

TEMA: SALARIO - Constituye salario todo aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte; al ser este el elemento esencial del trabajo subordinado. / **PACTO DE DESALARIZACIÓN LABORAL** - Recae sobre aquellos emolumentos que, pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados como salario, tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. /

HECHOS: La acción judicial está dirigida a que se declare que entre las partes existe un OTRO SÍ vigente que no ha sido modificado ni cancelado al contrato de trabajo, OTRO SÍ que inició el día 1 de marzo de 2009 denominado beneficios a la carta, y en virtud a que no ha sido cancelado ni modificado por las partes se declare que se encuentra vigente. Además, pide que se declare que, dada la continuidad y reiterada entrega de dichos beneficios, estos no pueden ser considerados como no constitutivos de salario y por el contrario deben ser tenidos en cuenta en todas las cotizaciones a la seguridad social y prestaciones laborales del trabajador. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene al demandado al reconocimiento y pago de los respectivos reajustes a las acreencias laborales, aportes a seguridad, intereses de mora e indexación. El A quo declaró que los efectos del OTRO SÍ pactado entre las partes, no se encuentran vigentes, y, en consecuencia, absolvió al demandado de todos los cargos formulados en su contra, declarando prósperas las excepciones formuladas, e implícitamente resueltas las formuladas por los litisconsortes necesarios por pasiva. Inconforme con la decisión el actor interpuso el recurso de apelación. Corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste o no derecho a que se le reconozcan y paguen los beneficios a la carta, a los que alude el documento denominado “OTRO SÍ AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO” suscrito entre las partes, y en caso afirmativo, se estudiaría la procedencia o no de la indemnización moratoria regulada en el art. 65 del Código Sustantivo de Trabajo, por la mora en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

TESIS: Para determinar si los pagos realizados a un trabajador son o no constitutivos de salario, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha establecido una serie de pautas que permiten efectuar tal diferenciación, veamos: La primera pauta a la que alude esta sentencia, tiene que ver con la REGLA GENERAL, según la cual constituye salario todo aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte; al ser este el elemento esencial del trabajo subordinado. (...) En segundo lugar, y según lo preceptuado en el art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, a manera de EXCEPCIÓN a esa regla general contenida en el art. 127 ibídem, no constituyen salario “las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador”, así como “lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones”. (...) Como tercera pauta de diferenciación, se debe acudir al principio constitucional de la PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, el cual permite al funcionario judicial verificar si materialmente el rubro o concepto objeto de controversia, tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, independientemente del nombre que le hayan dado las partes. (...) En cuarto lugar, se debe tener presente la autorización contenida en el art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, donde se permitió expresamente a los contratantes (empleador y trabajador) excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. Sin embargo, tal facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales,

son retributivos del servicio prestado. (...) En quinto lugar, debe tenerse muy presente que esa facultad otorgada a las partes, se ve materializada a través del denominado PACTO DE DESALARIZACIÓN, el cual recae sobre aquellos emolumentos que, pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados como salario, tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. (...) Y finalmente la sexta pauta de diferenciación a la que acude el órgano de cierre, se encuentra relacionada con la carga de la prueba, en el entendido que es al empleador a quien le corresponde demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador. (...) Finalmente, debe tenerse muy presente que la jurisprudencia nacional ha reconocido como salario aquellos pagos que eventualmente se encuentran estipulados en un pacto de exclusión salarial pero que retribuyan el servicio, puesto que la posibilidad de suscribirlos no autoriza al empleador de restarle incidencia salarial a pagos que por su naturaleza sí lo detentan. En palabras de la Corte, no es correcto afirmar que se pueda desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva, no es salario por decisión de las partes.

M.P. MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO

FECHA: 08/02/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

APELACIÓN - SENTENCIA	
DEMANDANTE	IVÁN DARÍO BENJUMEA VILLEGAS
DEMANDADO	EDATEL S.A. y OTROS
RADICADO	05001-31-05-009-2020-00269-01
MAGISTRADA PONENTE	MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO
TEMA	Reajuste salarial, prestacional, aportes a seguridad social.
DECISIÓN	Revoca parcialmente, y condena a reajuste y costas procesales.

Medellín, ocho (8) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los magistrados HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA y como ponente MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO, en acatamiento de lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 que dispuso adoptar como legislación permanente las normas contenidas en el Decreto Ley 806 de 2020, y surtido el traslado correspondiente, procede la Sala a proferir sentencia ordinaria de segunda instancia dentro del proceso ordinario laboral, promovido por el señor **IVÁN DARÍO BENJUMEA VILLEGAS** contra la sociedad **EDATEL S.A.**, y donde también actúan en calidad de litis consortes necesarios por pasiva la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.**

Después de deliberar sobre el asunto, de lo que se dejó constancia en el **ACTA No 003**, se procedió a decidirlo en los siguientes términos:

I. – ASUNTO

Es materia de la Litis, decidir, por parte de este colegiado, el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial del demandante contra la

sentencia absolutoria proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín – Ant., en la audiencia pública celebrada el día el 18 de enero de 2023, dentro del proceso referenciado.

II. – HECHOS DE LA DEMANDA

Como fundamento de las pretensiones incoadas con la demanda, se expuso en síntesis que, mediante un “OTRO SI” suscrito en febrero de 2009, la empresa EDATEL S.A., modificó el contrato de trabajo del señor BENJUMEA VILLEGAS, cuya finalidad era solicitar su afiliación al fondo voluntario de Pensión denominado “EDATEL PENSION, PLAN PLUS EDATEL 2” con el fondo de pensiones PROTECCIÓN y a partir de ese momento, la empresa se comprometía a dar unos beneficios adicionales no constitutivos de salario.

El plan se denominó “beneficios a la carta” e incluía como compensación mensual un SALARIO BASICO más un MENU de BENEFICIOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO aduciendo por supuesto que era por conveniencia del trabajador tal como lo enuncia en la cláusula primera del OTRO SI.

El referido beneficio consistía en que la empresa le pagaría desde febrero de 2009 en adelante de manera mensual e ininterrumpida la suma de \$680.658 que serían no constitutivos de salario y destinados para satisfacer necesidades del trabajador a título de beneficios.

Tales beneficios empezaron fueron: CONSIGNADOS a PROTECCIÓN por el EMPLEADOR, así:

Aporte voluntario pensión \$40.785

Aporte voluntario pensión P – Plus \$45.317

Aporte voluntario pensión C – Plus \$45.317

Aporte voluntario pensión IC – Plus \$5.438

Estos aportes voluntarios serían reconocidos por el empleador mientras el trabajador se encontrare cobijado bajo el sistema de beneficios a la carta esto es mientras estuviera vigente el presente OTRO SI.

Aduce también el escrito introductorio que la empresa mediante este acuerdo se comprometió a dar al trabajador un aporte adicional y mensual al plan institucional antes mencionado por valor de \$21.752, al igual que un auxilio denominado – Plan Educativo por valor de \$522.049.

Asegura que el OTRO SI firmado entre las partes, finalizó de manera unilateral y sin justificación alguna, a partir del mes de enero de 2014, cuando se dejaron de pagar los beneficios a favor trabajador.

Tiempo después, en el año 2019, el actor a través de su apoderada judicial, quiso reclamar lo consignado ante la AFP PROTECCIÓN S.A., en el fondo voluntario de pensiones, obteniéndose respuesta negativa de dicho fondo, quien asegura que no es viable retirar ese ahorro voluntario a pensión a menos que se estuviere dentro del rango de los 10 años anteriores a la causación del derecho pensional, y que tales recursos solo serian entregados si la empresa así lo autorizaba, al tratarse de un acuerdo entre el empleador y el fondo.

Que, mediante derecho de petición elevado en el año 2019, se solicitó a la empresa que autorizará el retiro de este ahorro voluntario, pero la compañía negó dicha autorización aduciendo que de conformidad con lo acordado en el OTRO SI, el actor debía esperar hasta tanto estuviere dentro de los diez (10) últimos años a la causación del derecho pensional, previa autorización de la empresa.

Finalmente, afirma la parte activa, que el día 30 de mayo de 2020 mediante derecho de petición se solicitó a EDATEL, S.A. reconociera al actor todos los beneficios dejados de pagar a partir del mes de enero de 2014 ya que a la fecha el “OTRO SI” firmado entre las partes en el mes de febrero de 2009 aún se encuentra vigente, pues nunca se suscribió un nuevo “OTRO SI” en el que se retiraran tales beneficios. No obstante, mediante respuesta del 10 de julio de 2020, niega tal solicitud insistiendo en la terminación del plan de beneficios a la carta a partir del mes de enero de 2014.

III. – PRETENSIONES

La acción judicial está dirigida a que SE DECLARE

“1. Que se declare que entre el señor IVAN DARIO BENJUMEA VILLEGAS y la empresa EDATEL S.A, existe un OTRO SI vigente que no ha sido modificado ni cancelado al contrato de trabajo, OTRO SI que inicio el día 1 de marzo de 2009 denominado beneficios a la carta y en virtud a que no ha sido cancelado ni modificado por las partes se declaré por parte de su despacho que se encuentra vigente.

2. Que se declare que dada la continuidad y reiterada entrega de dichos beneficios estos no pueden ser considerados como no constitutivos de salario y por el contrario deben de ser tenidos en cuenta en todas las cotizaciones a la seguridad social y prestaciones laborales del trabajador.

3. Que en virtud a la declaración de existencia y vigencia de ese OTRO SI la demandada debe pagar al demandante desde el año 2014 en adelante la cantidad de SETENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS VEINTISEIS MIL DOSCIENTOS OCHO PESOS M/L. (\$ 72.626.208,00), más los intereses de mora a la fecha del fallo, discriminados de la siguiente manera:

Aporte Voluntario Pensión: \$3.262.800

Aporte Voluntario Pensión P- plus \$3.625.360

Aporte Voluntario Pensión C- plus \$3.625.360

Aporte Voluntario Pensión IC-plus \$435.040

Beneficio Aporte adicional al Plan Institucional: \$1.740.160

Beneficio para Educación-Plan Educativo: \$41.763.920

3. Que la compañía EDATEL S.A. en virtud a la declaratoria de que estos beneficios a la carta constituyen salario dada la continuidad en el pago debe pagar, por concepto de reajuste a las vacaciones dejadas de percibir la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS TRES MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS M/L. (\$3.403.290,00). reajuste de las Vacaciones que nunca fueron pagadas desde el año 2009 más los intereses de mora indexados a la fecha del fallo.

4. Que la sociedad demandada debe pagar al señor IVAN DARIO BENJUMEA VILLEGAS, en virtud a la declaratoria de que los beneficios a la carta constituyen salario dada su continuidad en el pago por concepto de Cesantías un reajuste por valor de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SEIS MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS M/L. (\$6.806.580.00) dinero de cesantías que nunca han sido pagados desde el año 2009 más los intereses de mora indexados a la fecha del fallo.

5. *Que la demandada en virtud al reajuste a las cesantías dejadas de pagar debe al Demandante por concepto de intereses a las cesantías la suma de OCHOCIENTOS DIECISEIS MIL SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS M/L. (\$816.789.00). mas lo intereses de mora indexados a la fecha del fallo.*

6. *Que el demandante en virtud a la Declaratoria de constitución de salario de los beneficios a la carta tiene derecho a recibir de la demandada por concepto de Reajuste a las primas de Servicios dejadas de percibir la suma correspondiente a SIETE MILLONES CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS NUEVE PESOS M/L. (\$7.146.909,00) por concepto de Reajuste desde el año 2009, más los intereses de mora indexados a la fecha del fallo.*

7. *Que la demandada debe pagar un día de salario por cada uno que se demore en el pago o consignación de las deudas laborales.*

8. *Que se condene en costas a la parte demandada.”*

Mediante proveído del 15 de octubre de 2020, se admitió la acción ordinaria laboral, y se dispuso la vinculación de la AFP PROTECCIÓN S.A., en calidad de litis consorte necesarios por pasiva.

IV. – RESPUESTA A LA DEMANDA

AFP PROTECCIÓN S.A., dio respuesta oportuna a través de su apoderada judicial según consta a folios 1 al 12 del archivo PDF 007, indicando frente a los hechos allí narrados, que son ciertos aquellos que aluden a la suscripción de un contrato de adhesión con el empleador EDATEL S.A., al Plan Institucional de contribución definida en pensiones voluntarias el 01 de septiembre de 2008, regido por las disposiciones legales que regulan el Decreto 2513 de 1987, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y la circular 017 de 2006 de la Superintendencia Financiera, advirtiendo que el termino Beneficios a la Carta no son beneficios que tengan que ver dentro del contrato de Adhesión al Plan Institucional de Contribución Definida que celebros la entidad EDATEL S.A. con la AFP, por el contrario, se trata de beneficios inherentes a la relación o vínculo contractual de la demandada con sus trabajadores, sin que le consten los restantes supuestos fácticos narrados por la activa, los cuales deberán ser objeto del debate probatorio; se opuso a la totalidad de pretensiones y cargos, y

formuló en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *“FALTA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; BUENA FE; y HECHO EXCLUSIVO DE UN TERCERO”*.

Y como EXCEPCIÓN PREVIA formuló la excepción de *“FALTA DE INTEGRACIÓN DEL LITIS CONSORCIO NECESARIO POR PASIVA”*, solicitando la vinculación de COLPENSIONES.

Mediante auto del 5 de febrero de 2021, se acogió la excepción previa propuesta por la AFP PROTECCIÓN S.A., y se dispuso la vinculación de COLPENSIONES.

COLPENSIONES actuado a través de su apoderada judicial atendió la vinculación por pasiva efectuada, según consta a folios 1 al 5 del archivo PDF 011, indicando no constarle los hechos expuestos en el escrito inaugural, por tratarse de circunstancias ajenas a la administradora pública de pensiones, y que por ende la totalidad de estos supuestos fácticos deberán ser objeto del debate probatorio; se opuso a la totalidad de pretensiones y cargos, y formuló en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LIQUIDAR Y RECIBIR EL VALOR DE UN CÁLCULO ACTUARIAL (TÍTULO PENSIONAL) O FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE DE COLPENSIONES; e IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS”*.

Finalmente, la sociedad accionada **EDATEL S.A.**, recorrió el traslado otorgado en forma oportuna, y mediante apoderado judicial, dio respuesta a los hechos expuestos, indicando que los mismos son apreciaciones subjetivas de la parte demandante carentes de sustento fáctico y probatorio, advirtiendo que la empresa sí dio cumplimiento al acuerdo bilateral, libre y voluntario suscrito entre las partes, en torno a la aplicación del modelo de compensación flexible denominado: *“SISTEMA DE BENEFICIOS A LA CARTA”* a través del cual los trabajadores, accedieron de forma autónoma, libre y voluntaria a un determinado menú de beneficios ofrecidos por la Compañía, los cuales se pactaron dependiendo de la necesidad identificada en materia de liquidez, ahorro, consumo, seguridad social, educación, inversión, etc., de cada trabajador.

Resaltó que el actor suscribió de manera libre y voluntaria el “OTRO SI” del 1 de marzo de 2009, manifestando su voluntad de acogerse a dicho esquema, allí se pactaron beneficios no salariales, incluida la consignación de aportes voluntarios, lo anterior en los términos del artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 128 del CST. Además, en la cláusula segunda del referido “OTRO SI”, se establecieron claramente los beneficios que serían reconocidos, y la naturaleza de los mismos, que no era otra distinta que beneficiar a ambas partes, pues en el caso del trabajador implicaba una disminución de su carga impositiva, lográndose con ello un mejor nivel de vida, tales beneficios se constituían por los aportes realizados tanto por el empleador como por la entidad patrocinadora del plan, y los empleados de Edatel. El esquema de beneficios a la carta era una modalidad de pago que integraba la remuneración correspondiente al salario más un menú de beneficios de connotación extra salarial.

No obstante, a partir del año 2014, debido a decisiones administrativas y a las condiciones económicas del mercado, la empresa optó por terminar el esquema antes mencionado, e incluir esos beneficios no salariales en el salario devengado por los trabajadores, lo cual claramente era mucho más beneficioso para las personas a las que se les venía aplicando el sistema de beneficios a la carta, a quienes se les remitió el correspondiente “OTRO SI” de terminación, explicándoles las razones por las cuales se desmontaba dicho esquema y que esto no implicaba una afectación, sino por el contrario, les representaba una mejora y ganancia económica,

Asegura la réplica, que los trabajadores aceptaron en forma libre y voluntaria el cambio del esquema, y prueba de ello es que transcurrieron más de 6 años sin que el demandante presentara algún tipo de reclamación por el desmonte consensuado de dicho esquema de remuneración flexible, no obstante, debido a problemas con el archivo en la hoja de vida del demandante, no se encontró tal documento, circunstancia última que está siendo aprovechada por el trabajador para obtener un beneficio económico, expuso igualmente que el plan pensional consistía en que el actor tuviera un ahorro adicional, que complementara el monto de su pensión obligatoria, generando un mayor valor de la pensión, y fue por ello que la empresa no accedió a autorizar él retiró del ahorro voluntario sin justificación alguna. Se opuso a la totalidad de

pretensiones y cargos, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *“INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO; PRESCRIPCIÓN; BUENA FE; y COMPENSACIÓN”*.

V. - DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia pública de trámite y juzgamiento celebrada el 18 de enero de 2023, la señora JUEZ DE CONOCIMIENTO profirió sentencia, en la que DECLARÓ que los efectos del “OTRO SÍ” pactado entre las partes el 1° de marzo del año 2009 entre el señor IVÁN DARÍO BENJUMEA VILLEGAS y la sociedad EDATEL S.A., no se encuentra vigente.

En consecuencia, ABSOLVIÓ a EDATEL S.A., de todos los cargos formulados en su contra, declarando prosperas las excepciones formuladas por EDATEL S.A., e implícitamente resueltas las formuladas por COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A. (litisconsortes necesarios por pasiva).

Finalmente impuso las costas del proceso en la primera instancia a cargo del demandante IVÁN DARÍO BENJUMEA VILLEGAS y en favor de las demandadas en proporciones iguales, fijando como agencias en derecho se fija la suma de \$290.000.

Como fundamento de su decisión, estimó la juez de primer grado que en el presente asunto no proceden las pretensiones formuladas, pues de la prueba documental aportada con la demanda, concretamente un derecho de petición elevado por el actor, quedo en evidencia que este acepta y reconoce la terminación del plan de beneficios a la carta.

También consideró la *A Quo* que al empleador si le era dable modificar las condiciones salariales, siempre y cuando garantizare los derechos mínimos e irrenunciables de sus trabajadores, como efectivamente ocurrió, pues si bien es cierto, el actor dejó de recibir el beneficio no salarial en el mes de enero 2014, en ese mismo periodo, su asignación salarial tuvo un incremento considerable pero su salario aumento considerablemente.

Para la a quo, el “OTRO SÍ” de fecha 1° de marzo de 2009, tuvo por finalidad la evasión de impuestos, y tal y como lo confesó por propio trabajador, quien siempre estuvo inconforme con dicho plan, al ser este una desmejora de sus condiciones laborales, reconociendo esta misma parte, que a partir del año 2014, la empresa si les informó que todo volvía a la normalidad en materia salarial.

No observó la funcionaria judicial de primer grado, la configuración de un vicio en el consentimiento en el sub lite, por el contrario, lo que existió fue una avenencia del trabajador, al consentir un “OTRO SI” donde se modificaron sus condiciones salariales.

VI. – RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La apoderada judicial del demandante, solicita se revoque totalmente la sentencia absolutoria de primer grado, y en su lugar se acceda a las pretensiones formuladas, al considerar que los argumentos jurídicos y jurisprudenciales expuestos en la sentencia de primer grado, solo favorecieron al empleador, al no haberse valorado adecuadamente la prueba documental, concretamente el contrato de trabajo y el “OTRO SI” suscrito entre las partes.

Refiere haber quedado demostrado en el plenario, que el demandante jamás suscribió el segundo “OTRO SI” que finiquitaba el famoso plan de “BENEFICIOS A LA CARTA”, utilizado por EDATEL S.A., entre los años 2013 y 2009, para la desalarización de sus trabajadores, carga probatoria que fue obviada por la juez de primer grado, quien entendió terminado el plan de beneficios a la carta, únicamente con lo declarado por los testigos.

Expuso igualmente que en “OTRO SI” suscrito entre las partes en el año 2009, se tenía establecido que era el empleador quien reconocería al trabajador, lo pagado por concepto de aportes voluntarios en pensiones, sin embargo este compromiso, jamás se honró, no percatándose la juez de primer grado de tal circunstancia, máxime que en las planillas de pago aportadas al plenario, se evidencia que esos dineros le fueron descontados al trabajador desde el año 2009, al igual que el 8% por concepto de aportes parafiscales, lo

que desmejoró la situación salarial del demandante, y no como erróneamente lo concluyó la juez de primer grado, quien debió haber censurado la conducta desplegada por el empleador al haber abusado de su posición dominante, pues era deber del operador jurídico dar prevalencia al principio de favorabilidad, y más aún que los pactos de desalarización están proscritos por la jurisprudencia y la legislación nacional, pues de conformidad con el art. 127 del CST constituye salario todo lo que percibe el trabajador como contraprestación directa a su servicio, sin importar la denominación que le quieran dar las partes.

También se indicó en la alzada que la sentencia de primer grado, no realizó un análisis de la prueba documental, y más concretamente en las colillas de pago del trabajador, donde se hizo notorio que la sociedad accionada le cargó al trabajador, lo que se había comprometido a pagar en el “OTRO SÍ” inicial, y por el hecho que el demandante haya recuperado su salario a partir del año 2014, no le significaba una pérdida de los beneficios otorgados en el “OTRO SI” del año 2009.

Alega que la desalarización de un trabajador se encuentra proscrita por la ley y la jurisprudencia nacional, pues resulta contraria al concepto mismo de salario, el cual se según el art. 127 del CST no sólo lo constituye la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, y por ello todos los elementos constitutivos del salario tiene un efecto importante en los demás derechos y acreencias causadas a favor del trabajador como es el caso de sus prestaciones sociales y aportes a seguridad social.

Además, solicita se tenga en cuenta que los dineros depositados ante la AFP PROTECCIÓN S.A., no podrán ser reclamados por el trabajador hasta tanto no cause su derecho pensional.

Alegatos de conclusión

Encontrándose en la oportunidad procesal correspondiente, la apoderada judicial del demandante, presentó sus alegatos de conclusión en segunda instancia, insistiendo en la procedencia de las pretensiones formuladas, pues al no haber consentido el demandante la terminación del plan de beneficios a la

carta, la empresa estaba en la obligación de continuar con su pago, dado el compromiso asumido por la compañía como quedó plasmado en el numeral 2 del OTRO SI, documento donde también se evidencia en su literal (a), que dichos beneficios serían reconocidos por el Empleador, mientras el trabajador estuviera cobijado bajo este sistema, mientras no se firmará otro sí cancelando dicho beneficio, lo cual nunca ocurrió, y no puede perderse de vista que en derecho las cosas se deshacen como se hacen.

Asegura haber quedado probado en el plenario que la empresa nunca desembolsó de sus propios recursos estos mal llamado “beneficios”, lo que hizo fue descontarlos del salario de los trabajadores, obligándolos a consignarlos en un fondo privado, contrariando lo dispuesto en el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo y contra el artículo 13 de la Constitución Política, política salarial que solo trajo un beneficio para la empresa, pues estas deducciones que hacía a los salarios de los trabajadores los declaraba para impuesto de renta como deducción para ella y disminuía los pagos parafiscales como si salieran de su peculio.

A su turno, el apoderado judicial de la sociedad accionada, solicita se confirme la absolución impartida en la primera instancia, al estimar que en el proceso de la referencia la parte actora, suscribió de manera libre y voluntaria otro si del 1 de marzo de 2009, con plena manifestación de acogerse al “SISTEMA DE BENEFICIOS A LA CARTA” donde se encontraba un determinado menú de beneficios ofrecidos por la empleadora, los cuales , eran conceptos no salariales de conformidad con lo indicado en la normatividad laboral que permite y acepta los pactos de exclusión salarial.

Sin embargo, a partir del año 2014, debido a decisiones administrativas y al mercado en el que se desarrollaban las actividades económicas de la empresa, se tomó la decisión de terminar el esquema antes mencionado y optar por incluir esos beneficios no salariales en el salario devengado por los trabajadores, lo cual claramente era mucho más beneficioso para las personas a las que se les venía aplicando el sistema de beneficios a la carta, por lo que se les remitió a los trabajadores incluido al demandante, el correspondiente otro si y se les explicó las razones por las cuales se desmontaba dicho esquema y

que esto no implicaba una afectación, si no por el contrario, representaba una mejora y ganancia económica para ellos.

Finalmente, resalta que al haber transcurrido más de 6 años sin que el actor elevará reclamación alguna sobre la aplicabilidad del otro si del 1 de marzo de 2009, cualquier discusión en torno a estos eventuales derechos se encuentra prescrita.

Que no está probado que el actor hubiese sido coaccionado para acogerse a tal beneficio en el año 2009, y llama poderosamente la atención que durante los más de 4 años que disfrutó del mismo, no hizo ninguna reclamación, por lo que los valores no salariales que se le venían reconociendo en virtud del esquema pactado, a partir de enero de 2014 fueron incluidos dentro del salario básico, no presentándose desmejora salarial, y no existe sustento para condenar a EDATEL a cancelar dos veces un mismo concepto, pues con esto se configuraría un enriquecimiento sin justa causa del demandante.

Teniendo en cuenta la anterior crónica procesal, pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

VII. – CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Naturaleza jurídica de la pretensión. – Pago de beneficios salariales, reajuste de salarios prestaciones sociales, aportes a seguridad social, indemnización moratoria.

Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para regular la formación y desarrollo de la relación jurídica, como son demanda en forma, Juez competente, capacidad para ser parte y comparecer al proceso se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

El problema jurídico a resolver, teniendo en cuenta los puntos objeto de apelación por la activa, **misimos que delimitan la competencia de la Sala en**

la segunda instancia, consisten en dilucidar si al demandante IVÁN DARÍO BENJUMEA VILLEGAS les asiste o no derecho a que se le reconozcan y paguen a partir 1° de enero de 2014, los beneficios a la carta, a los que alude el documento denominado “OTRO SI AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO” suscrito entre las partes el día 1° de marzo de 2009, y en caso afirmativo, se estudiaría la procedencia o no de la indemnización moratoria regulada en el art. 65 del Código Sustantivo de Trabajo, por la mora en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

También será objeto de estudio para la Sala, la procedencia o no del reajuste solicitado por concepto de salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social, y demás acreencias laborales causadas entre el 1° de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2013, causadas durante la vigencia del pacto de desalarización, lo anterior a la luz de la excepción de prescripción formulada por la parte demandante.

Lo anterior, dado que en el proceso no existe discusión en torno a los siguientes puntos:

- Que el señor IVÁN DARÍO BENJUMEA VILLEGAS, se vinculó al servicio de la sociedad EDATEL S.A., mediante un contrato de trabajo a término indefinido para ocupar el cargo de “AGENTE DE TELEFONÍA PÚBLICA” a partir del 21 de abril de 2003, con una asignación salarial de \$1.247.664, según consta a folios 11 y 12 del archivo PDF 001.
- Que mediante “OTRO SI” de fecha 1° de marzo de 2009, las partes acordaron una DESALARIZACIÓN, en la que el empleador EDATEL S.A., se comprometía a pagar a título de SALARIO BÁSICO la suma de \$1.268.869, y la suma de \$680.658 a título de beneficios, discriminados de la siguiente forma:
 - Beneficios ahorro pensional – Plan institucional:
 - Aporte voluntario pensión \$40.785.
 - Aporte voluntario pensión P - Plus \$45.317
 - Aporte voluntario pensión C - Plus \$45.317
 - Aporte voluntario pensión IC - Plus \$5.438

 - Beneficio aporte adicional a otros planes de pensión: \$21.752
 - Beneficio para Educación – Plan educativo \$522.049

- Que mediante DERECHO DE PETICIÓN con fecha de radicación del 13 de marzo de 2019 (folios 215 al 217 del archivo PDF 015) la apoderada judicial del demandante, le solicito a la sociedad EDATEL S.A. autorice el retiro del saldo existente en la cuenta ahorro individual voluntario ante la AFP PROTECCIÓN S.A.
- A través de un DERECHO DE PETICIÓN de fecha 30 de mayo de 2020 (folios 24 al 27 del archivo PDF 001) la apoderada judicial del demandante, le solicitó a EDATEL S.A., el reconocimiento y pago de la suma de \$53.091.324, correspondientes a los 78 meses transcurridos desde el mes de enero de 2014, cuando se suspendió el pago de los \$680.658, a los que se había comprometido la empresa en el “OTRO SI” suscrito en el año 2009.

Pacto de desalarización laboral

De cara al primer problema jurídico planteado, cabe recordar que la parte actora a pesar de censurar el pacto de desalarización materializado entre las partes, mediante la suscripción de un “OTRO SI” al contrato de trabajo de fecha 1° de marzo de 2009, solicita su aplicación más allá del 1° de enero de 2014, al estimar que lo acordado en tal sentido se encuentra vigente y le asiste derecho a continuar percibiendo los beneficios allí estipulados representados en la suma mensual de \$680.658, al asegurarse que el señor BENJUMEA VILLEGAS no consintió su desmonte, y mucho menos suscribió un nuevo acuerdo en tal sentido.

Para verificar si le asiste o no derecho a su pretensión, se debe estudiar lo que para el efecto preceptúan los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo de Trabajo y de la Seguridad Social, que regulan lo atinente a los elementos constitutivos o no de salario, veamos:

“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente: **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.”**

“ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> **No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad 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 en especie no para su beneficio, ni para 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.”

Ahora bien, para determinar si los pagos realizados a un trabajador son o no constitutivos de Salario, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia¹, ha establecido una serie de pautas que permiten efectuar tal diferenciación, veamos:

La primera pauta a la que alude esta sentencia, tiene que ver con la REGLA GENERAL, según la cual constituye salario todo aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte²; al ser este el elemento esencial del trabajo subordinado. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 la Corporación expresó:

“...El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo señala que es salario todo lo que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa del servicio. Así, el salario es la ventaja patrimonial que se recibe como contrapartida del trabajo subordinado o, dicho de otro modo, es la prestación básica correlativa al servicio prestado u ofrecido.

En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica

¹ Sentencia SL5146-2020 del 7 de octubre de 2020, M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, radicación 69731.

² CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277.

al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo...”

En segundo lugar, y según lo preceptuado en el art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, a manera de EXCEPCIÓN a esa regla general contenida en el art. 127 ibidem, no constituyen salario “*las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador*”, así como “*lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones*”. Al respecto, en la sentencia CSJ SL5159-2018 se explicó:

“...no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las 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, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo...”

Como tercera pauta de diferenciación, se debe acudir al principio constitucional de la PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMALIDADES consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, el cual permite al funcionario judicial verificar si materialmente el rubro o concepto objeto de controversia, tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el

servicio, independientemente del nombre que le hayan dado las partes (CSJ SL12220-2017, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1437-2018 y CSJ SL1993-2019).

En cuarto lugar, se debe tener presente la autorización contenida en el art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, donde se permitió expresamente a los contratantes (empleador y trabajador) excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Sin embargo, tal facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, son retributivos del servicio prestado (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1899-2019).

En quinto lugar, debe tenerse muy presente que esa facultad otorgada a las partes, se ve materializada a través del denominado PACTO DE DESALARIZACIÓN, el cual recae sobre aquellos emolumentos que, pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados como salario, tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad, tal y como se indicó en la sentencia CSJ SL5159-2018, veamos:

“...El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «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», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes...”

Y finalmente la sexta pauta de diferenciación a la que acude el órgano de cierre, se encuentra relacionada con la carga de la prueba, en el entendido que es al empleador a quien le corresponde demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018).

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso concreto del trabajador IVÁN DARÍO BENJUMEA VILLEGAS, y teniendo en cuenta que este inició sus labores en la empresa EDATEL S.A. en el año 2003 mediante un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 21 de abril de 2003, con una ASIGNACIÓN SALARIAL de \$1.247.664, el cual milita a folios 11 y 12 del archivo PDF 001, indicándose en el párrafo de su cláusula tercera, que conceptos no serían considerados salarios, así:

TERCERA: Compensación: Por la prestación de sus servicios, las partes acuerdan un salario mensual de **UN MILLON DOSCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS (\$1.247.664,00)** que por mutuo acuerdo las partes estipulan, que se liquidará y pagará en forma quincenal en los días que la Empresa acostumbre pagar, en el sitio de trabajo mediante cuenta de ahorros o corriente que el EMPLEADO abrirá para tales fines y la cual se compromete a tenerla mientras dure este contrato. El salario aquí pactado comprende la remuneración correspondiente a los descansos dominicales y festivos reconocidos por ley. -----
PARAGRAFO: No se considerará como salario, ni como factor salarial para ningún efecto prestacional, ni para efecto de aportes a la seguridad social ni aportes parafiscales; las prestaciones, auxilios y bonificaciones pactados en cualquier convención colectiva o establecidas extralegalmente por la Empresa en cualquier tiempo. Por lo tanto, sus prestaciones legales se liquidarán sólo de la forma prevista por la Ley y las prestaciones, auxilios y bonificaciones extralegales se liquidarán con base en el salario ordinario de EL EMPLEADO. -----
CUARTA: Viáticos: Cuando EL EMPLEADO para el cumplimiento de sus deberes laborales

Luego mediante otro si suscrito el día 1° marzo de 2009, las partes realizaron pacto de desalarización en los siguientes términos (fls. 13 y 14 del archivo PDF 001).

OTROSÍ AL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO

Entre los suscritos a saber: por una parte CARLOS MARIO ESTRADA MOLINA mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 71618070 de Medellín y quien actúa en nombre y representación de la sociedad EDATEL S.A E.S.P. con NIT No. 890905065-2 , quien en adelante se llamará el EMPLEADOR, y por otra BENJUMEA VILLEGAS, IVAN DARIO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 70140316 de Barbosa, y quien actúa en calidad de TRABAJADOR, hemos convenido pactar y anexar al contrato de trabajo, las siguientes cláusulas:

PRIMERA: SISTEMA DE BENEFICIOS A LA CARTA: El siguiente acuerdo es el fruto de una decisión libre y voluntaria del trabajador de querer acceder al sistema de Beneficios a la Carta que dispone el EMPLEADOR, el cual incluye como compensación mensual, un SALARIO BASICO más un MENU DE BENEFICIOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO; ello como resultado de la recomposición del ingreso actual, por razones de su propia conveniencia, así:

1. SALARIO BASICO: El EMPLEADOR pagará al TRABAJADOR por la prestación de sus servicios un salario ordinario básico de la suma de \$ 1.268.869 mensuales. Este salario rige a partir del 1 de Marzo de 2009.

2. MENU DE BENEFICIOS: A partir del día 1 de Marzo de 2009 , disfrutará del cupo mensual de beneficios. por la suma de \$ 680.658 , conformado por los siguientes conceptos no constitutivos de salario y destinados para satisfacer necesidades del TRABAJADOR, conforme a la naturaleza propia de cada uno de ellos, así:

a. Beneficios ahorro pensional - Plan institucional: \$

Aporte voluntario pensión: \$ 40.785
Aporte voluntario pensión P - Plus: \$ 45.317
Aporte voluntario pensión C - Plus: \$ 45.317
Aporte voluntario pensión IC - Plus: \$ 5.438

Los aportes voluntarios relacionados en este numeral serán reconocidos por el EMPLEADOR mientras el TRABAJADOR se encuentre cobijado bajo el sistema de Beneficios a la Carta.

b. Beneficio aporte adicional al plan institucional: \$ 21.752

c. Beneficio aporte adicional a otros planes de pensión:
Aportes Voluntarios a Fondos de Pensiones: \$ 0
Seguro Privado de Pensión: \$ 0

d. Beneficio para alimentación: \$ 0

e. Beneficio para educación – Plan educativo: \$ 522.049

f. Beneficio para salud:
Plan salud: \$ 0
Plan complementario de salud - Poliza Suramericana: \$ 0
Plan complementario de salud - Plan Comfenalco: \$ 0

A partir del referido pacto, el señor BENJUMEA VILLEGAS, pasó a percibir mensualmente las sumas de: \$1.268.869 como salario básico, y \$680.658 como beneficios no constitutivos de salario, para un gran total de \$1.949.527 para el mes de marzo de 2009.

De lo visto hasta el momento, podría pensarse que el pacto de desalarización se encuentra ajustado al art. 128 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, pues los conceptos incluidos en el menú de beneficios por su mera denominación no dan la apariencia de ser retributivos del servicio prestado.

No obstante, al revisar el certificado de los pagos realizados al señor BENJUMEA VILLEGAS (folios 32 al del archivo PDF 015), y más concretamente los meses de enero y febrero de 2009, esto es, los dos periodos de pago inmediatamente anteriores a la suscripción del referido "OTRO SI", se observa lo siguiente:

CEDULA	CONCEPTO	VALOR	PERIODO DESDE	PERIODO HASTA	AÑO
70140316	SINTRAEDA	-\$ 18.127	1/01/2009	15/01/2009	2009
70140316	COOP/ CONFIAR AHORRO	-\$ 56.500	1/01/2009	15/01/2009	2009
70140316	DEDUCCION SALUD EPS	-\$ 38.200	1/01/2009	15/01/2009	2009
70140316	DEDUCCION PENSION	-\$ 38.200	1/01/2009	15/01/2009	2009
70140316	SUELDO BASICO	\$ 906.335	1/01/2009	15/01/2009	2009
70140316	VIATICOS	\$ 97.860	1/01/2009	15/01/2009	2009
70140316	MEDIOS DE TRANSPORTE	\$ 267.678	1/01/2009	15/01/2009	2009
70140316	SINTRAEDA	-\$ 18.127	16/01/2009	30/01/2009	2009
70140316	COOP/ CONFIAR AHORRO	-\$ 56.500	16/01/2009	30/01/2009	2009
70140316	DEDUCCION SALUD EPS	-\$ 36.300	16/01/2009	30/01/2009	2009
70140316	DEDUCCION PENSION	-\$ 36.300	16/01/2009	30/01/2009	2009
70140316	INT/ CESANTIAS AÑO ANTERIOR	\$ 297.569	16/01/2009	30/01/2009	2009
70140316	SUELDO BASICO	\$ 906.335	16/01/2009	30/01/2009	2009
70140316	MEDIOS DE TRANSPORTE	\$ 267.678	16/01/2009	30/01/2009	2009
70140316	SEGURO DE VEHICULO	-\$ 20.796	1/02/2009	15/02/2009	2009
70140316	SINTRAEDA	-\$ 18.127	1/02/2009	15/02/2009	2009
70140316	COOP/ CONFIAR AHORRO	-\$ 56.500	1/02/2009	15/02/2009	2009
70140316	DEDUCCION SALUD EPS	-\$ 36.600	1/02/2009	15/02/2009	2009
70140316	DEDUCCION PENSION	-\$ 36.600	1/02/2009	15/02/2009	2009
70140316	CESANTIAS A FONDOS	-\$ 2.479.741	1/02/2009	15/02/2009	2009
70140316	CESANTIAS AÑO ANTERIOR	\$ 2.479.741	1/02/2009	15/02/2009	2009
70140316	SUELDO BASICO	\$ 906.335	1/02/2009	15/02/2009	2009
70140316	VIATICOS	\$ 17.724	1/02/2009	15/02/2009	2009
70140316	MEDIOS DE TRANSPORTE	\$ 288.209	1/02/2009	15/02/2009	2009
70140316	SEGURO DE VEHICULO	-\$ 20.796	16/02/2009	28/02/2009	2009
70140316	SINTRAEDA	-\$ 18.127	16/02/2009	28/02/2009	2009
70140316	COOP/ CONFIAR AHORRO	-\$ 56.500	16/02/2009	28/02/2009	2009
70140316	DEDUCCION SALUD EPS	-\$ 38.600	16/02/2009	28/02/2009	2009
70140316	DEDUCCION PENSION	-\$ 38.600	16/02/2009	28/02/2009	2009
70140316	SUELDO BASICO	\$ 906.335	16/02/2009	28/02/2009	2009

Es evidente que el actor devengaba un salario básico mensual de \$1.812.670, esto es, una cifra muy similar a la que pasó a percibir bajo el pacto de desalarización a partir del 1° de marzo de 2009 (\$1.949.527).

Sin embargo, esa diferencia positiva de \$136.857, jamás representó para él demandante un verdadero beneficio, por el contrario siempre lo consideró como un perjuicio, así lo confesó durante su interrogatorio de parte, donde también refirió no haber recibido información de la empresa para adherirse al plan de beneficios a la carta en el año 2009, advirtiendo que tal adhesión no fue voluntaria, y la única finalidad era la evasión de impuestos parafiscales, es decir, para pagar aportes a los subsistemas de seguridad social sobre el 70% del salario.

Lo dicho frente a la obligatoriedad del denominado plan de beneficios a la carta, también fue ratificado por los testigos ALFREDO ALEJANDRO RESTREPO RUEDA, y JOHAN ALEXIS ECHAVARRÍA RESTREPO, quienes fueron compañeros de trabajo del demandante al interior la empresa EDATEL S.A., y le informaron al despacho que tanto la implementación del plan como su desmonte a finales del año 2013, fue una decisión unilateral del empleador.

Y que luego de su desmonte, lo que se venía pagando bajo el rotulo de beneficios a la carta, recompuso nuevamente el salario básico, con la única diferencia que ya no se efectuaba la deducción del aporte voluntario, así lo puso en conocimiento el testigo JOHAN ALEXIS ECHAVARRÍA RESTREPO.

De otro lado, al confrontar lo dicho por los testigos y el demandante en su interrogatorio de parte, con la restante prueba documental, y más específicamente con el reporte de los pagos realizados a partir del mes de enero de 2014, es evidente que la asignación básica mensual del demandante tuvo un aumento considerable, pues pasó de percibir \$1.474.882 como asignación básica para el mes de diciembre de 2013, a devengar \$2.168.918 para el mes de enero de 2014, es decir, un aumento de \$694.036, según se aprecia a folios 88 al 91 del archivo PDF 015.

70140316	SUELDO BASICO	\$ 737.441	1/12/2013	15/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario Pensión Adic	\$ 12.642	1/12/2013	15/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario Pensión	\$ 23.703	1/12/2013	15/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario C Plus	\$ 26.337	1/12/2013	15/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario IC Plus	\$ 3.160	1/12/2013	15/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario P Plus	\$ 26.337	1/12/2013	15/12/2013	2013
70140316	VIATICOS	\$ 259.334	1/12/2013	15/12/2013	2013
70140316	Auxilio Monetario Educación	\$ 280.067	1/12/2013	15/12/2013	2013
70140316	Auxilio Monetario Salud	\$ 23.337	1/12/2013	15/12/2013	2013
70140316	CREDITO VIVIENDA	-\$ 148.639	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	SEGURO PARA EL HOGAR	-\$ 30.376	16/12/2013	30/12/2013	2013

70140316	DEDUCCION PENSION	-\$ 41.400	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	DEDUCCION SALUD EPS	-\$ 41.400	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	SINTRAEDA	-\$ 21.070	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	UNITRAE	-\$ 1.500	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	COOPERATIVA COTRAFA AHORRO	-\$ 9.785	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	CREDITO BANCOLOMBIA	-\$ 217.548	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario Pensión Adic	-\$ 12.642	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario P Plus	-\$ 26.337	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario Pensión	-\$ 23.703	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario IC Plus	-\$ 3.160	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario C Plus	-\$ 26.337	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	INTERES VIVIENDA	-\$ 7.717	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	MEDIOS INFORMATICOS	\$ 39.896	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	SUELDO BASICO	\$ 737.441	16/12/2013	30/12/2013	2013

70140316	SUELDO BASICO	\$ 1.084.459	1/01/2014	15/01/2014	2014
70140316	HORAS EXTRAS FESTIVAS DIURNAS	\$ 59.259	1/01/2014	15/01/2014	2014
70140316	FESTIVOS NO COMPENSADOS 200%	\$ 140.465	1/01/2014	15/01/2014	2014
70140316	VIATICOS	\$ 261.586	1/01/2014	15/01/2014	2014
70140316	CREDITO VIVIENDA	-\$ 289.695	16/01/2014	30/01/2014	2014
70140316	SEGURO PARA EL HOGAR	-\$ 30.376	16/01/2014	30/01/2014	2014
70140316	DEDUCCION PENSION	-\$ 53.700	16/01/2014	30/01/2014	2014
70140316	DEDUCCION SALUD EPS	-\$ 53.700	16/01/2014	30/01/2014	2014
70140316	SINTRAEDA	-\$ 21.689	16/01/2014	30/01/2014	2014
70140316	UNITRAE	-\$ 1.500	16/01/2014	30/01/2014	2014
70140316	COOPERATIVA COTRAFA AHORRO	-\$ 62.700	16/01/2014	30/01/2014	2014
70140316	FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL	-\$ 13.400	16/01/2014	30/01/2014	2014

70140316	CREDITO BANCOLOMBIA	-\$ 217.548	16/01/2014	30/01/2014	2014
70140316	RETENCIÓN EN LA FUENTE	-\$ 15.800	16/01/2014	30/01/2014	2014
70140316	INT/ CESANTIAS AÑO ANTERIOR	\$ 269.264	16/01/2014	30/01/2014	2014
70140316	INTERES VIVIENDA	-\$ 5.890	16/01/2014	30/01/2014	2014
70140316	MEDIOS INFORMATICOS	\$ 39.896	16/01/2014	30/01/2014	2014
70140316	SUELDO BASICO	\$ 1.084.459	16/01/2014	30/01/2014	2014

Corolario de lo anterior, considera la Sala que la suma acordada en el plan de beneficios a la carta, jamás debió ser objeto de desalarización, pues esta no correspondía a un nuevo rubro que por mera liberalidad el empleador le estuviere entregando al trabajador BENJUMEA VILLEGAS para que desempeñare a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, etc.; por el contrario, la suma de \$680.658 contenida en el numeral 2° de la CLÁUSULA PRIMERA del “OTRO SI” al contrato individual de trabajo de fecha 1° de marzo de 2009, era una parte desintegrada de la asignación básica, a la que se le quiso dar la apariencia de elemento no constitutivo de salario en los términos del art. 128 del CST modificado por el art. 15 de la Ley 50 de 1990, pero que a la luz del principio de la realidad sobre las formas, y el acervo probatorio recaudado en el plenario se pueden constatar la ilegalidad de tal pacto de

desalarización, con él que se pretendió ocultar la naturaleza retributiva de estos conceptos.

Pues debe tenerse muy presente que la jurisprudencia nacional ha reconocido como salario aquellos pagos que eventualmente se encuentran estipulados en un pacto de exclusión salarial pero que retribuyan el servicio, puesto que la posibilidad de suscribirlos no autoriza al empleador de restarle incidencia salarial a pagos que por su naturaleza sí lo detentan, así puede verse en las sentencias CSJ SL, 13 de junio de 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017.

En palabras de la Corte, no es correcto afirmar que se pueda desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva, no es salario por decisión de las partes.

Visto lo anterior, estima la Sala que al ser contrario a derecho el pacto de desalarización suscrito entre las partes el día 1° de marzo de 2009, no le es dable al demandante solicitar su aplicación más allá del 1° de enero de 2014, cuando se produjo su desmonte unilateralmente por parte del empleador, advirtiendo esta Magistratura que, si bien no existe prueba de un documento escrito donde el actor haya convenido el fin del denominado “PLAN DE BENEFICIOS A LA CARTA”, tal circunstancia no lo habilitaba para reclamar el pago de la suma mensual de \$680.658 de manera indefinida hasta el extremo final de la relación laboral, dada la ineficacia que lleva inmersa el referido pacto de desalarización, conforme lo señalado en el art. 43 del Código Sustantivo de Trabajo, veamos:

“ARTICULO 43. CLAUSULAS INEFICACES. En los contratos de trabajo no producen ningún efecto las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador en relación con lo que establezcan la legislación del trabajo, los respectivos fallos arbitrales, pactos, convenciones colectivas y reglamentos de trabajo y las que sean ilícitas o ilegales por cualquier aspecto; pero a pesar de la ineficacia de esas estipulaciones, todo trabajo ejecutado en virtud de ellas, que constituya por sí mismo una actividad lícita, da derecho al trabajador para reclamar el pago de sus salarios y prestaciones legales por el tiempo que haya

durado el servicio hasta que esa ineficacia se haya reconocido o declarado judicialmente.” (Negrillas de la Sala)

Teniendo en cuenta lo preceptuado en la parte final de la referida normativa, y que la asignación básica del demandante se recompuso a partir del 1° de enero de 2014, no le asiste derecho al pago de ningún reajuste, o acreencia laboral causada a partir de dicha fecha.

Por el contrario, lo único que estaría llamado a reclamar el demandante sería el reconocimiento y pago del eventual mayor del auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y aportes a seguridad social en pensiones que no fueron pagados en su valor real entre el 1° de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2013.

No obstante, para resolver esta problemática, ha de tenerse en cuenta la excepción de prescripción propuesta por la sociedad EDATEL S.A.; y es que como bien lo tienen establecidos los arts. 488 del CST y 151 del CPTSS, los derechos y acciones laborales que no se reclamen y/o interpongan oportunamente, esto es, dentro de los 3 años siguientes a su exigibilidad, pueden verse afectados por el fenómeno prescriptivo.

Y en el presente asunto, aquellos derechos y acciones laborales relacionados con salarios, primas de servicios, intereses a las cesantías, y vacaciones causados entre 1° de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2013, esto es, durante la vigencia del pacto de desalarización, se encuentran afectados por la prescripción extintiva de las obligaciones, al haber transcurrido más de 3 años entre la fecha de causación individual de cada uno de estos conceptos, y la fecha de su reclamación, la cual apenas se dio en el mes de mayo de 2020, como lo reconoce la parte actora en el HECHO NOVENO de la demanda.

Por lo tanto, se declarará probada la excepción de prescripción frente a estos conceptos laborales que se causaron durante la vigencia de la relación laboral, no así con relación al mayor valor por concepto de aportes a seguridad social en pensiones, y auxilio de cesantías.

Pues los aportes a seguridad social en pensiones o su mayor valor, no pueden ser objeto de prescripción extintiva, por encontrarse en formación el derecho pensional subyacente, toda vez que, desde el punto de vista del asegurado, la imprescriptibilidad resulta acorde a la naturaleza jurídica de los derechos pensionales y a su carácter irrenunciable, y por ello lo adeudado por tal concepto, puede ser reclamado en cualquier momento; así lo ha recordado en innumerables providencias, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, como puede verse en las sentencias SL792-2013, CSJ SL7851-2015, CSJ SL1272-2016, CSJ SL2944-2016 CSJ SL16856-2016, CSJ SL738-2018, y CSJ SL1226-2023.

Así las cosas, al actor le asiste derecho al reconocimiento y pago del mayor valor del aporte pensional obligatorio no realizado entre el 1° de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2013, para lo cual la sociedad accionada EDATEL S.A. deberá solicitar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la liquidación del cálculo actuarial correspondiente, y pagar las sumas adeudadas dentro de los 30 días siguientes a la notificación de tal liquidación, el valor adeudado corresponde al 30% del ingreso base de cotización (IBC) mensual, por el cual debió haberse realizado el aporte, esto es, sin la desalarización que operó a partir del 1° de marzo de 2009.

Y respecto al mayor valor del auxilio de cesantías, debe advertirse que, si bien tal concepto no se encuentra amparado por la regla de la imprescriptibilidad, el fenómeno jurídico analizado, no alcanzó a irradiar sus efectos frente a este concepto, pues tratándose del auxilio de cesantías, el mismo no está llamado prescribir mientras esté vigente el contrato de trabajo, toda vez que la exigibilidad de esa prestación social se inicia desde la terminación del vínculo laboral, momento en que, de acuerdo con el numeral 4° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, surge para el empleador la obligación de entregar directamente a su ex trabajador los saldos de cesantía que no haya consignado en el fondo, así se expuso en la sentencia CSJ SL5291-2018, veamos:

“...No obstante, en atención a que la accionada formuló la excepción de prescripción, respecto de las cesantías, es preciso

indicar que de acuerdo con la doctrina de esta Corporación, durante la vigencia del contrato no opera tal fenómeno extintivo de esa obligación, toda vez que dicha prestación se hace exigible a la terminación del vínculo laboral...”

Y dado que para el año 2020, cuando se realizó la reclamación administrativa, y se presentó la demanda ordinaria laboral que hoy nos ocupa, aún estaba vigente la relación laboral entre las partes, según se advierte de la HISTORIA LABORAL aportada por COLPENSIONES, la reclamación del demandante ha de entenderse oportuna (EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO – CARPETA N° 11).

890905065	EDATEL S A E S P	01/10/2020	31/10/2020	\$3.172.648	4,29	0,00	0,00	4,29
890905065	EDATEL S A E S P	01/11/2020	30/11/2020	\$3.231.108	4,29	0,00	0,00	4,29
890905065	EDATEL S A E S P	01/12/2020	31/12/2020	\$7.008.821	4,29	0,00	0,00	4,29

De otro lado, y toda vez que la Sala no tiene claridad a cuanto ascendió el valor consignado a favor del demandante por concepto de auxilio de cesantías, por los años 2009, 2010, 2011, 2012, y 2013, no se realizará la liquidación en concreto de esta condena, no obstante, se ordenará a la sociedad EDATEL S.A., a liquidar este mayor valor teniendo en cuenta un 30% de lo que hubiese sido el salario base para la liquidación del auxilio de cesantías, causado entre el 1° de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2013, esto es, sin la desalarización que operó a partir del 1° de marzo de 2009.

El valor resultante deberá consignarse al fondo de cesantías al que se encuentre afiliado el demandante, en el eventual caso de encontrarse aún vigente la relación laboral, de contrario, la suma adeudada deberá pagarse directamente al trabajador con su correspondiente indexación.

Indemnización moratoria del art. 65 del CST.

Esta Sala no accederá a la indemnización moratoria deprecada por el no pago del mayor valor del auxilio de cesantías (prestación social) al momento de la terminación del contrato de trabajo, pues esta sanción no aplica de manera automática o inexorable, por el contrario, debe estudiarse en el caso concreto para determinar si el empleador obró de buena o de mala fe, como lo precisa la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3936-2018, Rad. 70860, de 5 de septiembre de 2018, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se indica:

"...Esta Corte, reiteradamente, ha puntualizado que la sanción moratoria prevista en los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta. Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables.

De igual modo, la Sala ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CS) SL9641-2014).

Por tanto, la forma contractual adoptada por las partes no es razón suficiente para eximir de la sanción moratoria, en la medida que, igualmente, deben ser allegados al juicio otros argumentos y elementos que respalden la presencia de una conducta conscientemente correcta."

Como puede advertirse, para la aplicación de la sanción moratoria en comento, el fallador debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador, con fundamento en la prueba recaudada, y demás circunstancias que rodearon la relación laboral, **principalmente al momento de terminarse el contrato de trabajo.**

Y en el presente asunto, es claro para la Sala que para la fecha de presentación de la demanda (agosto de 2020) el actor aún se encontraba laborando al servicio de la sociedad EDATEL S.A., pues así se desprende la historia laboral aportada por COLPENSIONES, la cual registra cotizaciones hasta el mes de diciembre de esa misma anualidad, lo que significa que la indemnización moratoria deprecada, es completamente improcedente, pues ni siquiera se encontraba eventualmente causada.

Y tampoco puede perderse de vista que ese mayor valor del auxilio de cesantías adeudado al demandante, solo se logró acreditar en la presente litis,

luego de efectuarse una valoración conjunta del acervo probatorio, lo cual permitió verificar la prosperidad o no de las pretensiones formuladas, siendo algunas de ellas, abiertamente incompatibles entre sí, pues la activa pretendía mantener la vigencia del inicial "OTRO SI" suscrito en el año 2009, más allá del 31 de diciembre de 2013, y a su vez, invocaba su inaplicación entre el 1° de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2013, motivos por los cuales no se accederá a esta pretensión, al no encontrasen satisfechos los presupuestos legales y jurisprudenciales para su configuración.

Aporte voluntario en pensiones

Finalmente, y en relación a la inconformidad presentada por la recurrente, respecto a las deducciones realizadas al demandante por concepto de aportes voluntarios en pensiones, entre los años 2009 y 2013, y que reclama para sí el demandante, pues refiere haberlos asumido en su totalidad cuando era el empleador el encargado de asumir dichos aportes según lo acordado en el "OTRO SI" al contrato de trabajo, debe concluir la Sala que, no le asiste razón a la recurrente pues, si bien es cierto, en la relación de los pagos realizados al demandante aparecen unas deducciones (-) por concepto de: "aporte voluntario adic", "aporte voluntario P plus", "aporte voluntario pensión", "aporte voluntario IC plus", "aporte voluntario C plus", estos mismos conceptos también le aparecen cargados como ingresos (+) en el mismo periodo de tiempo, así puede verse en el mes de marzo de 2009, cuando inició la vigencia del pacto de desalarización celebrado entre las partes, y diciembre de 2013 cuando finalizó (fls. 33 y 90 del archivo PDF 015) veamos:

Año 2009:

70140316	Aporte Voluntario Pensión Adic	-\$ 10.876	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	Aporte Voluntario P Plus	-\$ 22.658	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	Aporte Voluntario Pensión	-\$ 20.393	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	Aporte Voluntario IC Plus	-\$ 2.719	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	Aporte Voluntario C Plus	-\$ 22.658	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	PRIMA CARESTIA SINDICALIZADO	\$ 906.335	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	SUELDO BASICO	\$ 634.434	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	Auxilio Monetario Educación	\$ 261.024	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	VIATICOS	\$ 35.448	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	Aporte Voluntario Pensión Adic	\$ 10.876	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	Aporte Voluntario Pensión	\$ 20.393	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	Aporte Voluntario C Plus	\$ 22.658	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	Aporte Voluntario IC Plus	\$ 2.719	1/03/2009	15/03/2009	2009
70140316	Aporte Voluntario P Plus	\$ 22.658	1/03/2009	15/03/2009	2009

Año 2013.

70140316	Aporte Voluntario Pensión Adic	-\$	12.642	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario P Plus	-\$	26.337	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario Pensión	-\$	23.703	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario IC Plus	-\$	3.160	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario C Plus	-\$	26.337	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario Pensión Adic	\$	12.642	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario Pensión	\$	23.703	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario C Plus	\$	26.337	16/12/2013	30/12/2013	2013
70140316	Aporte Voluntario IC Plus	\$	3.160	16/12/2013	30/12/2013	2013

En consecuencia, no está llamada a prosperar la inconformidad presentada en tal sentido.

Plan pensional

Aduce la recurrente que hasta la fecha el demandante IVÁN DARÍO BENJUMEA VILLEGAS, no ha podido retirar del fondo privado de pensiones PROTECCIÓN S.A., los dineros que fueron consignados bajo el concepto de aportes voluntarios en pensiones entre los años 2009 y 2013, pues su empleador no ha autorizado el retiro de estos recursos.

No obstante, al revisarse por parte de la Sala el documento denominado “CONTRATO DE ADHESIÓN PLAN DE PENSIONES ADICIONAL DE CONTRIBUCIÓN DEFINIDA EDATEL PENSIÓN” de fecha 29 de agosto de 2008, visible a folios 26 al 31 del archivo PDF 015, se observa que el retiro de los recursos allí consignados, no dependían de la simple autorización del empleador, por el contrario en el referido plan pensional, se dejó establecido que los retiros y traslados totales, solo son posible cuando el trabajador cumpla con los requisitos de ley para pensionarse ya sea en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual con solidaridad, veamos:

RETIROS Y TRASLADOS TOTALES

- *Retiro de la empresa y del plan:* Este plan no contempla este tipo de retiros, ya que los retiros solo se permiten cuando el participe cumpla los requisitos de ley para pensionarse en el régimen de Prima Media o en el régimen de ahorro individual.

Significa lo anterior, que el actor se encuentra condicionado a lo dispuesto en la CLÁUSULA DECIMA del CONTRATO DE ADHESIÓN - PLAN DE PENSIONES ADICIONAL DE CONTRIBUCIÓN DEFINIDA EDATEL PENSIÓN, pues la misma se encuentra vigente, pues no ha sido objeto de nulidad o ineficacia.

En consecuencia, se revocará parcialmente la sentencia de primera instancia, en lo referente al mayor valor adeudado por concepto de auxilio de cesantías, y aportes a seguridad social en pensiones entre el 1° de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2013, y se confirmará en lo demás la providencia recurrida, declarándose parcialmente probada la excepción de prescripción.

Teniendo en cuenta la naturaleza de la decisión proferida y la prosperidad parcial del recurso de apelación formulado por la apoderada judicial del señor IVÁN DARÍO BENJUMEA VILLEGAS, las costas procesales en ambas instancias instancia estarán a cargo de la sociedad EDATEL S.A., y a favor del demandante, según lo dispuesto en el numeral 1° del art. 365 del Código General del Proceso, y como agencias en derecho en segunda instancia se fija la suma de \$1.300.000 equivalente a 1 SMLMV para la anualidad 2024, las de primera instancia, deberán ser calculadas de conformidad a lo aquí expuesto.

VIII. - DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la **SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia de fecha 18 de enero de 2023 proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en cuanto a absolvió a la sociedad EDATEL S.A., de la pretensión relativa al reajuste de prestaciones sociales y el aporte obligatorio al sistema general de pensiones, para en su lugar, **DECLARAR** que al señor IVÁN

DARÍO BENJUMEA VILLEGAS, le asiste derecho a un reajuste del 30% por los conceptos de auxilio de cesantías, y aporte obligatorio en pensiones, por el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2013, declarándose parcialmente probada la excepción de prescripción respecto al reajuste deprecado por los demás conceptos tales como salarios, intereses a las cesantías, primas de servicios (legales o extralegales) y vacaciones, según lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: En consecuencia, de lo declarado en esta providencia, SE CONDENAN a la sociedad EDATEL S.A., a reconocer y pagar al señor IVÁN DARÍO BENJUMEA VILLEGAS el mayor valor del auxilio de cesantías en el equivalente al 30% de lo que hubiese sido el salario base para la liquidación del auxilio de cesantías, causado entre el 1° de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2013, esto es, sin la desalarización que operó a partir del 1° de marzo de 2009; el valor resultante deberá consignarse en el fondo de cesantías al que se encuentre afiliado, en el evento de encontrarse aún vigente la relación laboral, de lo contrario, deberá pagarse directamente al trabajador debidamente indexada.

Así mismo se CONDENAN a EDATEL S.A., a pagar a favor del demandante el cálculo actuarial por el mayor valor del aporte a pensión no realizado, en el equivalente al 30% del ingreso base de cotización (IBC) mensual, por el cual debió haberse realizado el aporte, entre el 1° de marzo de 2009 y el 31 de diciembre de 2013, esto es, sin la desalarización que operó a partir del 1° de marzo de 2009; para cumplir con lo anterior, la sociedad EDATEL S.A. deberá solicitar a COLPENSIONES dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la liquidación del cálculo actuarial correspondiente, y pagar las sumas adeudadas dentro de los 30 días siguientes a la notificación de tal liquidación, según lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

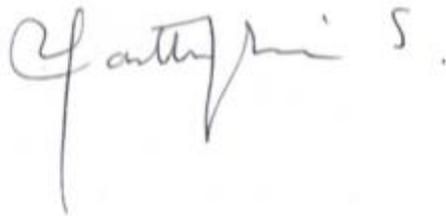
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación de fecha 18 de enero de 2023 proferida por el JUZGADO NOVENO LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, según lo expuesto en precedencia.

CUARTO: Las **COSTAS** procesales en ambas instancias estarán a cargo de la sociedad EDATEL S.A., y a favor del demandante IVÁN DARÍO BENJUMEA VILLEGAS, según lo dispuesto en el numeral 1° del art. 365 del Código General del Proceso, y como agencias en derecho en segunda instancia se fija la suma de \$1.300.000 equivalente a 1 SMLMV para la anualidad 2024, las de primera instancia, deberán ser calculadas de conformidad a lo aquí expuesto.

QUINTO: En su debida oportunidad, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

SEXTO: Se ordena la notificación por **EDICTO** de esta providencia, que se fijará por secretaría por el término de un día, en acatamiento a lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en auto AL2550-2021.

Los magistrados



MARTHA TERESA FLÓREZ SAMUDIO



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA