía
ordinariamente una remuneración superior a la pactada en el convenio suscrito con la
corporación deportiva demandada.” (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, 54733,
2018)

3.2. Esquema de línea jurisprudencial

Pretendiendo una mejor comprensión del lector acerca de la metodología empleada para la construcción de la línea jurisprudencial se realizaron dos tablas con su correspondiente explicación, además de un mapa conceptual en el cual se ilustro lo expuesto.

SENTENCIA ARQUIMÉDICA							
03/05/2018 - N°54733							
12/02/93 N°5481	10/12/98 N°11310	10/07/06 N°27325	01/02/11 N°35771	12/07/11 N°38832	09/07/14 N°43696	13/06/12 N°39475	18/05/16 N°47048
PRIMER NIVEL							
01/02/2011 - N°35771				10/12/98 - N°11310			
				28/10/98 - N°10951			
				01/10/03 - N°21129			
				10/07/06 - N°27325			
13/06/12 - N°39475				12/02/93 - N°5481			
				28/10/98 - N°10951			
				13/05/08 - N°29806			
				02/05/12 - N°38118			
09/07/14 N° 43696				10/12/98 - N°11310			
				10/07/06 - N°27325			
				01/02/11 - N°35771			
SEGUNDO NIVEL							
13/05/08 N°29806				29/07/97 - N°8426			
				28/10/98 - N°10951			
				10/12/98 - N°11310			
				01/10/03 - N°21129			
				14/11/03 - N°20914			
				10/07/06 - N°27325			
02/05/12 N°38118				28/10/98 - N°10951			
				13/05/08 - N°29806			

Tabla 1: autoría propia.

Fuente: sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Como se mencionó anteriormente la línea se construyó siguiendo la metodología del libro “El derecho de los jueces” del autor Diego Eduardo López Medina, la cual consiste de tres pasos. El primero, encontrar un punto de apoyo, el cual será la sentencia arquimédica López Medina (2006), expone que “Su propósito fundamental será el de ayudar en la identificación de las "sentencias

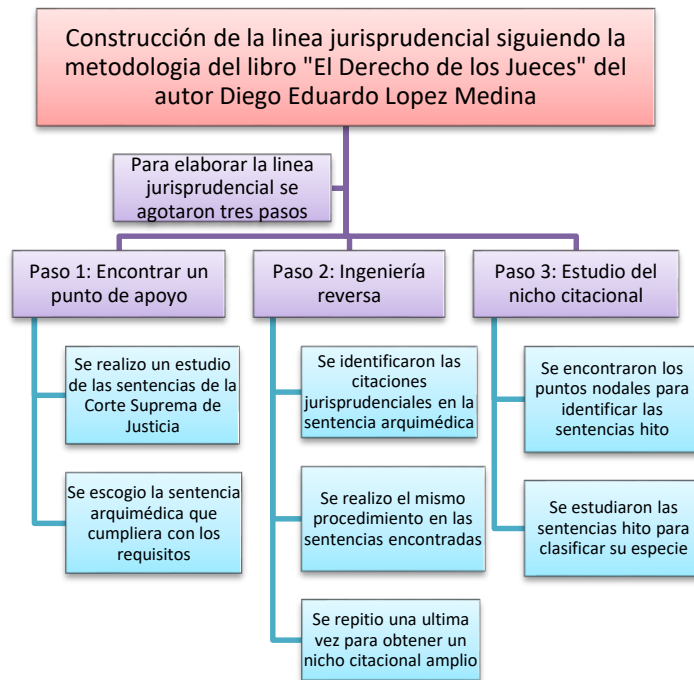
hito" de la línea y en su sistematización en un gráfico de línea.” (p.168), esta debe cumplir 37 con dos requisitos; ser lo más reciente posible, en sus hechos relevantes debe tener el mismo patrón fáctico con el caso de investigación. El segundo, aplicar la ingeniería reversa “el investigador debe hacer una lista de las citas jurisprudenciales que la sentencia arquimédica contiene. Con estas nuevas referencias a la mano, el investigador puede ahora replicar el procedimiento hasta que forme un "nicho citacional" lo suficientemente amplio.” (Lopez, 2006, p.171). El tercero, se estudia el nicho citacional, generalmente encontrando que no conduce a un amplio número de sentencias, sino que se subraya la existencia de unos puntos nodales, sobre este punto (Lopez, 2006, p. 177) “De graficarse el nicho citacional, se vería cómo unos ciertos puntos están a menudo citados en un alto número de sentencias. Esta gráfica, por tanto, se parece a una "telaraña" citacional.”

En la presente monografía se agotaron los tres pasos de la siguiente forma:

Se identificó como sentencia arquimédica la sentencia del 3 de mayo de 2018 con radicado 54733, a pesar de que se encontraron sentencias mucho más recientes sobre el tema como la del 5 de febrero de 2020 con radicado 69557 y la del 18 de septiembre de 2019 con radicado 64324, estas no se acercaban tanto al patrón fáctico de la investigación como la seleccionada, por lo cual se seleccionó la mencionada en vista de que era la más reciente que además se acercaba al patrón fáctico de la investigación, cumpliendo así con los dos requisitos. Posterior a la identificación de la sentencia arquimédica se realizó sobre esta ingeniería reversa, encontrando las siguientes ocho sentencias en el primer nivel, 12 de febrero de 1993 con radicado 5481, 10 de diciembre de 1998 con radicado 11310, 10 de julio de 2006 con radicado 27325, 1 de febrero de 2011 con radicado

35771, 12 de julio de 2011 con radicado 38832, 13 de junio de 2012 con radicado 39475, 9 38 de julio de 2014 con radicado 43696, 18 de mayo de 2016 con radicado 47048. Se repitió el procedimiento de ingeniería reversa sobre estas sentencias, encontrando además de citas de las ya mencionadas, otras cuatro sentencias nuevas; del 28 de octubre de 1998 con radicado 10951, 1 de octubre de 2003 con radicado 21129, 2 de mayo de 2012 con radicado 38118, y 13 de mayo de 2008 con radicado 29806, entendiéndose que estas sentencias conformaron el segundo nivel. Finalmente, se repitió una última vez encontrando dos sentencias nuevas; del 29 de enero de 1997 con radicado 8426, y 14 de noviembre de 2003 con radicado 20914, conformándose así el nicho citacional en su totalidad. En la tabla se resaltaron de diferentes colores las sentencias que son citadas en diferentes ocasiones, con el fin de identificar los puntos nodales.

Lo anterior se ilustra en el siguiente mapa conceptual:



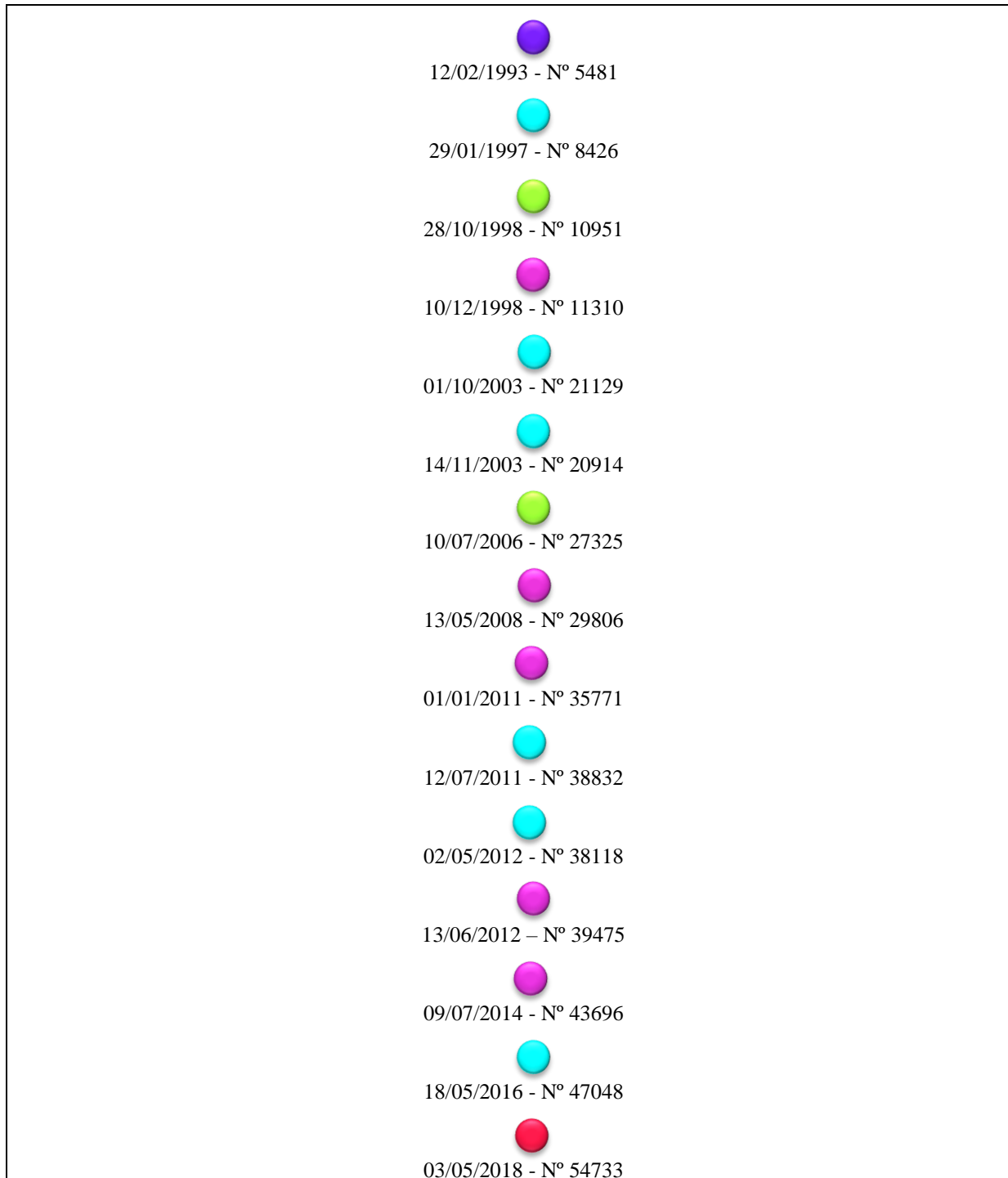





Tabla 2: autoría propia. Fuente: sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

En la anterior tabla se muestra la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte 40 Suprema de justicia, además al seguir los lineamientos de (López, 2006, p.162-167) sobre la construcción de líneas jurisprudenciales, éste en su libro plantea que la línea puede integrarse por dos clases de sentencias, lo que explica como una relación genero especie, siendo el primer genero las sentencias importantes o sentencias hito, y de esta se desprenden cuatro especies (a) sentencia fundadora, (b) sentencia consolidadora, (c) sentencia reconceptualizadora, (d) sentencia dominante. En el segundo genero encontramos las sentencias no importantes con tres especies (a) sentencia de reiteración, (b) sentencia inconcluyente, (c) sentencia en exceso abstracta. En la elaboración de esta línea jurisprudencial se encontraron sentencias de ambos géneros, pero no de todas las especies, se encontraron cuatro especies diferentes, las cuales se explicarán a continuación, junto con el respectivo color que aparece en la tabla.

 Sentencias hito fundadoras: Generalmente son fallos proferidos en un periodo inicial, de acuerdo con (López, 2006) estos “se apoyan en el vacío jurisprudencial existente en aquel entonces para consagrar visiones reformistas de la sociedad.” (p.164)

 Sentencias hito consolidadoras: según lo expuesto por (Lopez, 2006, p.165) en términos generales son las sentencias que, si bien siguen la línea de la fundadora, introducen cambios importantes en el precedente por los nuevos conocimientos adquiridos por la Corte.

 Sentencias hito reconceptualizadoras: Explica (Lopez, 2006) acerca de este tipo de sentencias “introduce una nueva teoría o interpretación que explica mejor, a los ojos de la Corte, el sentido general que ha mantenido la línea.” (p,165)

● Sentencias de reiteración: son las sentencias en las cuales el juez sigue el precedente y aplica al caso actual una decisión anterior. 41

En la línea jurisprudencial se identificó la sentencia del 13 de febrero de 1993 con radicado 5481 como fundadora, dado a que fue el primer pronunciamiento de la Corte con respecto a las modificaciones de los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo que realizó la Ley 50 de 1990, en este fallo en términos generales la Corte explico que el legislador no pretendía quitarle la naturaleza de salariales a algunos pagos, sino que estos no se tuvieran en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y demás, considerando que la naturaleza de todos los pagos es retributiva, por lo que la distinción no debía buscarse en la causa, sino en la finalidad del pago.

Por su parte, la sentencia del 29 de enero de 1997 con radicado 8426 es de reiteración, en cuanto se ajusta al precedente establecido en la sentencia fundadora, y resuelve el caso nuevo de acuerdo a la decisión anterior.

En cuanto a la sentencia del 28 de octubre de 1998 con radicado 10951 se consideró reconceptualizadora, dado a que la Corte se mantuvo en el precedente con respecto a los pagos constitutivos de salario y la imposibilidad de la desnaturalización de los mismos, pero introdujo como nueva teoría la carga de la prueba en cabeza del empleador, con respecto a la buena fe para exonerarse de la indemnización moratoria, estableciendo que el solo pacto de exclusión salarial no era suficiente para demostrar la misma.

La Corte en la sentencia del 10 de diciembre de 1998 con radicado 11310, si bien no cito la sentencia fundadora, o ninguna de las siguientes en la línea, se mantuvo en ella consolidándola, en

cuanto estableció que no se podía desnaturalizar el carácter salarial de beneficios que por ley 42 claramente lo son.

En cambio, las sentencias del 1 de octubre y 14 de noviembre de 2003 con radicados 21129 y 20914 son de reiteración, en vista de que se mantuvo en la línea, sin exponer ningún aspecto nuevo o importante en su argumentación.

En el caso de la sentencia del 10 de julio de 2006 con radicado 27325 la Corte explica que si bien las comisiones constituyen salario, estas están supeditadas a las actividades que realice el trabajador, es decir, que estas serán causadas solo cuando este realmente realice ventas, en lo demás con respecto al salario se mantiene en la línea pues establece que las partes no podrán convenir en contrario sobre pagos que por su naturaleza constituyen salario, esto es, cuando la causa del salario es el servicio prestado por el trabajador, por lo expuesto se determinó que esta sentencia es reconceptualizadora.

Con respecto a la providencia del 13 de mayo de 2008 con radicado 29806, en ella la Corte manifestó que cuando no exista una diferencia sustancial entre el nombre asignado al pago no salarial con un pago de naturaleza salarial debe entenderse que si hay una relación directa entre los pagos y la prestación del servicio, en otras palabras, si un pago tiene las características del salario, no importa su denominación será salario y no podrá pactarse en contrario, por falta de prueba de la buena fe por parte del demandado condeno a los intereses moratorios, es claramente una sentencia consolidadora pues se apoya en citaciones de las sentencias del 29 de enero de 1997, 28 de octubre de 1998, 10 de diciembre de 1998, 1 de octubre de 2003, 14 de noviembre de 2003 y

10 de julio de 2006, en ella se citan seis de las siete sentencias que hasta ahora han integrado la línea. 43

De igual forma, la del 1 de febrero de 2011 con radicado 35771, es una sentencia consolidadora, atendiendo a que se mantiene la Corte en que a pesar del nombre que se le pueda asignar a los pagos no constitutivos de salario en los pactos de exclusión salarial, si estos por naturaleza son salariales no se les puede quitar esta connotación, en el caso concreto se hizo el pacto sobre los gastos de representación, la Corte expuso que no cualquier trabajador actúa en representación de la empresa ante terceros, por lo que no siempre será dable un pago no constitutivo de salario bajo esa denominación, además expuso que para probarse la buena fe del empleador este debía probar una conducta legítima y con ánimo exento de fraude, cita las sentencias del 28 de octubre de 1998, 10 de diciembre de 1998, 1 de octubre de 2003 y 10 de julio de 2006.

Por su parte, las sentencias del 12 de julio de 2011, del 2 de mayo de 2012, y 18 de mayo de 2016 con radicados 38832, 38118, 47048 son de reiteración, vuelven a establecer que si bien hay una libertad otorgada por el legislador en la Ley 50 de 1990 esta no es absoluta.

A diferencia de las sentencias del 13 de junio de 2012 y 9 de julio de 2014 con radicados 39475 y 43696 que se consideraron consolidadoras de línea, permaneciendo en el precedente de la Corte, pero expresando nuevos argumentos con base a los conocimientos más sólidos de la Corte.

Por último, como se mencionó anteriormente luego de la búsqueda en la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia se encontró la sentencia del 3 de mayo de 2018 con radicado 54733 como arquimédica, en esta sentencia la Corte acerca de los pactos de exclusión salarial permitidos mediante el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, explica que, si bien hay una

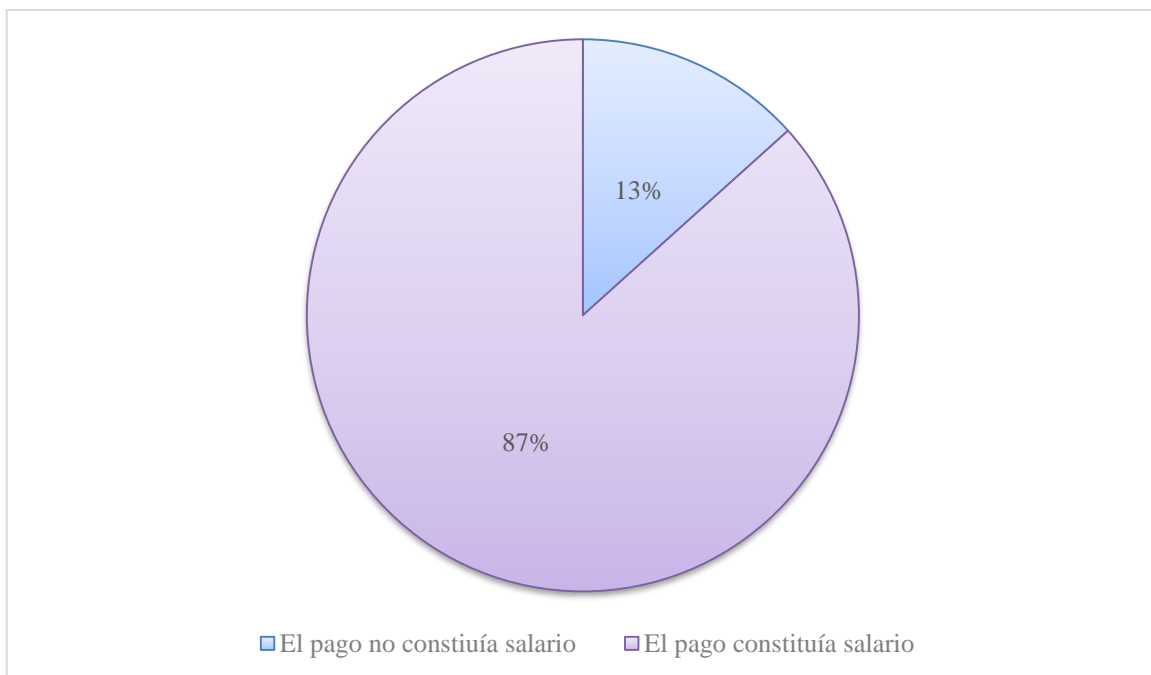
posibilidad de pactar que algunos conceptos salariales no se tomen en cuenta para la 44 liquidación de prestaciones sociales, estos conceptos no dejan de ser salario, para sustentar su argumento se apoyó en las sentencias del 12 de febrero de 1993 con radicado 5481, 12 de julio de 2011 con radicado 38832, 13 de junio de 2012 con radicado 39475 y, del 9 de julio de 2014 con radicado 43696, dejando claro que estos pactos solo podrían hacerse cuando real y efectivamente dichas sumas no retribuyeran el trabajo, ni pretendieran beneficiar al trabajador o enriquecerlo, sino que este desempeñe a cabalidad sus funciones, de lo contrario estos pactos tendrían ineficacia jurídica, citando además las sentencias del 1 de febrero de 2011 con radicado 35771, 10 de diciembre de 1998 con radicado 11310 y, 10 de julio de 2006 con radicado 27325. Finalmente expone que el empleador es quien tiene la carga de la prueba dado a que por regla general los pagos realizados al trabajador son de naturaleza retributiva, citando la sentencia del 18 de mayo de 2016 con radicado 47048.

3.3. Análisis de la línea jurisprudencial.

Con la finalidad de hacer un estudio más profundo y obtener unas conclusiones más acertadas en la investigación se quiso además de construir la línea jurisprudencial en aras de establecer si había o no unidad de criterio en la jurisprudencia, realizar un análisis a los quince casos de los cuales derivaron las sentencias. El bloque de análisis lo constituye las mismas quince sentencias emitidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que integraron la línea jurisprudencial. En primer lugar, se estudió en cuántos de estos casos fue valido para la Corte el pacto de exclusión salarial celebrado entre el trabajador y el empleador. En segundo lugar, si había unidad de criterio

sobre la validez o ineficacia de estos pactos en las tres instancias que atravesaron los 45 procesos, esto es, en los juzgados, en los tribunales y en la Corte. En tercer lugar, cuando como consecuencia de la ineficacia del pacto se condenó a indemnización moratoria. Finalmente, en cuántos de estos casos además de condenarse al reajuste en el pago de prestaciones sociales se condenó al pago de los valores dejados de sufragar por aportes a pensión en el Sistema de Seguridad Social.

3.3.1. Validez de los pactos de exclusión salarial ante la Corte



Gráfica 1: autoría propia.

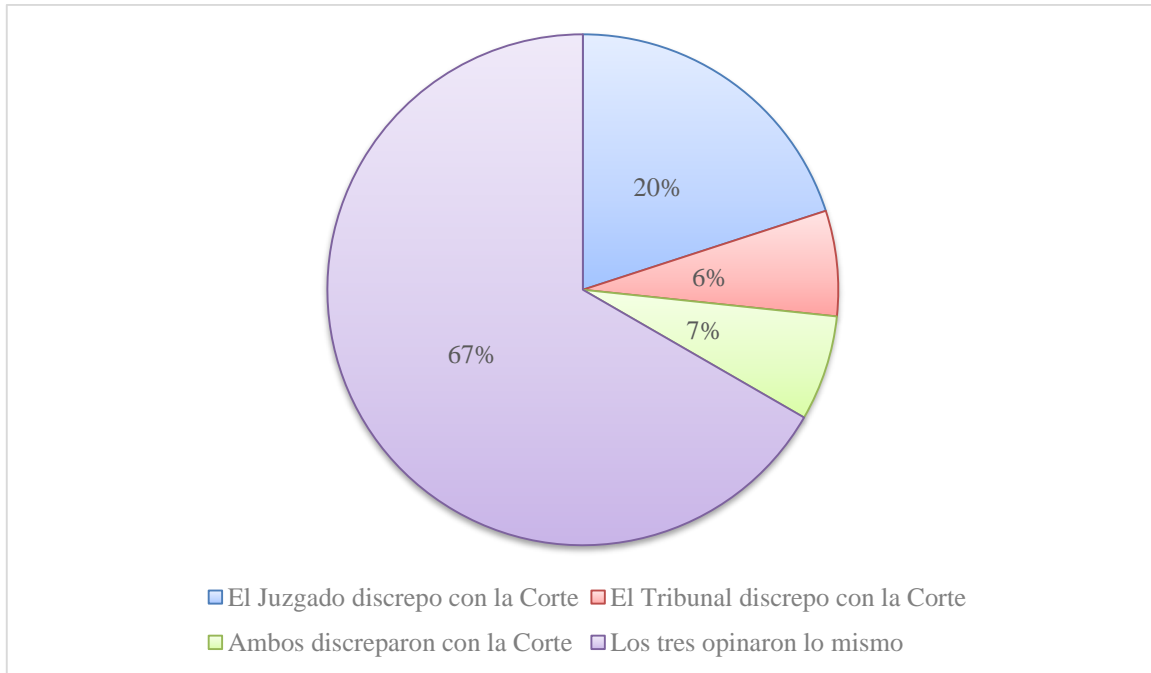
Fuente: análisis de sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

En el análisis sobre este primer aspecto se encontró que únicamente dos de los quince casos que fueron remitidos a la Corte se dieron dentro de las libertades establecidas en el artículo 128 del

Código Sustantivo de Trabajo, siendo este un porcentaje muy reducido y poco representativo 46 en el estudio, en cambio fueron trece los casos en los cuales la Corte consideró que la desalarización de los pagos era ineficaz, en cuanto los pagos que había recibido el demandante del demandado tenían connotación salarial, y no se podía desconocer la naturaleza de estos por la autonomía de la voluntad de las partes. Se encontró además que, si bien las decisiones de la Corte se mantuvieron en línea, en cada caso los empleadores le dieron una denominación distinta al pago no constitutivo de salario, con el fin de desconocer su naturaleza salarial, siendo en realidad en la mayoría de los casos comisiones. Los pactos declarados ineficaces por la Corte representan para este estudio el 87%, no sobra mencionar que este es un porcentaje alto, teniendo en cuenta que a su vez representa el número de trabajadores a quienes se les estaban vulnerando sus derechos mínimos.

3.3.2. Unidad de criterio en las tres instancias acerca de los pactos de exclusión 47

salarial



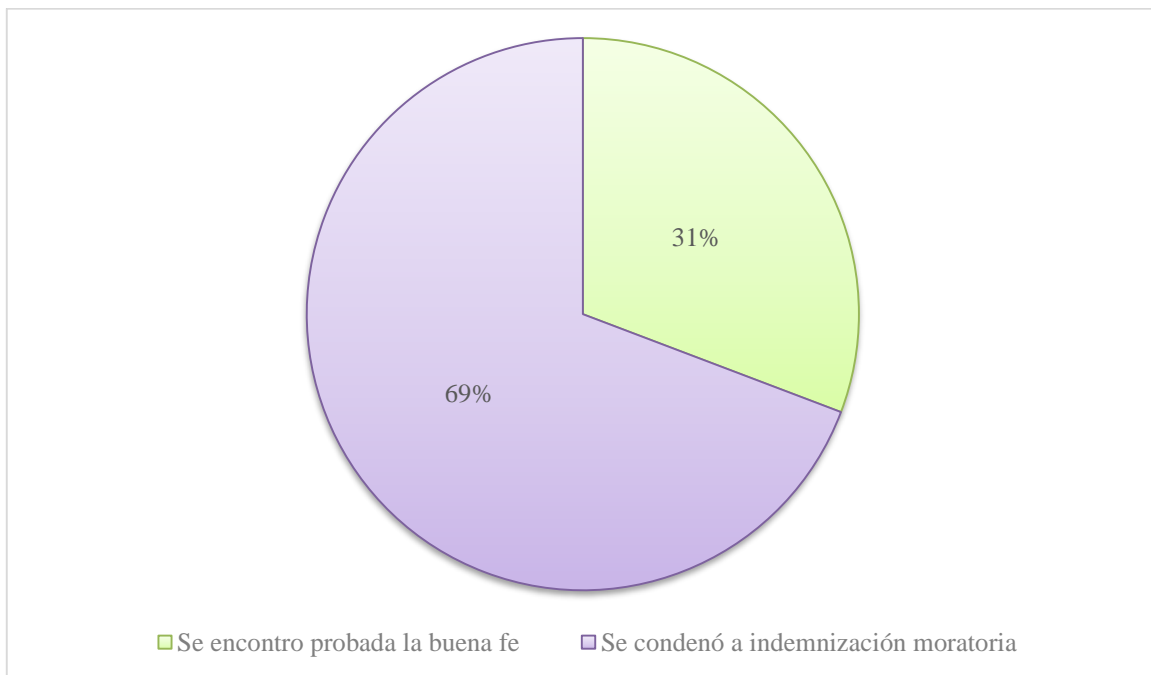
Gráfica 2: autoría propia.

Fuente: análisis de sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Se descubrió que la unidad de criterio en las tres instancias representaba un 67% de los casos, por lo que puede decirse que en términos generales hay unidad de criterio. Se hayo también que en el 7% de los casos tanto el Juzgado como el Tribunal tenían la certeza de que el pacto de exclusión salarial era válido cuando este era ineficaz, lo cual demuestra que a pesar de ser un porcentaje bajo no es del todo claro en las dos instancias sobre qué tipo de pagos no pueden recaer los acuerdos de exclusión salarial. Es claro de acuerdo al estudio que son los jueces de primera instancia los que menos claro tienen los límites establecidos sobre la libertad otorgada por el

legislador en la Ley 50 de 1990 con un porcentaje del 20%, el cual no es porcentaje muy alto, 48 pero teniendo en cuenta que representa una desprotección en los derechos mínimos de los trabajadores si es representativo.

3.3.3. Como consecuencia de la ineficacia del pacto de exclusión salarial se condenó a indemnización moratoria

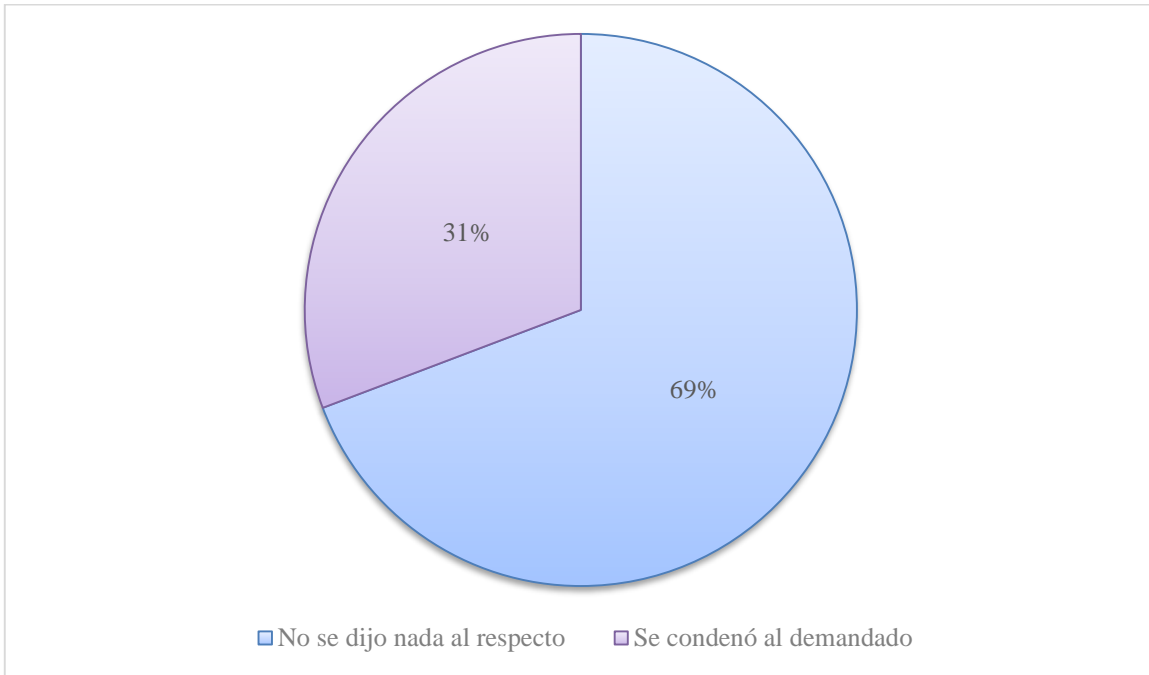


Gráfica 3: autoría propia.
Fuente: análisis de sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Se encontró probada la buena fe del demandado solo en el 31% de los casos, a diferencia del 69% de los empleadores no pudieron probarla, teniendo en cuenta que la Corte ha establecido que el pacto de exclusión salarial no es suficiente prueba de la buena fe, y que debe analizarse en cada caso concreto si hay lugar o no a indemnización moratoria, queriendo esto decir que en el 69% de

los casos el empleador pretendía realizar fraude a la ley, desconociendo el carácter salarial 49 de pagos, que de acuerdo al criterio de la Corte claramente tenían incidencia salarial.

3.3.4. Valores dejados de sufragar por aportes al Sistema de Seguridad Social Integral



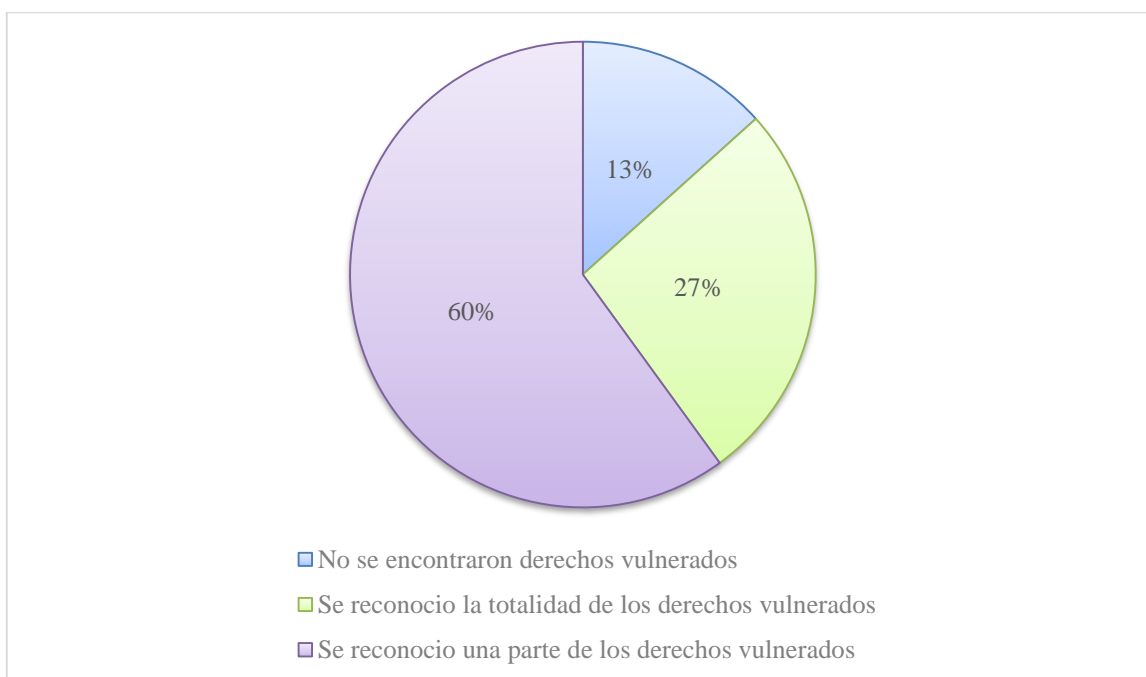
Gráfica 4: autoría propia.
Fuente: análisis de sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Se observó que solo en cuatro de los trece casos, en los cuales la Corte estableció que el pago si constituía salario, se condenó al demandado al pago de los reajustes en los valores dejados de sufragar por aportes a pensión en el Sistema de Seguridad Social Integral, estos fueron en los únicos cuatro casos que los demandantes incluyeron ese concepto dentro de las sumas estipuladas como pretensiones, entendiéndose que el Juez de primera instancia se equivocó en tanto a los otros nueve casos debió concedérsele el pago a los aportes en pensión, fallando extra y ultra petita con el fin de que se le garantizaran los derechos mínimos al trabajador, aunque este no los estuviera

pidiendo, por el carácter irrenunciable de los mismos, y de acuerdo a lo establecido en el 50 artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social:

El Juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas. (Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 1948, art. 50)

De lo anterior es posible afirmar que, si bien al acudir ante la Corte a los demandantes se les dio un mayor reconocimiento y protección a sus derechos ya adquiridos, para un 69% de los casos en los cuales se encontró que había una vulneración de los derechos de los trabajadores, se siguió presentando un desconocimiento de los derechos mínimos, concretamente sobre su derecho de la seguridad social, representando esta cifra el 60% del total de los casos estudiados.



Gráfica 5: autoría propia.

Fuente: análisis de sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Por lo tanto, se concluye que del 100% de los casos sometidos a estudio y análisis se estaban vulnerando derechos del 87%, esto quiere decir que solo en el 13% de los casos se estaba implementando correctamente la figura jurídica de los pactos de exclusión salarial, y que en los casos en los cuales se estaba haciendo un mal uso de la figura jurídica. Finalmente se deduce que solo el 27% de los casos que llegaron a la Corte se les restituyeron los derechos vulnerados en su totalidad, por lo cual incluso después de atravesar las tres instancias, para un 60% de los casos no se cumplió con la protección al derecho de trabajo con sus mínimos irrenunciables.

1. En cuanto a los límites establecidos por la ley para el ejercicio de los pactos de exclusión salarial, en ella se establecen unas listas no taxativas tanto de lo que constituye salario, como lo que no constituye salario, dejando una guía acerca de la forma en que pueden presentarse los pactos de exclusión salarial y bajo que conceptos, por lo cual es claro que la intención del legislador no es desconocer el carácter salarial de los pagos, sino otorgar una flexibilización a las relaciones laborales que sea de beneficio para el empleador y el trabajador, de modo que algunos pagos no se tengan en cuenta como factores salariales, sin que esto implique desconocer la naturaleza de los pagos que son salario.

2. Sin embargo, aunque se puede afirmar que esta no es el objetivo de los pactos de desalarización, si se demostró en la investigación que se está presentando una incorrecta implementación de la figura jurídica, pues actualmente se están realizando contratos de trabajo con la inclusión de pactos de exclusión salarial claramente celebrados en menoscabo del trabajador, que solo pretenden generar un beneficio para el empleador, en cuanto le facilitan la evasión de algunos pagos, como los aportes al Sistema de Seguridad Social y las prestaciones, lo que intrínsecamente representa una desventaja para los trabajadores a quienes se les desconocen sus derechos mínimos.

3. Por otro lado, se encontró una divergencia en la interpretación del artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, pues se evidenciaron dos polos de respuesta, uno en el cual se entiende que hay unos pagos que no serán salario, y otro en el cual se establece que a pesar de que dichos pagos

no se tomen en cuenta como salario base, no dejan de ser salario. Una situación similar se 53 observó con respecto a la interpretación doctrinal del artículo 30 de la Ley 1393 de 2010, donde las opiniones del Ministerio del Trabajo y la UGPP fueron diferentes, en cuanto a los pagos que debían tenerse en cuenta para el límite del 40%.

4. En cambio, se encontró unidad de criterio en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en cuanto a las subreglas que deben aplicarse para determinar si se está frente a un pago que puede ser no constitutivo de salario, o si por el contrario no puede desconocerse su naturaleza salarial, sin embargo, esto no pueden aplicarse de una forma general, pues aunque la Corte presento siempre los mismos lineamientos y argumentos sobre sus decisiones, debió analizar cada caso particularmente, para así determinar la naturaleza del pago, es decir, cuando se presente una controversia ante la validez de un pacto de desalarización, determinar la connotación de este pago y su naturaleza, recaerá en el criterio de los jueces y según el análisis que hagan de los supuestos concretos. De igual forma sucede con la indemnización moratoria, que para su aplicación debe encontrarse probada la mala fe, y el pacto de exclusión salarial no es prueba de la buena fe, por lo que también dependerá del criterio de cada juez, que según lo que se observó en el estudio de los casos puede ser diferente en todas las instancias.

5. Se evidencio durante la investigación que hay una claridad tanto en la ley como en la jurisprudencia sobre las reglas en la celebración de pactos de exclusión salarial, entendiendo que los mismos pueden únicamente recaer sobre conceptos que por naturaleza no son salario, y que jamás ni por la voluntad de las partes puede desconocerse esta naturaleza.

6. Finalmente, se encontró que a pesar de que a lo largo del tiempo se han ido construyendo 54 unas subreglas, la interpretación por parte de los jueces, principalmente en las primeras instancias no es la adecuada, pues en muchos casos se vio desconocida la naturaleza salarial de los pagos, por lo que se encuentra necesario que el legislador establezca unos límites más claros a esta libertad, es claro que no pueden establecerse listas taxativas de que constituye salario y que no, pero si deben darse unos lineamientos más estructurados, de modo que los polos de respuesta de los jueces no discrepen tanto, y pueda así reducirse la vulneración de los derechos de los trabajadores.

Bibliografía

Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social [Código]. (1948) 41a ed. Legis.

Código Sustantivo del Trabajo [Código]. (1950) 41a ed. Legis.

Congreso de la República. (28 de diciembre de 1990). Reforma al Código Sustantivo del Trabajo. [Ley 50 de 1990]. DO: 39.618.

Congreso de la República. (23 de diciembre de 1993). Sistema de Seguridad Social Integral. [Ley 100 de 1993]. DO: 41.148.

Congreso de la República. (12 de julio de 2010). Rentas de destinación específica para la salud. [Ley 1393 de 2010]. DO: 47.768. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1393_2010.html

Constitución política de Colombia [Const.] (1991) 43a Ed. Legis.

Corte Constitucional. (16 de noviembre de 1995). C-521/1995. [M.P. Antonio Barrera Carbonell].

Corte Constitucional. (10 de septiembre de 2003). C-781/2003. [M.P. Clara Inés Vargas 55
Hernández].

Corte Constitucional. (14 de abril de 2005). C-401/2005. [M.P. Manuel José Cepeda Espinosa].

Corte Constitucional. (2 de diciembre de 2009). C-892/2009. [M.P. Luis Ernesto Vargas Silva].

Corte Constitucional. (11 de diciembre de 2013). C-934/2013. [M.P. Nilson Pinilla Pinilla].

Corte Constitucional. (9 de abril de 2014). C-237/2014. [M.P. María Victoria Calle Correa].

Corte Constitucional. (15 de mayo de 2017). T-327/2017. [M.P. Iván Humberto Escrucería
Mayolo].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (12 de febrero de 1993). 5481. [M.P. Hugo
Suescún Pujols].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (29 de enero de 1997). 8426. [M.P. José
Roberto Herrera Vergara].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (28 de octubre de 1998). 10951. [M.P.
Fernando Vásquez Botero].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (10 de diciembre de 1998). 11310. [M.P.
José Roberto Herrera Vergara].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (1 de octubre de 2003). 21129. [M.P.
Eduardo López Villegas].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (14 de noviembre de 2003). 20914. [M.P.
Isaura Vargas Díaz].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (10 de julio de 2006). 27325. [M.P. 56 Luis Javier Osorio López].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (13 de mayo de 2008). 29806. [M.P. Eduardo López Villegas].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (1 de febrero de 2011). 35771. [M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (12 de julio de 2011). 38832. [M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2 de mayo de 2012). 38118. [M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (13 de junio de 2012). 39475. [M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (10 de julio de 2012). 49257. [M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (9 de julio de 2014). 43696. [M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (11 de agosto de 2015). 48407. [M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (18 de mayo de 2016). 47048. [M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (2 de agosto de 2017). 44416. [M.P. 57 Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (22 de noviembre de 2017). 55439. [M.P. Martin Emilio Beltrán Quintero].

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación laboral. (18 de abril de 2018). 52545. [MP. Jorge Prada Sánchez].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (3 de mayo de 2018). 54733. [M.P. Fernando Castillo Cadena].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (9 de mayo de 2018). 55267. [M.P. Dolly Amparo Caguasango Villota].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (16 de mayo de 2018). 63988. [M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (1 de agosto de 2018). 62801. [M.P. Martin Emilio Beltrán Quintero].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (14 de noviembre de 2018). 68303. [M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (5 de diciembre de 2018). 61568. [M.P. Jorge Prada Sánchez].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (23 de enero de 2019). 59618. [M.P. Donald José Dix Ponnefz].

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación laboral. (12 de marzo de 2019). 67558. [MP. 58 Santander Rafael Brito Cuadrado].

Corte Suprema de Justicia, Sala Casación laboral. (19 de marzo de 2019). 65803. [MP. Omar de Jesús Restrepo Ochoa].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (18 de septiembre de 2019). 64324. [M.P. Donald José Dix Ponnefz].

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. (5 de febrero de 2020). 69557. [M.P. Gerardo Botero Zuluaga].

Cuartas, A. F. (2015). Salarios Aspectos a considerar en su administración y manejo. Bogotá: Ediciones de la U.

López, M. D. E. (2006). El derecho de los jueces. 2a ed. Bogotá: Legis.

Manrique, V. P. V. (2014). Los pactos de exclusión salarial. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Recuperado de: <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/01/26190-Boletin-Discurso-Laboral-24.pdf>

Ministerio de la Protección Social (12 de abril de 2011). Concepto No. 101294. Recuperado de: <https://www.cijuf.org.co/conceptosminproteccion/2011/abril/c101294.html>

Ministerio del Trabajo (25 de julio de 2013). Concepto No. 147921. Recuperado de: <https://www.cijuf.org.co/normatividad/concepto/2013/concepto-147921.html>

Ministerio del Trabajo (9 de diciembre de 2013). Concepto No. 237247. Recuperado de: https://www.redjurista.com/Documents/concepto_237247_de_2013_ministerio_de_trabajo.aspx#

Organización Internacional del Trabajo [OIT], (1949). Convenio sobre la protección del salario. [C095]. Recuperado de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C095

Unidad Administrativa Especial De Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social [UGPP], (2015). Acuerdo por el cual se define, formula, y adopta, para la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social — UGPP, la política de mejoramiento continuo en el proceso de determinación, liquidación y pago de los aportes al Sistema de la Protección Social. 1035. Recuperado de: https://ugpp.gov.co/sites/default/files/sites/default/files/nuestra_unidad/Acuerdo-1035.pdf