**OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR**
**Magistrado ponente**

**SL736-2024**
**Radicación n.°98279**
**Acta 9**

Bogotá, D. C., veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **CARLOS ANDRÉS QUIROGA PÉREZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020), en el proceso que le instauró a **SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S.**

## I. ANTECEDENTES

CARLOS ANDRÉS QUIROGA PÉREZ llamó a juicio a la SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S., con el fin de que se declarara: i) la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido sin solución de continuidad desde el 11 de mayo de 2003 al 30 de noviembre

de 2012; ii) que su último salario devengado fue la suma de $1.740.078; iii) que durante la vigencia de la relación laboral la demandada no canceló en forma completa las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se debía condenar a la demandada al reajuste o reliquidación de los conceptos mencionados; la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, indemnización moratoria por no consignación de las cesantías de forma completa artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Fundamentó sus peticiones, en lo que interesa al recurso, en que: i) suscribió un contrato de trabajo a término indefinido en los extremos temporales anteriormente descritos; ii) el cargo ocupado fue de operador de bus articulado; iii) que la terminación del contrato de trabajo obedeció a una decisión unilateral del empleador sin justa causa; iv) que su salario estaba conformado por una remuneración fija y otra variable de horas extras, recargos nocturnos y auxilios extralegales que se le pagaban mensualmente *«no para desempeñar sus labores, sino para enriquecer su patrimonio»*.

Señaló que la empresa además de los pagos referidos, mensualmente le cancelaba en especie bonos de canasta a través de la empresa Credibanco, sumas variables que no fueron tenidas en cuenta dentro de la liquidación de prestaciones sociales durante los últimos cuatro años; que el último salario promedio devengado fue de $1.740.078,

discriminado así: $1.121.000 salario básico, $67.800 auxilio de transporte, $68.200 recargo nocturno promedio, $38.078 horas extras promedio; $445.000 bono por mera liberalidad promedio; que, durante la vigencia de la relación laboral, le pagaron además del salario básico, una suma por conceptos que denominó *«bono por mera liberalidad»*, *«auxilio de salud y alimentación»*, los cuales se efectuaban en forma periódica (mensual); que la demandada durante la vigencia de la relación laboral y a su terminación, liquidó y pagó salarios, prestaciones sociales, vacaciones y demás acreencias con base en el salario básico mensual, y no sobre el realmente devengado, lo mismo que ocurrió con los aportes a la seguridad social.

Añadió que la empleadora durante toda la relación laboral omitió consignar en forma completa y conforme al salario realmente devengado en cada anualidad, el auxilio de cesantía en un fondo, y el pago de aportes a la seguridad social en pensiones se hizo teniendo en cuenta un menor valor del salario realmente devengado, lo que afectó su IBL, y por tanto, el monto de su mesada pensional (f.°2-11 del cuaderno principal).

La demandada al descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda y aceptó como cierto los hechos relacionados al extremo final de la relación de trabajo, la forma de terminación de la misma, el cargo ocupado por el demandante, frente a los demás hecho señaló no ser ciertos.

En su defensa propuso como excepciones de mérito las denominadas inexistencia de la obligación, inexistencia de derechos por parte del demandante, prescripción de las acciones, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y la genérica (f.°33 a 53 del cuaderno principal).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante providencia de 26 de febrero de 2018, resolvió:

> **PRIMERO. -** DECLARAR que entre el demandante Carlos Andrés Quiroga Pérez y la demandada SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S. existió un contrato a término indefinido entre el 11 de mayo de 2009 al 30 de noviembre de 2012, que se dio por terminado sin que mediara una justa causa.
>
> **SEGUNDO. -** DECLÁRAR que los bonos de mera liberalidad "Auxilio de salud y/o alimentación" percibidos por el demandante Carlos Andrés Quiroga Pérez constituyen factor salarial.
> **TERCERO. -** CONDENAR a la demandada SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S. a reconocer y pagar al demandante Carlos Andrés Quiroga Pérez las siguientes sumas:
> $148.681,17 por concepto de saldos insolutos de prima de servicios.
> $772.681,06 por concepto de saldos insolutos de cesantías.
> $82.325,95 por concepto de intereses a las cesantías.
> $1.023.093 por concepto de la indemnización de que trata el art. 64 del CST y de la SS.
> $454.171,37 diarios a partir del 01 de diciembre de 2012 hasta el mes 24, a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima legal de créditos de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera sobre el monto de las prestaciones sociales.
> $43.678.614 por la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber consignado las cesantías en debida forma.
> **CUARTO. -** CONDENAR a la demandada SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S. a cancelar a la AFP PORVENIR el cálculo actuarial por las diferencias que

existan entre el pago aportado y el que debía realiza, por el interregno comprendido entre el 11 de mayo de 2009 al 30 de noviembre de 2012, teniendo en cuenta como IBC para el año:
2009 $1.343.255
2010 $1.1.24.263
2011 $1.480.884
2012 $1.625.141, 20

**QUINTO. -** ABOLVER a la demandada SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S., de la condena de reliquidación por concepto de vacaciones, acorde a lo considerado.
**SEXTO. -** DECLARAR probada parcialmente la excepción de "Prescripción" formulada por la demandada SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S., conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta decisión.
**SÉPTIMO. -** Contra la presente providencia procede el recurso de apelación.

Decisión que fue objeto del recurso de apelación presentado por la parte demandada.

## III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación propuesto por la demandada, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., mediante sentencia de treinta y uno (31) de agosto de 2020, resolvió, revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda (f.°251-260).

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal estructuró su estudio en determinar si era procedente ordenar la reliquidación de las acreencias laborales de carácter legal que el demandante percibió durante la vigencia del contrato de trabajo, teniendo en cuenta para ello dentro

de la base salarial, la sumas que recibió por concepto de auxilios y bonificaciones. Y de ser así, la procedencia del reconocimiento de la sanción por no consignación de cesantías, así como de la indemnización moratoria. Asimismo señaló, que no era objeto de controversia los hechos relacionados con: i) la existencia del contrato de trabajo; ii) los extremos temporales en que se desarrolló, 11 de mayo de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2012; y iii) la decisión unilateral y sin justa causa de la demandada de dar por terminado el contrato de trabajo.

Para dar solución al problema jurídico planteado, afirmó que conforme al artículo 127 del CST salario lo constituye de forma genérica todos aquellos cuya finalidad sea la remuneración directa al trabajador por el servicio prestado en la ejecución del contrato laboral, sin importar la denominación contractual que se le dé; y el artículo 128 del mismo estatuto ha permitido cierto margen de disposición negocial a las partes, al posibilitar que despojen algunos pagos de su carácter salarial; que esa libertad no es absoluta, pues encuentra su justo límite frente a aquellos rubros que conforme con lo dispuesto en el primero de los artículos mencionados tienen por objeto la contraprestación directa del servicio prestado, trae a colación lo expresado por la corporación en las sentencias CSJ de 27 de septiembre de 2004 rad. 22.069, de 13 de junio de 2012 rad. 39.475 y la SL1798-2018, en relación a que *«la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»*.

Añadió, que el acuerdo de desalarización entre empleador y trabajador por sí solo no produce ese efecto, por ello no tiene la capacidad efecto, por ello se hace necesario auscultar la naturaleza del mismo, acogiendo los lineamientos que sobre el particular enseña la Corporación del Trabajo, entre otras en sentencia de 7 de febrero de 2006, dentro del radicado 25.734, que el carácter salarial de un pago lo determina su finalidad.

En desarrollo de la sentencia, el juez de apelaciones, analizó las cláusulas del contrato de trabajo (fls 54 a 59), en punto a la remuneración acordaron en la cláusula 7ª y 10ª lo siguiente:

> SÉPTIMA. - Por las labores del trabajador, mediante el cumplimiento de todas las funciones a cargo, el empleador pagará como remuneración de los servicios prestados, un salario básico fijo mensual de (*Ochocientos Cincuenta Mil Pesos M/cte. ($850.000.00)* (sic)) Novecientos setenta y cuatro mil quinientos pesos M/cte (974.5000) con el que se remunera no solo la labor ordinaria del trabajador, sino lo concerniente al descanso obligatorio remunerado.
>
> PARÁGRAFO 2: A partir de la fecha se acuerda que el empleador por su mera liberalidad podrá reconocer a favor del trabajador bonificaciones, premios o similares, bien sea por el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño, cumplimiento de objetivos o tareas etc., y que las sumas que se reciban por tales conceptos no tendrán el carácter de salario y en consecuencia tampoco serán tenidas en cuenta como factor prestacional para ningún efecto ni liquidación de acreencias laborales, todo de acuerdo con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo. (f.°56 del cuaderno principal)
>
> DÉCIMA.- Las partes convienen en reconocer que ninguno de los beneficios o auxilios otorgados unilateralmente y por mera liberalidad del empleador, tales como alimentación, habitación, medios de transporte, primas extralegales y en fin cualquier otra clase de reconocimiento en dinero o en especie diferente del

> salario ordinario variable o fijo, que el empleador reconozca al trabajador durante la vigencia del presente contrato, no constituyen salario ni en dinero ni en especie y por tal razón no constituyen tampoco factor prestacional alguno. *(f.°58 ibidem).*

Señaló, que conforme a los desprendibles de nómina aportados, se advierte que la demandada reconoció mensualmente al accionante una suma variable que denominó *«BONO MERA LIBERALIDAD»* desde la primera quincena del mes de junio de 2009 hasta la primera quincena del mes de marzo de 2010, y que a partir de la primera quincena del mes de marzo de 2011 se comenzó a cancelar en forma mensual una suma variable bajo el concepto «*AUXILIO EDUCACIÓN Y/O SALUD»* el cual se reconoció hasta la finalización del vínculo.

Afirmó, que era necesario tener en cuenta el CONVENIO DE TARJETA DAVIVIENDA VISA VALE (f.° 168 a 174), que el empleador celebró con Davivienda, en la que en su cláusula primera se define el objeto del mismo, al igual que los numerales 2° y 3° del literal C, de la cláusula tercera se define la forma en que debe ser utilizado, de la siguiente forma:

> CLÁUSULA PRIMERA. - OBJETO: Por medio del presente convenio DAVIVIENDA se compromete, de acuerdo con la solicitud efectuada por EL CLIENTE, a emitir y entregar tarjetas Davivienda Vale Alimentación y/o Davivienda Vale Gasolina adscritas a la franquicia VISA, en adelante LAS TARJETAS, para que éste las utilice como medio de pago a LOS USUARIOS que tengan la calidad de empleados, trabajadores, colaboradores o vinculados. (...).
>
> C. USO DE LAS TARJETAS
> 2. LOS USUARIOS solo podrán utilizar la tarjeta Davivienda Visa Vale Alimentación en los establecimientos que se dediquen a la venta de alimentos a nivel nacional.
> 3. LOS USUARIOS solo podrán utilizar la tarjeta Davivienda Visa Vale Gasolina en los establecimientos como: estaciones de

> servicio, servitecas y almacenes de repuestos a nivel nacional (...)".

Que de la declaración rendida por la señora Irma Vargas Rubio, quien afirmó ser analista de nómina de la sociedad demandada, indicando que el bono de mera liberalidad que se reconoció al demandante en el año 2009 conforme a los indicadores de calidad calificados por Transmilenio y respecto del pago de auxilio de educación y salud, afirmó se entregaba al trabajador como un apoyo que hacía parte de un plan de beneficios que incluía una tarjeta de alimentación, club para los hijos de los trabajadores y convenios de capacitación; sin embargo indicó que no era posible establecer la destinación que el trabajador le daba a la suma entregada.

Y concluyó,

> De acuerdo con lo anterior, con lo indicado en forma precedente, para que un concepto sea tenido como factor salarial, es indispensable que el mismo retribuya la prestación personal del servicio al trabajador, sin embargo del análisis de las pruebas relacionadas, a juicio de la Sala no existe medio probatorio alguno que acreditara tal situación, incumpliendo de esta forma con su deber de acreditar los supuestos de hecho en que fundó su demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., la carga de la prueba que se encontraba a su cargo.
>
> Aunado a lo anterior, se encuentra que dichos conceptos no se vislumbran con el fin de remunerar el servicio, sino que por el contrario, eran concedidos como un incentivo para cumplir sus funciones, advirtiendo en todo caso, que el mismo no dependía de forma exclusiva del trabajador, sino que para el caso del bono de mera liberalidad, requería del comportamiento y cumplimiento de las metas asignadas por Transmilenio para que fuera concedido, caso en el cual y ante el incumplimiento por parte del grupo, podría afectarse el monto o la pérdida del mismo en la mensualidad correspondiente.
>
> Así mismo, por cuanto la finalidad con la cual se concedieron el auxilio de salud y educación tenían una destinación específica

que ayudara en parte con los gastos del propio trabajador o los de su núcleo familiar, sin que el empleador pudiera verificar tal destinación, exceptuando la tarjeta donde se abonaba el auxilio de alimentación, no obstante lo pretendido por la hoy encartada era que se destinara al mejoramiento en las condiciones de salud y alimentación, fundamento que le resta el carácter salarial, por cuanto no buscaban enriquecer al trabajador, sino mejorar las condiciones de vida del mismo.

En las condiciones analizadas, no resta a la Sala más que revocar la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado. Ante la prosperidad del recurso no se impondrá condena en costas en esta instancia, las de primer grado se encuentran a cargo del demandante.

## IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

## V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case totalmente la sentencia de segunda instancia, en cuanto REVOCÓ la decisión de primera instancia y ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones de la demanda.

Una vez constituida la Sala en sede de instancia, se servirá CONFIRMAR la sentencia del a quo para CONDENAR a la demandada conforme las pretensiones de la demanda y sobre costas resolverá de conformidad.

Con tal propósito formula dos cargos por la causal primera de casación, los cuales fueron replicados en su oportunidad.

## VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia por la causal primera de casación contemplada en el artículo 60 del Decreto Ley 528 de 1964, modificado por el artículo 7 de la Ley 16 de 1969, por violar en forma indirecta en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 127 y 128, en relación con los artículos 19, 21, 43, 55, 65 del C. S. T. modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, artículo 8 de la Ley 153 de 1887, artículo 249 y 253 (artículo 17 Decreto 2351 de 1965) del C.S.T., artículo 1 de la Ley 52 de 1975, artículo 7 de la Ley 01 de 1963, artículos 64, 65, 186, 189, 193 y 306 del C.S.T., artículos 167 del C. G. P., en armonía con el artículo 145 y artículo 60 del C. P. L., artículo 1626 del C. C. y artículo 53 de la C. N.

Manifestó el recurrente, que el quebranto de las normas sustanciales se produjo como consecuencia de lo siguientes errores de hecho:

> 1. Tener por demostrado, sin estarlo, que, el denominado bono por mera liberalidad fue objeto de pacto de desalarización desde la celebración del contrato de trabajo obrante a folios 54 a 59.
> 2. No dar por demostrado que, el concepto de bonificación por mera liberalidad se pactó por el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño, cumplimiento de objetivos o tareas por parte del trabajado.
> 3. Dar por demostrado sin estarlo que, los valores reconocidos al trabajador por concepto de “auxilio de alimentación, salud y/o educación” fueron objeto de pacto de desalarización entre las partes.
> 4. No dar por demostrado estándolo que, los valores reconocidos al trabajador por concepto de “bonificación por mera liberalidad” y “auxilio de alimentación, salud y/o educación” no fueron excluidos de manera expresa por las partes en cuanto a su connotación salarial.
> 5. Dar por demostrado, sin estarlo, que, existió un acuerdo entre

> los extremos donde pactaron la exclusión laboral conforme al parágrafo 2° de la cláusula séptima del contrato de trabajo.
> 6. No tener por establecido, a pesar de estarlo, que la demandada disfrazó el carácter salarial de los denominados auxilio de alimentación, salud y/o educación.
> 7. No dar por demostrado que el salario realmente devengado por el trabajador teniendo en cuenta los valores por concepto de bonificación por mera liberalidad y auxilios de alimentación, salud y/o educación son constitutivos de salario.

Adujo como pruebas calificadas erróneamente valoradas:

- Contrato de trabajo fls 54 a 59 de la contestación de la demanda.
- Desprendibles de nómina de la contestación a la demanda.

Alegó, que el contrato de trabajo fue objeto de una equivocada apreciación, toda vez que del contenido del parágrafo 2° de la cláusula séptima del contrato, se concluye sin lugar a equívocos la inexistencia de dicho pacto, en cuanto a los mentados beneficios de bonificación por mera liberalidad, auxilio de alimentación, salud y/o educación, y procedió a la transcripción de la mencionada cláusula, así:

> PARÁGRAFO 2: A partir de la fecha se acuerda que el empleador por su mera liberalidad podrá reconocer a favor del trabajador bonificaciones, premios o similares, bien sea por el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño, cumplimiento de objetivos o tareas etc, y que las sumas que se reciban por tales conceptos no tendrán carácter de salario y en consecuencia tampoco serán tenidas como factor prestacional para ningún efecto ni liquidación de acreencias laborales, todo de acuerdo con lo establecido en el Código Sustantivo del trabajo.

Añade,

> Resulta desacertada la apreciación que del citado parágrafo hiciera el Ad quem, toda vez que, lejos de evidenciar un pacto de desalarización por voluntad de las partes, consagrado en el contrato de trabajo, para con ello restar la naturaleza salarial de la denominada "bonificación por mera liberalidad", o entender como lo hizo el Tribunal que tales pagos no retribuían la labor

> del trabajador, lo allí acordado va en contravía del artículo 127 del C. S. T. y la definición del salario, toda vez que, el reconocimiento y pago de dicha bonificación se pactó por el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño, cumplimiento de objetivos o tareas, actividades que comprometían directamente la labor del actor y no como equivocadamente lo interpretó el juez de apelaciones, por tanto, de haberse interpretado correctamente el contenido de dicha estipulación, dable era concluir que la bonificación por mera liberalidad si remuneraba la labor del trabajador, por tanto era constitutiva de salario y no podían las partes pactar en contrario.

Precisó que, la Corte Suprema de Justicia- Sala Laboral, ya se ha pronunciado en situaciones análogas al presente caso y en contra de unas sociedades también operadoras del sistema Transmilenio como la hoy demandada, en las cuales se hizo uso de los mismos beneficios, en sentencias con radicado CSJ SL3123-2020, SL3525-2022, SL3630-2022 y SL1529-2023 y transcribe apartes de las mencionadas sentencias.

Afirmó,

> El pilar fundamental de la decisión del juez colegiado, para con ello revocar la sentencia de primera instancia, estribó en el hecho que, en su sentir, por demás equivocado, que el actor no allegó medio probatorio alguno que acreditara que los pagos por concepto de bonificación por mera liberalidad, auxilio de alimentación, salud y/o educación retribuyera la prestación personal del servicio, en contraposición de lo dispuesto por el artículo 167 del C. G. P., pues sabido es que en situaciones como las que hoy nos ocupa en las que se discute la naturaleza salarial de un determinado pago, con fundamento en la presunción consagrada en el artículo 127 del C. S. T. que por regla general que todos los ingresos que recibe el trabajador son salario, corresponde al empleador que su entrega corresponde a una causa distinta a la prestación del servicio, invirtiendo la carga probatoria en cabeza del empleador y no como equivocadamente lo estableció el Tribunal contraponiendo la denominada carga dinámica de la prueba, tal como lo indicó la Corte Suprema en sentencia SL5159-2018, al indicar:

Prosiguió en su demostración,

Si bien es cierto que la parte actora no aportó abundante material probatorio, no es menos cierto que, conforme la documental aportada por la demandada, en especial los comprobantes de nómina, del cual el Tribunal someramente hizo mención, de tal material probatorio era dable concluir que dada su habitualidad y conforme a las denominaciones allí consagradas, fácil era concluir que como quiera que dichos pagos entraban a enriquecer el patrimonio del trabajador, se percibían habitualmente y su reconocimiento y pago no estaba sujeto a condición alguna, sin lugar a dudas estaba destinado a retribuir la labor del trabajador, de donde resulta evidente el yerro cometido por el Ad quem, Para el Tribunal, bastó la mera manifestación que en forma simple y genérica se incluyera al interior del contrato de trabajo, para restarle la incidencia salarial a los pagos percibidos por el actor a título de "bonificación por mera liberalidad" y posteriormente, "auxilio de alimentación, salud y/o educación" En forma reiterada la Sala Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia ha indicado y reconocido la naturaleza salarial de pagos adicionales al salario básico o habitual que percibe el trabajador, no obstante medie pacto entre las partes que pretendan desdibujar tal naturaleza, facultad que no le es conferida y con mayor razón cuando en dichos pactos no se identifica plenamente la finalidad de los pagos, que además retribuyen la labor del trabajador, como en el caso que nos ocupa, el denominado "AUXILIO DE ALIMENTACIÓN, SALUD Y/O EDUCACIÓN" que en sentir del Ad quem, las partes pactaron desnaturalizar su naturaleza salarial conforme a lo dispuesto en la cláusula séptima del contrato, contrario sensu, de la lectura de la misma no se establece de manera alguna la finalidad del pago, pues simplemente se indica que "las bonificaciones, premios o similares" no tendrán incidencia salarial, pacto este que fue redactado de manera general sin que puede predicarse una destinación específica, que a todas luces y siguiendo con las disposiciones de la referida cláusula séptima en especial el Parágrafo 2 se estableció: "A partir de la fecha se acuerda que el empleador por su mera liberalidad podrá reconocer a favor del trabajador bonificaciones, premios o similares, bien sea por cumplimiento de obligaciones, buen desempeño, cumplimiento de objetivos o tareas etc., y que las sumas que se reciban por tales conceptos no tendrán el carácter de salario.

## VII. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia por la vía directa en la modalidad de interpretación errónea del artículo 128 del Código Sustantivo

del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, en relación con los artículos 65, 127, 142 de la misma norma sustantiva, artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y artículo 53 de la Constitución Política.

La violación de las anteriores disposiciones se produjo en forma directa, sin consideración a los hechos del proceso ni a la valoración de las pruebas allegadas a la litis y en la modalidad de interpretación errónea por cuanto no corresponde a su verdadera hermenéutica frente al actual entendimiento de las normas acusadas por parte de esa Sala.

Afirmó, que es escogida como vía de ataque la directa se aceptan todos los supuestos de hecho de la sentencia impugnada, que su discrepancia es en el entendimiento dado a las disposiciones sustanciales citadas, particularmente al artículo 128 del CST (desalarización), después de transcribir apartes de la sentencia confutada, señaló,

> Resulta claro entonces que, se equivocó el Tribunal al darle total aplicación a lo consagrado en el artículo 128 del C. S. T., para desconocer la naturaleza salarial de unos pagos adicionales al salario percibido por el trabajador, bajo el convencimiento de existir pacto expreso entre las partes, apartándose por tanto de la antigua doctrina de la Honorable Sala, por tanto, la decisión de instancia perdió su soporte jurídico, de donde se debe concluir que la Sala falladora incurrió en un error "juris iudicando" al entender las disposiciones sustanciales bajo una interpretación diferente a la que en derecho corresponde de acuerdo al nuevo criterio de esa Honorable Corporación que ha cumplido la función de unificar la jurisprudencia nacional (artículo 333 del C.G.P.) aplicable por analogía en el procedimientos laboral (art. 145 C.P.L.), con lo cual se hace prevalecer el Derecho Sustancial como lo prevé el artículo 228 de la Constitución (apalanca sus argumentos en la sentencia de la CSJ SL5146-2020 y transcribe in extenso).

Para luego concluir, que resulta evidente el yerro en que

incurrió el Tribunal al considerar que, acorde a los lineamientos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo al convenir que cierto beneficio extralegal no tendría incidencia prestacional, la facultad de que trata el artículo 128 se convertiría en absoluta, con lo cual se quebrantaría el postulado legal.

## VIII. RÉPLICA

Sostuvo la opositora que la cláusula de desalarización es clara en señalar que los aspectos incluidos se reconocerán por mera liberalidad del empleador, que no constituyen salario, según acuerdo de las partes, dándose cumplimiento a lo reglado en el artículo 128 del CST, forma en que lo interpretó el Tribunal; aseveró que el recurrente no acreditó los errores de hecho mencionados; además, que la decisión impugnada no solo se fundamentó en las pruebas aportadas por la pasiva, sino en la carencia de material probatorio por parte del actor para acreditar el carácter salarial de los auxilios debatidos, aun estando en la obligación de hacerlo, de conformidad con el art. 167 del CGP; la censura no logró probar que el Tribunal hubiera incurrido en error de apreciación respecto del contrato de trabajo celebrado entre las partes y los demás medio de prueba.

Añadió, que el Tribunal realizó una correcta valoración al acervo probatorio, por cuanto dio una finalidad a los auxilios de salud y/o educación y al auxilio de alimentación al estar pactado su no incidencia salarial, por lo que su intencionalidad no fue enriquecer su patrimonio, sino

mejorar las condiciones de vida del mismo y su periodicidad no le dan el carácter de salarial; que el desprendible de nómina no demuestra que un pago sea o no factor salarial.

De otro, en cuanto al segundo cargo, manifestó que el censor no sustentó en debida forma su ataque, por lo que no logró demostrar la afirmación contenida en él; solo se limitó a transcribir sentencias de la Corte, una de ellas emitida en un asunto idéntico al presente, en el que se absolvió a la pasiva, y la otra, referente a la solución de un asunto ajeno al que nos ocupa.

Y que, además, no indicó cuál debió ser la interpretación que debió darle el Tribunal al art. 128 del CST, incluso no mencionó qué parte de la norma resultó ser mal interpretada; y no demostró la pretendida descalificación del acuerdo de voluntades contenido tanto en el parágrafo segundo de la cláusula séptima del contrato de trabajo, como en la décima.

## IX. CONSIDERACIONES

Si bien, los cargos con los que se pretenden confutar la sentencia objeto del recurso extraordinario, están dirigidos por diferentes vías de transgresión de la ley (directa e indirecta), se observa que el elenco normativo que conforma la proposición jurídica de cada uno de ellos idénticos, los argumentos se complementan entre sí y tienen el mismo fin, por lo que se acomete el estudio de los mismos de forma conjunta.

Se memora, que en el caso objeto de debate, las pretensiones del accionante giraron en torno a la inclusión de los denominados *«bono por mera liberalidad, el auxilio de salud y el auxilio de alimentación»* como factores salariales y por ende la reliquidación de las prestaciones.

El Tribunal al momento de emitir la decisión objeto de cuestionamiento, para absolver a la entidad demandada de las pretensiones del demandante, tuvo como fundamentos de su decisión: (i) que a la luz del artículo 127 del CST es salario todo lo que recibe el trabajador, ya sea en dinero o en especie como contraprestación directa de su servicio, sin importar la denominación contractual que se le dé; y conforme al art. 128 se ha permitido cierto margen de disposición negocial a las partes, al posibilitar que despojen algunos pagos de su carácter salarial; (ii) que existió un pacto de desalarización entre las partes, en cuanto *«bonificación por mera liberalidad»,* el *«auxilio de alimentación»* y el *«auxilio de salud y/o educación»*; (iii) que el actor no allegó medio probatorio alguno que acreditara que los conceptos cuya naturaleza salarial pretende, en efecto remuneraban la prestación del servicio, incumpliendo lo dispuesto en el art. 167 del CGP; (iv) que los conceptos mencionados no remuneraban el servicio del trabajador, sino que eran concedidos como un incentivo para cumplir sus funciones, sin que dependieran de forma exclusiva de este, sino del comportamiento y cumplimiento de las metas asignadas por Transmilenio, caso en el cual y ante el incumplimiento por parte del grupo, podría afectarse el monto o su pérdida en la mensualidad correspondiente.

El distanciamiento del recurrente respecto de la decisión de segundo grado, radica en que a su juicio, desde el punto de vista fáctico el Tribunal se equivocó al dar por demostrado la existencia de un acuerdo de desalarización y desde lo jurídico, se dio una interpretación errónea al artículo 128 del CST, es decir, se le dio un alcance, distinto del contenido, en ella.

Asimismo, no es materia de discusión: i) la existencia del contrato de trabajo; ii) los extremos temporales en que se desarrolló, 11 de mayo de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2012; iii) la decisión unilateral y sin justa causa de la demandada de dar por terminado el contrato de trabajo; y iv) el pago de los denominados cuanto *«bonificación por mera liberalidad»,* el *«auxilio de alimentación»* y el *«auxilio de salud y/o educación».*

Advertido lo anterior, le corresponde a la Sala resolver en primer lugar, si el Tribunal se equivocó al considerar que sobre los conceptos de *«bonificación por mera liberalidad»,* el *«auxilio de alimentación»* y el *«auxilio de salud y/o educación»,* se celebró un pacto de desalarización, yerro que se produjo como consecuencia de la errada valoración del contrato de trabajo y los desprendibles de nómina.

Acerca de la desalarización, se impone recordar, que la generalidad es que todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: *(i)* se trate de prestaciones sociales; *(ii)* de sumas recibidas por el

trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; *(iii)* se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; *(iv)* los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación, y *(v)* según el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo: «*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*» (CSJ SL1798-2018, SL4342-2020).

De otro lado, el supuesto del artículo 128 *ibidem* es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, el legislador exigió un pacto expreso, claro y específico acerca de qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial, de modo que no son eficaces las cláusulas globales o genéricas, como tampoco la interpretación o lectura extensiva de las estipulaciones contractuales a efectos de incorporar pagos que no fueron objeto de pacto (CSJ SL1798-2018, SL4342-2020).

Se advierte, la ausencia de controversia respecto a que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido (*f.°54 a 59 del cuaderno principal*), que en las cláusulas del contrato se observa en las cláusulas 7ª y 10ª, que a la letra rezan.

> SÉPTIMA. - Por las labores del trabajador, mediante el cumplimiento de todas las funciones a cargo, el empleador pagará como remuneración de los servicios prestados, un salario básico fijo mensual de (*Ochocientos Cincuenta Mil Pesos M/cte. ($850.000.00)* (sic)) Novecientos setenta y cuatro mil quinientos pesos M/cte (974.5000) con el que se remunera no solo la labor ordinaria del trabajador, sino lo concerniente al descanso obligatorio remunerado.
>
> PARÁGRAFO 2: A partir de la fecha se acuerda que el empleador por su **mera liberalidad** podrá reconocer a favor del trabajador bonificaciones, premios o similares, bien sea por el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño, cumplimiento de objetivos o tareas etc., y que las sumas que se reciban por tales conceptos no tendrán el carácter de salario y en consecuencia tampoco serán tenidas en cuenta como factor prestacional para ningún efecto ni liquidación de acreencias laborales, todo de acuerdo con lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo. (f.°56 del cuaderno principal)
>
> DÉCIMA.- Las partes convienen en reconocer que ninguno de los beneficios o auxilios otorgados unilateralmente y por **mera liberalidad** del empleador, tales como alimentación, habitación, medios de transporte, primas extralegales y en fin cualquier otra clase de reconocimiento en dinero o en especie diferente del salario ordinario variable o fijo, que el empleador reconozca al trabajador durante la vigencia del presente contrato, no constituyen salario ni en dinero ni en especie y por tal razón no constituyen tampoco factor prestacional alguno. *(f.°58 ibidem).*

Ahora, en relación con los volantes de pago que reposan a los folios 80 a 167, se percibe que dentro de los rubros cancelados al demandante se encuentran los referentes al bono de mera liberalidad y los auxilios de salud y educación, aspectos que fueron objeto de valoración por el juez de apelación quien en la decisión cuestionada expresó:

> […] de acuerdo a los desprendibles de nómina aportados se advierte que la demandada reconoció mensualmente al accionante una suma variable que denominó *«BONO MERA LIBERALIDAD»* desde la primera quincena del mes de junio de 2009 hasta la primera quincena del mes de marzo de 2010, y que a partir de la primera quincena del mes de marzo de 2011 se comenzó a cancelar en forma mensual una suma variable bajo el concepto «*AUXILIO EDUCACIÓN Y/O SALUD»* el cual se reconoció hasta la finalización del vínculo (f.°257-258 del cuaderno principal).

De lo esgrimido en principio, se demostraría que existió un rubro en el contrato de trabajo que fue objeto de exclusión salarial como es el bono de mera liberalidad, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar cuáles beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia prestacional, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados por él, pues no es posible convenir cláusulas globales o genéricas, para luego por la vía de una interpretación o lectura extensiva, incorporar conceptos que no integraron la concertación de la exclusión (CSJ SL1798-2018). Por ello, cuando existe duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general; es decir, que para todos los efectos es retributivo.

De otro lado, a folio 60 del cuaderno principal se encuentra un otrosí celebrado entre las partes contratantes, firmado el 1 de febrero de 2011, en el que se estableció:

> **CLAUSULA** (sic) **PRIMERA**: Hemos acordado que EL EMPLEADOR, reconocerá mensualmente al TRABAJADOR unos Beneficios denominados “Compensación Flexible”, los cuales no constituyen salario por así acordarlo las partes de conformidad con los Artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, normas que subrogaron los Artículos 128 y 129 del C.S.T. los beneficios que

> a continuación se relacionan no constituyen salario, ni factor salarial o prestacional para todo efecto laboral, prestacional o indemnizatorio. Los beneficios a reconocer son los siguientes:
>
> Auxilio de Alimentación (Tarjeta Davivienda Canasta)
> Auxilio Salud y/o Educación.
>
> **CLAUSULA** (sic) **SEGUNDA**: Hemos acordado que EL EMPLEADOR se reserva el derecho de variar de forma unilateral las condiciones de este reconocimiento, sin que este constituya desmejoramiento alguno en las condiciones del TRABAJADOR por así acordarlo las partes.

En este orden de ideas, no se le puede endilgar al Tribunal el desconocimiento de la habitualidad de los rubros, tal como lo solicita la censura, pues, a folio 257 y 258, en la sentencia confutada, expresó *«de acuerdo a los desprendibles de nómina aportados se advierte que la demandada reconoció mensualmente al accionante una suma variable que denominó «BONO MERA LIBERALIDAD» desde la primera quincena del mes de junio de 2009 hasta la primera quincena del mes de marzo de 2010 […]»* y reglón seguido en lo referente a los otros dos conceptos señaló « […] *y que a partir de la primera quincena del mes de marzo de 2011 se comenzó a cancelar en forma mensual una suma variable bajo el concepto «AUXILIO EDUCACIÓN Y/O SALUD» el cual se reconoció hasta la finalización del vínculo*».

Ahora, al acometerse el estudio de manera conjunta de los cargos, y observar, que en el primero de ellos, enderezado por la vía fáctica se cuestiona la carga de la prueba, aspecto que entiende la Sala, que lo cuestionado va dirigido a establecer si el Tribunal se equivocó a trasladar la carga probatoria al extrabajador.

Decantada, la periodicidad, la habitualidad y la permanencia de los pagos, la Sala tiene establecido, que al empleador corresponde probar que el reconocimiento de dicho estipendio tuvo un propósito diferente a retribuir la prestación personal del servicio, tal como se expuso en la sentencia CSJ SL4313-2022, así:

> «por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta; de manera que contrario a lo que sostuvo el fallador colegiado, es el empleador quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa».

En igual sentido, la Sala en sentencia CSJ SL986-2021, señaló

> Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio cancelado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo.

De otro lado, es importante señalar que si bien, existió un acuerdo de voluntades sobre la no incidencia salarial de los mencionados factores, la Corte ha establecido que éste, no desvirtúa su condición remuneratoria, al respecto en la sentencia CSJ SL3272-2018, se expuso:

> Es más, esta Corte ha sido incisiva en cuanto a que el acuerdo de voluntades que declare no salarial un rubro, no desvirtúa su condición remuneratoria, pues aquella no está sujeta al total arbitrio de las partes. Así, un pago seguirá predicándose salarial si cumple las condiciones previstas en la ley, aun cuando exista estipulación en contrario, ya que se impone la realidad sobre las formalidades [...].

Advertido lo anterior, al estar establecido la habitualidad de los conceptos cuya naturaleza salarial se reclama, el juez de apelaciones concluyó que de conformidad con el art. 167 del CGP, la carga probatoria radicaba en cabeza del actor, deducción que desconoce el criterio reiterado de la Sala, que en esta situación el ejercicio demostrativo se radica en cabeza del empleador, aspecto que en principio conllevaría la prosperidad del cargo, también lo es, que acto seguido, al revisar los elementos de convicción que figuraban en el expediente se llegaría a la misma decisión, tal como lo advirtió el Tribunal al señalar, que:

> [...]
>
> Aunado a lo anterior, se encuentra que dichos conceptos no se vislumbran con el fin de remunerar el servicio, sino que por el contrario, eran concedidos como un incentivo para cumplir sus funciones, advirtiendo en todo caso, que el mismo no dependía de forma exclusiva del trabajador, sino que para el caso del bono de mera liberalidad, requería del comportamiento y cumplimiento de las metas asignadas por Transmilenio para que fuera concedido, caso en el cual y ante el incumplimiento por parte del grupo, podría afectarse el monto o la pérdida del mismo en la mensualidad correspondiente.
> Así mismo, por cuanto la finalidad con la cual se concedieron el auxilio de salud y educación tenían una destinación específica que ayudara en parte con los gastos del propio trabajador o los de su núcleo familiar, sin que el empleador pudiera verificar tal destinación, exceptuando la tarjeta donde se abonaba el auxilio de alimentación, no obstante lo pretendido por la hoy encartada era que se destinara al mejoramiento en las condiciones de salud y alimentación, fundamento que le resta el carácter salarial, por cuanto no buscaban enriquecer al trabajador, sino mejorar las condiciones de vida del mismo.

En este orden de ideas, se vislumbra, que la decisión impugnada no solo se fundamentó en la carencia de material probatorio por parte del actor para acreditar el carácter salarial de los auxilios debatidos, sino también, en las pruebas aportadas por la pasiva, concretamente en lo

expresado por un testigo arrimado, y las documentales adosadas al procesos, a partir de lo cual dedujo el Tribunal, que aquellos conceptos tenían una destinación específica, que no era la retribución de la actividad contratada, sino que se destinaran al mejoramiento de las condiciones de salud, alimentación o educación del trabajador o de su núcleo familiar; deducción probatoria frente a la cual no se presentó ataque por parte del censor, evidenciándose así una acusación parcial insuficiente para derruir la sentencia impugnada, precedida de la doble presunción de acierto y legalidad.

Otra de las insatisfacciones de la censura se centra en considerar que se dio por descontada la desalarización con la simple manifestación en el contrato de trabajo, al respecto se debe señalar que el *ad quem* parte por establecer *«[…] para que un concepto sea tenido como factor salarial, es indispensable que el mismo retribuya la prestación personal del servicio al trabajador […]»,* asimismo, para determinar si los rubros tantas veces mencionado tenían la connotación de salario, se fundamentó en las pruebas adosadas en el expediente (f.° 168 a 174), denominada CONVENIO DE TARJETA DAVIVIENDA VISA VALE y la declaración de Irma Vargas Rubio quien en su declaración afirmó:

> […] el bono de mera liberalidad que se reconoció al demandante en el año 2009 se reconocía de acuerdo con los indicadores de calidad calificados por Transmilenio y respecto del pago de auxilio de educación y salud, afirma se entregaba al trabajador como un apoyo que hacía parte de un plan de beneficios que incluía una tarjeta de alimentación, club para los hijos de los trabajadores y convenios de capacitación; sin embargo indicó que no era posible establecer la destinación que el trabajador le daba

a la suma entregada. (f.°258 y 259 del cuaderno principal).

De lo precedido, se vislumbra que no le asiste razón a la censura, en los cuestionamientos realizados a la decisión confutada, pues, el juez de apelaciones parte del análisis de los rubros y de las pruebas allegadas al proceso para determinar la exclusión salarial de los conceptos relacionados y que los mismos no constituyen salario.

Aunado a lo anterior, se nota fácilmente, que no atacó las pruebas antes referenciadas (CONVENIO DE TARJETA DAVIVIENDA VISA VALE y la declaración de Irma Vargas Rubio), es por ello, que quien persigue la anulación del acto jurisdiccional está compelido a arremeter contra cada columna argumental que lo sostenga, y en esa dirección, denunciar todas las pruebas de las que se sirvieron de base al sentenciador, dado que las acusaciones parciales no son suficientes, y nada se logra si deja de acusar algunos medios de convicción que constituyen el báculo de la decisión.

Sobre el particular se pronunció la Corte en la sentencia CSJ SL957-2021, reiterada en la CSJ SL2669-2022:

> En proveído CSJ SL957-2021, esta Sala señaló:
>
> De consiguiente, el único cargo propuesto resulta precario a efectos de todas y cada una de las aseveraciones del juzgador de la alzada, luego, la sentencia conserva a plenitud su robustez por ser sabido que si el fallo del Tribunal soporta sus razonamientos esenciales en diversos medios de prueba, debe el recurrente en casación atacar todos y cada uno de ellos, demostrando el o los yerros que con el carácter de manifiestos, protuberantes u ostensibles se derivan de su falta o errónea apreciación, empezando por los enlistados en el artículo 7 de la Ley 16 de 1969, pues si deja libre de examen alguno o algunos de ellos, o

> solo se ocupa de los razonamientos provenientes de medios probatorios no calificados en la casación del trabajo, o no reprocha estos segundos debiendo hacerlo, la sentencia atacada permanecerá soportada en el o los medios de prueba que no fueron cuestionados, calificados o no, o simplemente no podrá ser objeto de estudio por no aparecer acreditado siquiera un yerro de tal naturaleza sobre los medios que sí aparecen como calificados en la citada disposición.

En ese orden, no observa un error protuberante en la apreciación y valoración de la prueba denunciadas que lleven al traste la decisión objeto de escrutinio, como tampoco en la interpretación dada al artículo 128 del CST, sobre exclusión salarial.

Sin costas en el recurso extraordinario, si bien, el cargo fue fundado, no se dio la prosperidad del mismo.

## X. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CARLOS ANDRÉS QUIROGA PÉREZ** contra **SOCIEDAD INTERNACIONAL DE TRANSPORTE MASIVO S.A.S.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

**Firmado electrónicamente por:**



**MARJORIE ZÚÑIGA ROMERO**
Presidenta de la Sala
Salvamento de voto



**GERARDO BOTERO ZULUAGA**



**FERNANDO CASTILLO CADENA**



**LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ**



**IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ**

**CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**
Aclaración de voto

**OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR**

**Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999**

**Código de verificación: DF41CAF72CE28A025ED1976F9EE36F205E5EB521223CB4CD9C4009565574C952**
**Documento generado en 2024-04-10**

# SALVAMENTO DE VOTO

**Radicación:** 98279
**Recurrente:** Carlos Andrés Quiroga Pérez
**Opositor:** Sociedad Internacional de Transporte Masivo S.A.S.
**Magistrado Ponente:** Omar Ángel Mejía Amador

Respetuosamente me permito dejar sentadas las razones en las que se fundamenta mi desacuerdo con la decisión adoptada por la Sala.

En este caso se discutía si los rubros percibidos por el trabajador que tenían la denominación *«bonificación por mera liberalidad»* y *«auxilio de salud y alimentación»* tenían o no naturaleza salarial.

Para zanjar ese cuestionamiento, el Tribunal fundamentó su conclusión en dos grandes premisas: *i)* las partes habían suscrito un *pacto de exclusión salarial*, en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo; y, *ii)* además de ello, el trabajador no había logrado acreditar que esos rubros *retribuyeran efectivamente el servicio*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso.

En mi concepto, los dos cargos planteados por la censura eran lo suficientemente aptos para derruir esas dos

inferencias y, en consecuencia, para lograr la casación de la sentencia recurrida, contrario a lo resuelto por la mayoría de la Sala.

En efecto, respecto de la segunda premisa del Tribunal previamente descrita – *no retribución del servicio* -, en la decisión de la que me aparto se sostiene que, a pesar de que el juez colegiado incurrió en un error en la aplicación de la carga de la prueba, lo cierto es que, en definitiva, concluyó de manera acertada que los rubros *«tenían una destinación específica, que no era la retribución de la actividad contratada»*, y que esta inferencia no había sido suficientemente controvertida por la censura.

En mi sentir, a partir de esa deducción, en primer lugar, se desconoció el continuo reclamo del censor contenido en el primer cargo, de que *los pagos recibidos por el trabajador sí retribuían el servicio*, porque se habían pactado «[…] *para el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño, cumplimiento de objetivos o tareas, actividades que comprometían directamente la labor del actor y no como equivocadamente lo interpretó el juez de apelaciones* […]»

También expresó la censura que de las pruebas calificadas era posible «[…] *concluir que como quiera que dichos pagos entraban a enriquecer el patrimonio del trabajador, se percibían habitualmente y su reconocimiento y pago no estaba sujeto a condición alguna, sin lugar a dudas estaba destinado a retribuir la labor del trabajador, de donde resulta evidente el yerro cometido por el ad quem* […]» y que,

en definitiva, el pacto de exclusión salarial solo se había confeccionado para desnaturalizar verdaderos conceptos salariales.

Es decir que la censura *sí discutió* la premisa del Tribunal en virtud de la cual los pagos devengados por el trabajador no eran retributivos del servicio y, en tal sentido, no había una acusación parcial ineficaz, como lo concluyó la mayoría.

Por otra parte, además de que la acusación sí existía, estimo que era plenamente fundada. En efecto, de las pruebas denunciadas por la censura se podía inferir que los pagos por *bono por mera liberalidad* y *auxilio educación y/o salud* eran habituales, pagados mes a mes, aparte de que, cuando menos en el caso del primer rubro, estaban destinadas a retribuir «[…] *el cumplimiento de obligaciones, buen desempeño, cumplimiento de objetivos o tareas, etc.* […]», todo lo cual, sin lugar a duda, implicaba que desde su origen los pagos sí estaban destinados a retribuir el servicio del trabajador.

En este punto la decisión de la mayoría incurre en una infracción del principio de no contradicción, al aceptar la inferencia del Tribunal de que el bono de mera liberalidad era un *incentivo para que el trabajador cumpliera sus funciones* y las metas de Transmilenio, y, al mismo tiempo, admitir que no retribuían el servicio.

Y es que si el mencionado pago iba destinado a motivar al trabajador en el *cumplimiento de sus funciones*, lograr *metas productivas* y, en términos generales, generar un *buen desempeño*, no es entendible cómo se puede afirmar a un mismo tiempo que no estaba destinado a retribuir las labores del trabajador.

Aparte de ello, ese tipo de rubros, que en la costumbre de las relaciones laborales han sido identificados como *comisiones*, *incentivos*, *bonos*, etc., los ha identificado consistentemente esta Corporación como complementos del salario del trabajador, que tienen una evidente naturaleza salarial, de conformidad con lo previsto en los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo y el Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo. (CSJ SL5146-2020, CSJ SL986-2021, CSJ SL1005-2021)

Ahora bien, siendo que los rubros en discusión eran *habituales* y *retributivos del servicio*, debía presumirse su naturaleza salarial y era al empleador al que le competía acreditar que tenían una destinación diferente, no salarial (CSJ SL1259-2023). Y, pese a que en la decisión de la que me aparto se reconoce esta regla jurídica, en mi sentir no se le dio pleno efecto, pues bastó para soslayarla el hecho de que el Tribunal hubiera encontrado que los pagos no eran retributivos del servicio, sin analizar la consistencia de dicha premisa.

Nótese al respecto que esa conclusión la derivó el juzgador de segundo grado de las mismas pruebas que ataca

correctamente la censura, y de un testimonio que, si se mira bien, lo que dice es que el bono de mera liberalidad tenía como causa unos indicadores de calidad de Transmilenio, y que el auxilio de educación y salud se lo entregaban al trabajador, sin saber en realidad qué destinación le daba.

Esto es que, según esas mismas pruebas, el bono de mera liberalidad sí retribuía el servicio y el auxilio de salud y educación no tenía una destinación clara y específica, de manera que debía presumirse que tenía esa misma finalidad de remunerar las labores del trabajador, ante la falta de prueba del empleador de otro propósito diferente, claro y concreto.

Considero, en tal sentido, que la múltiple equivocación del Tribunal, *i)* al trasladarle erróneamente la carga de la prueba al trabajador, *ii)* y al desconocer que el bono de mera liberalidad y el auxilio de salud sí eran retributivos del servicio, debía forzar la aplicación del principio de primacía de la realidad (CSJ SL1259-2023), lo que hubiera conducido a concluir la naturaleza salarial de los pagos en discusión y, por consecuencia, a la casación de la sentencia recurrida.

Advierto además, que estas mismas inferencias debieron haber conducido a la Sala a dar por acreditado el error jurídico denunciado en el segundo cargo, porque tratándose de pagos habituales y que retribuían el servicio, no se podía dar una aplicación automática e irreflexiva a la figura del pacto de exclusión salarial del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto del cual la Sala ha

dicho en numerosas oportunidades que no puede ser instrumentalizado para ocultar, disfrazar o desnaturalizar pagos que por esencia tienen carácter salarial.

Nótese, en tal sentido, que al Tribunal le bastó con verificar la existencia del pacto, sin analizar en el plano de las realidades si escondía verdaderos conceptos laborales y, como consecuencia, si resultaba eficaz, todo lo cual representa una indebida comprensión de los efectos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

Dejo en los anteriores términos consignadas las razones de mi salvamento de voto.

Fecha ut supra,

## Firmado electrónicamente por:



**MARJORIE ZÚÑIGA ROMERO**
Magistrada

**Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999**

**Código de verificación: 5F5832473AB68E6150D0F7D6BB992DDAF32F93EB71CF42CBBD2F1BFDE3B8D51D**
**Documento generado en 2024-04-29**

**OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR**
**Magistrado ponente**

**ACLARACIÓN DE VOTO**
**Radicación nº 98279**

Una vez revisada la versión definitiva de la providencia aprobada por la Sala el 20 de marzo de 2024, considero que no es necesario realizar la aclaración de voto anunciada respecto de la misma.

Fecha *ut supra.*

## Firmado electrónicamente por:



**CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**
Magistrada

**Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999**

**Código de verificación: 7310A77FC5559FBD5BD813EB5A662BBA179FC3E869D88650359DBADCE7D59884**
**Documento generado en 2024-07-29**