



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL3272-2018

Radicación n° 69010

Acta n° 28

Bogotá D.C., primero (1.º) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso el **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. - BBVA COLOMBIA S.A.** contra la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2010 por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso ordinario laboral que en su contra adelanta **FREDDY ARIZA SOLANO**.

I. ANTECEDENTES

El citado accionante demandó en proceso laboral al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. - BBVA Colombia, procurando como pretensión principal que se condene a que las sumas pagadas por concepto de prima de antigüedad o quinquenal (equivalente a \$802.576.11), vacaciones legales y vacaciones reconocidas en dinero

(equivalentes a \$94.259.91 + 260.928.56 respectivamente), se le computen como factor salarial. Igualmente, pidió el reajuste del auxilio de cesantías y de sus intereses al 24%, el de las vacaciones y primas de servicio, el pago de la indemnización moratoria por las sumas que no fueron contabilizadas como factor salarial, de la sanción moratoria por el no pago oportuno y correcto del auxilio de cesantías y que se informen los ajustes que se produzcan al sistema general de pensiones para modificar el ingreso base reportado.

En forma subsidiaria, solicitó indexar los dineros que se reconozcan al demandante, el pago de las costas procesales, las agencias en derecho y los derechos ultra y extra *petita*.

Afirmó que laboró para el antiguo Banco Ganadero desde el 9 de noviembre de 1992 hasta el 12 de septiembre de 2000, fecha en la cual se le terminó su contrato de trabajo sin justa causa y que su último salario básico fue de \$624.231, para un promedio mensual de \$858.207,26.

Aseguró que desde el inicio de sus labores y hace más de 40 años, la demandada paga cada año y quinquenio prima de vacaciones y prima de antigüedad, por mandato expreso de la convención colectiva y del reglamento interno de la compañía; sin embargo, pese a su carácter remuneratorio, la accionada desconoció su incidencia salarial e incumplió el deber de incorporar al salario

promedio devengado el equivalente salarial por concepto de las aludidas primas.

Mencionó que elevó una petición a su ex empleadora con el fin de que le informara por qué se le reportó un salario de \$756.800 al ISS, mientras que en las planillas de reportes se hizo por \$2.271.000; que ante ello, la accionada explicó que *«se le estaban reportando todos sus ingresos que conformaban su base salarial, entre los que se distingue lo pagado por prima de vacaciones»*.

Adujo que en la liquidación final se alude a las referidas primas como prestaciones sociales y no como pagos accesorios o de mera liberalidad; además, que el banco computó como factor salarial la prima semestral, reconoció proporcionalmente la prima de antigüedad pero no la contabilizó con incidencia salarial, lo mismo que con las vacaciones pagadas en efectivo, que no fueron computadas con efectos salariales pese a que ingresaron a su patrimonio.

Concluyó que *«al contabilizarse únicamente la prima extralegal semestral como factor salarial se está haciendo una distinción o discriminación indebida del contenido y alcance de la convención colectiva de trabajo y del mismo reglamento interno (...) como quiera que dichos estatutos no han hecho ninguna exclusión o distinción respecto a los efectos prestacionales o salariales entre estas primas»*.

El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. - BBVA Colombia contestó la demanda y se opuso a las pretensiones impetradas en su contra. Con relación a los hechos, aceptó los extremos temporales de la relación laboral, el salario devengado en el último año por el actor y que el contrato terminó sin justa causa con el pago de la respectiva indemnización. Afirmó que hace más de 40 años reconoce a sus trabajadores las primas de antigüedad y de vacaciones, pero aclaró que tales rubros no tienen connotación salarial, pues *«el hecho que por liberalidad mi patrocinada le de tratamiento salarial, sin tenerlo, a la prima extralegal, ello no obliga que tenga que darle idéntico tratamiento a las otras prestaciones extralegales, especialmente en este caso, cuando no lo tienen»*.

Explicó que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo permite establecer prestaciones y beneficios extralegales, ya sean habituales u ocasionales, no constitutivos de salario, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no son factor remuneratorio. Asimismo, destacó que *«EXPRESO no significa ESCRITO. Expreso es definido como “claro, evidente”. En este caso es claro que la intención al reconocer primas extralegales, como la de vacaciones y la antigüedad, y gastos de transporte, fue hacerlo sin darles connotación salarial, y ese ha sido el tratamiento que han tenido dichos beneficios desde hace más de CUARENTA AÑOS»*.

Esgrimió que las primas de vacaciones y antigüedad no remuneran directamente el servicio y señaló que ni los trabajadores ni sus sindicatos han manifestado su inconformidad en cuanto a su carácter no salarial, originándose un consentimiento expreso en tal sentido.

Sobre la prima de vacaciones, adujo que está atada al disfrute del descanso remunerado y como la obligación principal (vacaciones) no tiene connotación salarial, mucho menos la accesoria.

De la prima de antigüedad aseveró que buscaba premiar o incentivar a los trabajadores que permanecen en la empresa durante un tiempo determinado y que no tiene naturaleza salarial porque no remunera los servicios prestados y tampoco cumple con el requisito de habitualidad, ya que se reconoce 5 veces como máximo, solo si el trabajador permanece durante más de 25 años.

Presentó las excepciones de inexistencia de las obligaciones, pago, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 8 de abril de 2005, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Barranquilla decidió:

PRIMERO: CONDENAR, como en efecto lo hace, al BBVA BANCO GANADERO S.A. a pagar al demandante FREDDY ARIZA SOLANO la suma de \$50.947.99 por concepto de reliquidación de

las cesantías e intereses sobre cesantías correspondientes al año 2000, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Condenar al BBVA BANCO GANADERO S.A. a pagar al demandante FREDDY ARIZA SOLANO la suma \$28.600.90 diarios desde el 12 de septiembre de 2000 hasta cuando se satisfagan las prestaciones adeudadas, por concepto de indemnización moratoria (Art. 65 C.P.T.)

TERCERO: Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por BBVA BANCO GANADERO S.A. sobre las acreencias laborales causadas con anterioridad al 16 de julio de 1999.

CUARTO: Absolver a BBVA BANCO GANADERO S.A. de los demás cargos formulados en el libelo incoatorio.

QUINTO: Costas a cargo de la parte vencida.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de ambas partes, conoció la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, autoridad que en fallo de 17 de noviembre de 2010 decidió confirmar en su integridad la sentencia de primer nivel.

En primer lugar, precisó que no hubo discusión sobre la existencia del contrato de trabajo y el pago de las primas de vacaciones y de antigüedad previstas en el reglamento interno de trabajo y en la convención colectiva, por lo que la controversia se centró en la naturaleza jurídica de tales conceptos.

Para resolver el asunto, citó textualmente el artículo 128 del Código Sustantivo Laboral, para destacar que se le

permite a las partes de una relación laboral acordar por vía de contrato o convención que determinados conceptos no constituyen salario. Así, expuso que contrario a lo que sostuvo la accionada, *«el mencionado artículo 127 del CST, es muy claro, al introducir las primas como factor salarial; enfatizando en que no importa la denominación que se adopte»*.

En refuerzo de su tesis, citó la sentencia CSJ SL 5481, 12 feb. 1993, para concluir que las primas referidas son salariales de cara al citado artículo y porque en este caso las partes no excluyeron su carácter salarial en el contrato o en la convención colectiva, además que *«dichos emolumentos [fueron] reconocidos en toda la relación laboral, no eran ocasionales, pues estas se dieron y se cumplieron de manera puntual por parte del patrono, y además tenían como propósito beneficiar al trabajador e incrementar su patrimonio»*.

En punto a la sanción moratoria, refirió:

(...) la decisión del Banco de no cuantificar las primas de vacaciones y de antigüedad dentro de los elementos remunerativos del salario base para la liquidación de las cesantías e intereses obedeció a un proceder de mala fe, pues de los medios de prueba que cita el recurre (sic) si bien es admisible entender que una revisión armónica de las cláusulas mencionadas permite entender que en ambos casos quedó excluida la prima de antigüedad y de vacaciones al guardar pleno silencio los acuerdos convencionales, es la propia ley la que le da connotación salarial a la prima, independientemente que sea pactado en el acuerdo convencional, porque el factor salarial emana de la propia ley. Se homologa igualmente esta condena.

(...)

En estas condiciones se impone el quebranto parcial del fallo impugnado en cuanto a la condena por concepto de indemnización moratoria y en consecuencia bastan las consideraciones expuestas para confirmar la decisión del juzgado en lo concerniente a la pretensión de reajuste y revocar la moratoria impuesta.

La anterior decisión fue objeto de aclaración el 7 de mayo de 2012, en los siguientes términos:

PRIMERO: ACLARAR la sentencia de 17 de Noviembre (sic) de 2010, proferida por la Sala Quinta de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, en el sentido de que se entienda que también confirma la condena por sanción moratoria impuesta a la demandada por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante providencia del 8 de Abril (sic) de 2005.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario de casación lo formuló la sociedad demandada, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Presenta el recurso extraordinario de casación la parte demandada, quien solicita se case parcialmente la sentencia acusada del Tribunal en cuanto confirmó las condenas proferidas contra BBVA S.A. y pide que, en sede de instancia, se proceda a: «a) revocar los numerales primero, segundo y quinto de la sentencia del a quo, en cuanto condenó al Banco al pago de \$50.947.99 por concepto de reliquidación de cesantías e intereses a la cesantías del año 2000, al pago de indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo por valor de \$28.600.90

diarios desde el 12 de septiembre de 2000 hasta cuando se satisfagan las prestaciones adeudadas y al pago de las costas, respectivamente, para en su lugar proceda a absolverlo de dichas condenas, b) modificar el numeral tercero de la sentencia del a quo, para en su lugar declarar que al no haber lugar a proferir ninguna condena contra el Banco, tampoco hay lugar a declarar una prescripción parcial sobre una obligación que no nació a la vida jurídica y, c) confirma la sentencia del a quo en lo demás».

De manera subsidiaria, pretendió la casación parcial del fallo confutado en cuanto confirmó la condena proferida contra el BBVA S.A. por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y, una vez en sede de instancia, *«proceda a: a) revocar los numerales segundo y quinto de la sentencia del a quo»* y, en su lugar, lo absuelva de dichas condenas y confirme la providencia de primer nivel en lo demás.

Con tal objeto, invoca la causal primera de casación laboral, contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, y formula dos cargos que merecieron réplica simultánea y que la Sala estudiará conjuntamente dado que son complementarios.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar por la vía directa, en el concepto de interpretación errónea de los

artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificados por los artículos 14 y 15 de la Ley 50 de 1990, lo que condujo al *ad quem* a la aplicación indebida de los artículos 65, 249, 253, modificado por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, y 465 del Código Sustantivo de Trabajo, 99 de la Ley 50 de 1990 y 1.º de la Ley 52 de 1975.

Acepta la recurrente que no hay en la convención o en el reglamento interno un acuerdo que excluya la connotación salarial de las primas de antigüedad y vacaciones; no obstante, aclara que si bien el artículo 128 del estatuto laboral permite a las partes acordar que determinados pagos no constituyen salario, la ausencia de un pacto expreso en tal sentido no lleva a entender, como lo hizo el Tribunal, que tales emolumentos adquieren automáticamente naturaleza remuneratoria.

Agrega que el juez de apelaciones también interpretó erróneamente la modificación que le hizo el artículo 14 de la Ley 50 de 1990 al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, toda vez que esta disposición previó que para que un pago se considere como contraprestación del servicio del trabajador, el mismo debe tener vocación o la finalidad de retribuirlo en forma directa.

Para demostrar que el *ad quem* interpretó indebidamente los artículos 127 y 128 *ibidem* acudió a las sentencias CSJ SL 32657, 27 may. 2009, a la CSJ SL 11539, 11 mar. 1999 y a la CSJ SL 15610, 19 abr. 2001 y

acotó que el Tribunal de Barranquilla confirmó las condenas en su contra, apoyado en un precedente de 7 de junio de 1989 que se encuentra revaluado hace más de una década y según el cual *«es errado pensar que una prima vacacional no implique retribución del servicio, siendo que para obtener el derecho a ella es un presupuesto indispensable haber laborado el tiempo necesario para generar las respectivas vacaciones»*.

Para finalizar, acota que ese error interpretativo produjo la aplicación indebida de los artículos 65, 249, 253 del Código Sustantivo del Trabajo, en los cuales se sustentó la condena impuesta a la demandada.

VII. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia del *ad quem* de violar por vía indirecta y por aplicación indebida las siguientes disposiciones sustanciales de orden nacional: *«artículos 65, 127 (modificado por el artículo 14 de la Ley 50 de 1990) y 128 (modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990) del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 249, 253 (modificado por el artículo 17 del Decreto 2351 de 1965) y 467 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 1 de la Ley 52 de 1975»*.

Aduce como errores de hecho:

- a) *Dar por demostrado, sin estarlo que las primas de antigüedad y vacaciones convencionadas que el Banco le pagó al demandante constituían factor salarial.*
- b) *No dar por demostrado, estándolo, que el Banco tenía la convicción firme e invencible acerca de que las primas de vacaciones y de antigüedad, creadas unilateralmente por el Banco y pactadas convencionalmente, no constituyen salario ni factor prestacional porque nunca han remunerado el servicio personal ni la actividad funcional del demandante.*
- c) *Dar por demostrado, sin estarlo, que el Banco obró de mala fe para con el demandante al no incluirle el valor de las primas de vacaciones y de antigüedad para liquidar sus prestaciones sociales.*

Como pruebas mal apreciadas, identifica la documental obrante a folio 155 del expediente que contiene la liquidación final de salarios y prestaciones del demandante y la diligencia de inspección judicial llevada a cabo los días 1.º de abril y 22 de mayo de 2003 (f.º 387 a 393), en la que se aportaron como pruebas documentales: las actas n.º 256, 287 y 297, esta última de 6 de diciembre de 1961, todas de la Junta Directiva del Banco Ganadero, los reglamentos internos de trabajo aprobados en 1974 y 1994 por el demandado y la convención colectiva de trabajo.

Como no apreciados enlistó los comprobantes de pago de diciembre de 1997 y 1998, en los que consta que se pagó la prima de vacaciones a favor del demandante, la confesión contenida en el interrogatorio de parte que este rindió y el laudo arbitral de 19 de diciembre de 1967.

Para la demostración de los dos primeros errores de hecho, sostiene que si el *ad quem* hubiera apreciado

correctamente la inspección judicial donde se recaudó el acta n.º 256, las convenciones colectivas de trabajo y la Resolución de 22 de marzo de 1961 que creó la prima de antigüedad por cada 5 años de trabajo, habría observado que tal beneficio tuvo origen en la mera liberalidad del empleador y su finalidad fue la de estimular en dinero a los trabajadores que alcanzaran cierta antigüedad en la compañía, de manera que no remuneraba la actividad.

También habría considerado que el hecho de que en las convenciones colectivas no aparezca la naturaleza jurídica de las primas de vacaciones y antigüedad, no las convertía automáticamente en factor salarial, pues tal como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL15610, 19 abr. 2001, ante la falta de pacto en tal sentido, *«debe el fallador examinar el origen, finalidad, y propósito del beneficio, cosa que no hizo el ad quem puesto que, repetimos, derivó la naturaleza salarial de las primas en forma automática al encontrar que en las convenciones colectivas de trabajo no había pacto sobre ello»*.

Si el juzgador hubiera apreciado el laudo arbitral de 19 de diciembre de 1967 habría advertido que el punto tercero de dicho instrumento le dio naturaleza no salarial a la prima de vacaciones, condicionando su reconocimiento al disfrute en tiempo de las mismas por parte del trabajador.

Lo anterior, se corrobora con la convención colectiva, en la que se observa que la prima de vacaciones es un pago

accesorio al disfrute en tiempo del descanso remunerado y, por tanto, no retribuye los servicios personales. Así, el acuerdo colectivo *«le indicaba al ad quem que la naturaleza no salarial de la prima de vacaciones no fue modificada y su naturaleza accesoria al disfrute en tiempo de las vacaciones se mantuvo incólume por dichas convenciones»*.

En cuanto al tercer error de hecho, relacionado con la procedencia de la sanción moratoria, expuso que el *ad quem* no habría emitido tal condena, de haber apreciado la confesión hecha por el actor en el interrogatorio de parte, quien declaró sobre el conocimiento generalizado en la entidad de la naturaleza no salarial de la prima de antigüedad, al aceptar en su declaración que aquella nunca había sido reconocida a algún trabajador como factor de salario.

Asimismo, arguyó que demostró con suficiencia que obró bajo la fundada convicción de que la prima de vacaciones no tenía naturaleza salarial, con base en el laudo arbitral de 19 de diciembre de 1967 en el que así se especificó, a tal punto que su reconocimiento se condicionó al disfrute de las vacaciones.

Resaltó que aun cuando los juzgadores gozan de libertad en el análisis de las pruebas, ello no les permite desconocer la realidad que aquellas demuestran, como aconteció en este asunto, en el que pese a que estaba demostrado que la empleadora actuó con la plena

convicción de que el pago no era salarial, el Tribunal determinó que *«la decisión del Banco de no cuantificar las primas de vacaciones y de antigüedad dentro de los elementos remunerativos del salario base para la liquidación de cesantías e intereses obedeció a un proceder de mala fe»*.

Por lo anterior, pidió casar el fallo de segundo nivel.

VIII. RÉPLICA CONJUNTA

La parte demandante se opuso a la prosperidad de los cargos y solicitó a la Corte no casar la sentencia y proveer en costas.

Considera que las primas de vacaciones y antigüedad son salario, por cuanto fueron consagradas por vía convencional sin que en dicho instrumento se excluyera su carácter salarial, lo que quiere decir, de acuerdo con el principio de favorabilidad, que estas constituyen salario.

Asegura que el Colegiado de instancia concedió el carácter salarial de las prestaciones con apoyo en el principio de favorabilidad y en la jurisprudencia aplicable de vieja data, teniendo en cuenta que las normas no ha sufrido modificaciones actuales.

Asimismo, sostuvo que no se cometieron los yerros fácticos denunciados, en tanto la decisión del Tribunal coincide exactamente con la regulación convencional y

reglamentaria. Aclaró que el laudo arbitral referido por la demandada tuvo vigencia hasta el año 1969 y lo que hizo fue despojar a la prima de vacaciones de su carácter salarial, cuando desde su génesis era un pago constitutivo de salario. Por tanto, ante la pérdida de vigencia del laudo, lo lógico era que el beneficio recobrara su estatus salarial.

En punto al interrogatorio de parte del demandante asegura que no existen manifestaciones expresas que lo perjudiquen y que, si ello hubiese acontecido, al tratarse de derechos irrenunciables no es posible que el trabajador disponga libremente de ellos.

Finalmente, adujo que no resulta viable negar el carácter salarial de las primas en mención, toda vez que en las liquidaciones de prestaciones sociales se aprecia cómo la accionada pagaba la prima de vacaciones aun cuando no se disfrutaba de vacaciones.

IX. CONSIDERACIONES

El casacionista erige su acusación contra la interpretación dada por el *ad quem* a los artículos 127 y 128 del Código Sustantivo del Trabajo, en tanto consideró que la ausencia de un pacto de exclusión salarial respecto de las primas de antigüedad y vacaciones, lleva forzosamente a concluir que aquellas constituyen salario, mientras que en el segundo cargo, endilga defectos relacionados con la valoración probatoria que le llevaron a

declarar la naturaleza salarial de tales rubros y a emitir una condena por concepto de sanción moratoria.

De cara a lo anterior, le corresponde a la Corte dilucidar: **(1)** si el Tribunal cometió el **yerro jurídico** endilgado al concluir que la falta de un pacto de exclusión salarial conlleva a atribuirle carácter remuneratorio a las primas en cuestión, y **(2)** si, igualmente, incurrió en **error de hecho**, al dar por demostrado que tales primas constituyen salario.

Para abordar el primero de los problemas, la Sala se remite a la motivación de la sentencia impugnada y advierte que al confirmar el fallo de primer grado, el Tribunal adujo que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo catalogó las primas como pagos constitutivos de salario con independencia de su fuente; además, que *«ni en las convenciones ni en el contrato de trabajo, las partes no pactaron que estas no constituyen factor salarial»*, por lo que les confirió tal carácter.

Según el sentenciador, a la luz del citado artículo constituye salario todo lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, *«como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales (...)»*. De ahí que al estar las *«primas»* consagradas legalmente como elemento remuneratorio, lo propio era darle ese tratamiento o pactar su exclusión salarial, tal como lo habilita el artículo 128 de la misma norma. Este primer razonamiento ya fue

desautorizado en sede extraordinaria, al establecer la Corte que la incidencia salarial de un pago en la mayoría de casos no viene preestablecida, por lo que es necesario auscultar su estructura, causa y finalidad:

La calificación de la naturaleza jurídica de las primas de vacaciones y de antigüedad no puede ser genérica, y para saber si constituyen o no salario debe examinarse entre otros factores la razón de ser del beneficio, la forma como está concebido y su finalidad, en cada caso concreto.

Como lo recuerda la replicante, ha adoctrinado esta Sala:

“Hecha la aclaración anterior la Sala aprecia que el razonamiento del ad-quem es atendible como que si bien el artículo 127 del C. S. del T. señala entre los factores salariales la prima, el 128 ibídem contempla esa misma denominación como excepción. Siendo entonces posible que en unas oportunidades la prima de vacaciones sea factor salarial y en otras no lo sea, no cabe duda que atendiendo las circunstancias de cada caso, su calificación emerja de la decisión judicial, y no de la Ley, como lo planteó la censura”. CSJ SL15610, 19 abr. 2001.

Asimismo, respecto de las primas y su incidencia salarial, esta Corporación ha sido del criterio que tal condición depende de las circunstancias de otorgamiento, su finalidad, periodicidad, de si obedecen a la mera liberalidad del empleador, entre otras circunstancias relevantes. Así lo aclaró en sentencia prístina CSJ SL8042, 19 en. 1996:

(...)[N]o es cierto que los artículos 127 y 128 del C.S.T., como tampoco los artículos 14 y 15 de la ley (sic) 50 de 1990 que subrogaron los anteriores, definan expresamente que las primas de vacaciones y de antigüedad constituyen salario por lo que, frente a tales rubros y dentro del estudio jurisprudencial correspondiente, puede haber en cada caso el análisis propio que permita identificar la causa y finalidad del pago para de tal forma precisar si tiene el carácter retributivo del servicio al que alude la ley.

Al no hallar prueba de que las partes acordaran excluir la naturaleza salarial a las primas, el Tribunal concluyó que ese beneficio tenía que considerarse como factor de salario, sin detenerse a examinar si realmente su pago constituía o no una retribución directa del servicio prestado. O bien sea, como los pagos en cuestión eran salario por virtud de la ley, para el juez plural las partes debían estipular su exclusión salarial, de tal manera que al no hacerlo, forzosamente debían considerarse como remuneratorios.

Pues bien, ese discernimiento tampoco compagina con el que de manera pacífica y reiterada ha sostenido la Sala, pues aunque el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo permite a las partes precisar la naturaleza no salarial de algunos beneficios o pagos, ello no significa que si no lo hicieren, ineludiblemente adquieran naturaleza salarial. Y ello es así, porque tal condición es predicable siempre que se reúnan los elementos de que trata el artículo 127 de ese código y que identifican el salario (CSJ SL40530, 5 jun. 2012).

Significa lo anterior que se equivocó el Colegiado de instancia cuando advirtió que las primas concedidas por la empresa constituyen remuneración solo porque las partes no acordaron excluir su connotación salarial y el artículo 127 *ibidem* las enlista como un elemento remuneratorio. Ello, por cuanto tal conclusión luce apresurada y se aleja del criterio de esta Sala en cuanto al recto entendimiento

del citado precepto, pues en numerosas ocasiones esta Corporación ha enfatizado que, en principio, los pagos que se perciben en razón a la relación de trabajo se presumen salario, a menos que se demuestren las condiciones de ocasionalidad, mera liberalidad del empleador y/o que no van dirigidos a remunerar los servicios prestados.

En otras palabras, el carácter remuneratorio de un pago no emana directamente de la ley ni del pacto de exclusión salarial, como mal lo interpretó el Tribunal, sino que en cada caso deben analizarse elementos fácticos en aras de establecer cómo fue consagrado y si con él se retribuyen directamente los servicios prestados.

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. De esta manera lo entendió la Corporación en sentencia CSJ SL5481, 12 feb. 1993 al referirse a la hermenéutica de los artículos 127 y 128 del estatuto laboral, según la modificación introducida en la Ley 50 de 1990:

Estas normas, en lo esencial siguen diciendo lo mismo bajo la nueva redacción de los artículos 14 y 15 de ley (sic) 50 de 1990, puesto que dichos preceptos no disponen, como pareciera darlo a entender una lectura superficial de sus textos, que un pago que realmente remunera el servicio, y por lo tanto constituye salario ya no lo es en virtud de la disposición unilateral del empleador o

por convenio individual o colectivo con sus, trabajadores. En efecto ni siquiera al legislador le está permitido contrariar la naturaleza de las cosas, y por lo mismo no podría disponer que un pago que retribuye a la actividad del trabajador ya no sea salario. Lo que verdaderamente quiere decir la última parte del artículo 15 de la ley (sic) 50 de 1990, aunque debe reconocerse que su redacción no es la más afortunada, es que a partir de su vigencia pagos que son “salario” pueden no obstante excluirse de la base de cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales (prestaciones sociales, indemnizaciones, etc.

(...)

Por otro lado debe anotarse que si tanto el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, como el 128 (inclusive después de las modificaciones introducidas por la Ley 50), se refieren a “las primas”, para en el primer precepto decir que hacen parte de los pagos que constituyen salario y en el segundo para negarles tal carácter, es obvio entonces que la determinación en cada caso concreto de cuáles primas son o no son salario, solamente puede hacerse previo examen de los hechos que motivan el litigio, por lo que siempre será necesario enfrentar el problema principalmente desde el punto de vista fáctico y remitirse a lo que establezcan las pruebas del proceso, pues si se enfocara exclusivamente desde el ángulo jurídico o de puro derecho aparecerían contradictorias las disposiciones legales.

Aunque el precedente anterior se citó en la sentencia impugnada, no fue el que orientó el raciocinio jurídico del *ad quem*, a quien le bastó con manifestar que «es la propia ley la que le da connotación salarial a la prima», y que «el factor salarial emana de la ley» para emitir el fallo confirmatorio que es objeto de reproche en esta sede.

En tal contexto, se advierte que el sentenciador incurrió en el dislate jurídico que le endilga la censura, en tanto extrajo de los artículos 127 y 128 una interpretación que no se corresponde con su correcto sentido.

Para abordar la segunda cuestión planteada desde lo fáctico, basta advertir que el Tribunal obvió considerar las

circunstancias para el otorgamiento de las primas y concluyó que su carácter salarial viene preestablecido, aunado a la ausencia de un pacto de exclusión salarial, según se vio en líneas precedentes.

Pues bien, se advierte protuberante el defecto fáctico en el que incurre el *ad quem*, en tanto definió sobre la connotación salarial de tales pagos sin tener en cuenta las condiciones de su causación, su finalidad y demás aspectos factuales relevantes de los que dan cuenta las pruebas denunciadas por la censura.

La Sala ya había tenido la oportunidad de discernir sobre la naturaleza de las primas extralegales de vacaciones y antigüedad otorgadas por el Banco BBVA S.A. y concluyó que aquellas no tienen carácter salarial. Al respecto, conviene remitirse a las consideraciones esbozadas en la CSJ SL16794-2015, en la que esta Corporación hizo un estudio probatorio pormenorizado, que aplica plenamente al *sub judice*:

Conforme lo ha determinado la Sala en procesos seguidos contra el Banco demandado, cuyo criterio estima oportuno nuevamente hoy reiterar, no es posible concluir que las referidas primas están concebidas como una contraprestación directa del servicio, esto es, que con ellas se estuviera retribuyendo de manera inmediata la actividad laboral desplegada por los trabajadores. Desde la convención colectiva de 1961 celebrada entre el Banco Ganadero y la ACEB, la prima de vacaciones ha sido concebida como un derecho accesorio o consecuencial de las vacaciones, cuyo pago se genera «sobre vacaciones causadas» (fls. 650-653). En idéntico sentido, mediante acta de la Junta Directiva #297 del 6 de diciembre de 1961 (fls. 744-745), se creó para los trabajadores no cubiertos por la convención, una prima de

vacaciones para los empleados «en cuyo favor se causen las vacaciones».

Es de anotar, que en las convenciones posteriores se ajustaron aspectos relacionados con su monto, límites y valores según la categoría de los trabajadores, pero se mantuvo la idea que subyacía a la misma: un beneficio conexo y accesorio a las vacaciones, exigible en la medida en que éstas (sic) se causen.

En esa dirección, la prima de vacaciones se ha mantenido como una prestación relacionada intrínsecamente con el descanso remunerado, que como es sabido, es un beneficio laboral desprovisto de substrato salarial, porque durante el mismo no hay prestación del servicio.

En sintonía con esa filosofía inicial, los arts. 47 del reglamento interno de trabajo aprobado en 1974 (fls. 256-296) y 46 del reglamento aprobado en 1994 (fls. 303-344), señalaron que la prima de vacaciones convencional se reconocería al trabajador «durante el periodo de vacaciones», lo que ratifica su carácter accesorio y, además, su propósito de robustecer la capacidad económica de los empleados, para efectivizar más su descanso y recreación.

En sentencia de la CSJ SL, 27 may. 2009, rad. 32657, esta Corporación adocrinó sobre la mencionada prima:

En este caso, no es posible concluir que la aludida prima de vacaciones esté concebida como una contraprestación directa del servicio, esto es, que con ella se estuviera retribuyendo de manera inmediata la actividad laboral desplegada por la demandante, en la medida en que de la forma como está concebida y de lo que es dable entender es su objetivo, no se desprende que se remunerara el trabajo efectuado por la trabajadora pues, por el contrario, su reconocimiento estaba directamente relacionado con un descanso remunerado que, como es sabido, no tiene naturaleza salarial, durante el cual, obviamente, no hay prestación del servicio.

En efecto, de la diligencia de interrogatorio de parte que absolvió la demandante, surge que ella admitió que sólo (sic) recibía la prima de vacaciones cuando disfrutaba de este descanso; que tal beneficio se le otorgaba para mejorar la calidad de vida durante el disfrute de las vacaciones y que siempre la recibió como un pago accesorio a aquéllas. (Folio 664 del cuaderno de anexo No. 2).

Este aserto es coincidente con lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento Interno de Trabajo del Banco, aprobado en 1994, y en el artículo 47 del aprobado en 1974, según los cuales la

prima de vacaciones se pagaría junto con el disfrute de éstas. (Folios 251 vuelto y 225 del cuaderno principal).

Por ende, no cabe duda de que el reconocimiento de la prima en comento no tenía como propósito retribuir el servicio, en la medida en que se pagaba precisamente en relación con un momento en la vida laboral de la demandante en la que no prestaba ningún servicio, es decir, no trabajaba por disfrutar de un descanso legal remunerado.

Y el hecho de que su causación requiriera de la prestación de servicios durante cierto lapso, no significa que estuviera retribuyendo ese trabajo, que se remuneraba de otras maneras y a través de otros pagos, estos sí claramente salariales.

En consecuencia, no tenía derecho la promotora del pleito a que las sumas que recibió, por concepto de prima de vacaciones, se le tomaran en cuenta como factor de salario para efectos de liquidar sus prestaciones sociales y, por ello, habrá de revocarse la sentencia de primera instancia.

Igual conclusión cabe en cuanto a la prima de antigüedad. En efecto, inicialmente este beneficio surgió para gratificar la colaboración de los trabajadores al servicio del Banco, de ahí que en las resoluciones números 9 y 14 de 1961, emitidas por la Junta Directiva del Banco (fl. 759-760), se creó por primera vez esta prestación con el propósito de «gratificar en dinero, a título de mera liberalidad, a aquellos empleados que hubieren colaborado con el Banco durante cierto período de tiempo». La bonificación por antigüedad, como su designación lo denota, se causaba por antigüedad de servicio, específicamente cada cinco años.

*En las negociaciones colectivas surgidas con posterioridad a su creación, la empresa y las organizaciones sindicales, decidieron darle rango convencional a este beneficio para asegurar su subsistencia y exigibilidad por los trabajadores, empero, se conservó su naturaleza no retributiva. De esta forma, en la convención colectiva de 1963 se consagró este derecho en los siguientes términos: «**La empresa continuará pagando** a sus empleados por cada cinco años de servicios continuos o discontinuos las bonificaciones de antigüedad decretadas por Resolución de Junta Directiva No. 14 de 1961» (fls. 644-648).*

Como se puede advertir, lo que se hizo fue categorizar y consagrar en un instrumento bilateral y vinculante, la prima de antigüedad que ya había sido reconocida por la empresa, en aras de garantizar su continuidad. Empero, se preservaron sus características iniciales, entre ellas, su connotación no salarial.

Los acuerdos colectivos posteriores, variaron cuestiones accesorias como su monto en función de los años servicio o su denominación (prima, bonificación o gratificación por antigüedad); sin embargo, ninguno alteró sus propiedades definitorias.

De esta forma, la prima de antigüedad nunca tuvo la finalidad de retribuir directa y habitualmente los servicios prestados, ya que se creó como una gratificación y un estímulo por la permanencia de los trabajadores en la empresa, cuya configuración se ató a la antigüedad del trabajador concretada en un determinado número de años de servicio (5, 10, 15, 20, 25 o 30 años).

No sobra anotar que en el Banco demandado, las convenciones colectivas tienen una cierta peculiaridad, pues procuran por mantener la vigencia de las disposiciones consagradas en laudos, convenciones y reglamentos que no hayan sido superadas o modificadas en todo o en parte, por lo que para entender la esencia de cada uno de sus beneficios, es necesario dar cuenta de la sucesión normativa acaecida en la empresa.

En providencia CSJ SL, 20 oct. 2010, rad. 42333, esta Sala en relación con la prima de antigüedad, asentó:

En lo relacionado con la prima de antigüedad, se observa que nació como una gratificación que la demandada concedía a sus trabajadores por haber cumplido determinado tiempo de servicio, según la Resolución de Junta Directiva No. 9 del 22 de marzo de 1961. En las diversas convenciones colectiva de trabajo aportadas a los autos, aparece pactada en una suma determinada, por una sola vez, con referencia al sueldo devengado por el trabajador y su causación se da al cumplir el tiempo de servicio predeterminado, cuyo mínimo es de cinco años, lo que posibilita entender que en realidad no tiene carácter retributivo, directo y habitual del servicio prestado, sino que se cancela por llegar a cierto número de años de servicio, es decir, como un estímulo a la perseverancia del empleado en sus labores, todo lo cual indica que no puede considerarse como factor de salario.

Ahora bien, la circunstancia de que en las convenciones colectivas no se hubiera señalado expresamente que las primas de antigüedad y de vacaciones no constituyen salario, no conduce necesariamente a que tales beneficios deban reputarse como tal. Los jueces a partir de reflexiones motivadas desde la interpretación y análisis de las normas convencionales, pueden colegir la naturaleza no retributiva de determinados derechos, a pesar de que no exista un pacto convencional de exclusión salarial.

De otra parte, es menester acotar que si bien en el artículo 83 del reglamento interno de trabajo del año 1974, se consagró que «El Banco a través de las diferentes convenciones y fallos arbitrales

tiene establecidas las siguientes prestaciones sociales adicionales para sus trabajadores» y entre ellas relaciona la «PRIMA DE VACACIONES» y la «PRIMA DE ANTIGÜEDAD», lo cierto es que en ninguna parte de ese articulado se especificó el carácter salarial o no de esas primas extralegales.

Ninguna discriminación puede predicarse del hecho de que la prima extralegal se incorpore como factor salarial y las primas de antigüedad y de vacaciones no. Sencillamente la decisión de la empresa de restarles incidencia salarial a las dos últimas primas, recae sobre todos los trabajadores por igual. A la par, no existe una prueba que acredite la inclusión salarial de esos beneficios en favor de unos trabajadores y la correlativa exclusión en detrimento de otros.

Por ello, el juicio de igualdad invocado por el recurrente se encuentra mal planteado, pues carece un parámetro válido de comparación. En efecto, se pretende estructurar a partir de dos objetos de propiedades disímiles –prima extralegal por un lado, y primas de antigüedad y de vacaciones por otro-, sin que se ofrezcan razones poderosas que conduzcan a establecer su identidad sustancial o, por lo menos, la asignación desigualitaria de esos beneficios en favor de unos trabajadores con exclusión de otros que se encuentran en condiciones iguales o similares.

De acuerdo con lo anterior, para esta Sala, por las razones antedichas, es claro que las primas de antigüedad y de vacaciones no son componentes salariales y, como el presente caso no muestra rasgos disímiles a los ya estudiados, no existe mérito para que la Corte varíe su línea de pensamiento al respecto.

Ahora, teniendo en cuenta que BBVA S.A. no omitió reconocer conceptos salariales al actor, resulta innecesario un pronunciamiento en torno a la buena o mala fe de aquella, en tanto se excluye la procedencia de la sanción consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por lo tanto, los cargos resultan fundados. Sin costas en casación.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

Para decidir en instancia, sirven las mismas consideraciones hechas en sede de casación, en torno a la naturaleza no salarial de las primas de antigüedad y vacaciones.

Asimismo, comoquiera que el banco demandado no adeuda diferencias salariales y prestaciones al actor, resulta improcedente la sanción moratoria, como tampoco habrá que declarar la prescripción de derecho alguno.

Consecuencialmente, se revocan los numerales primero, segundo y tercero de sentencia emitida el 8 de abril de 2005 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Barranquilla, que puso fin a la primera instancia y, en consecuencia, se absolverá a la demandada de todas las pretensiones planteadas en su contra.

Las costas de la primera instancia estarán a cargo del demandante. Sin costas en la alzada

XI. 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, **CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 17 de noviembre de 2010 y su sentencia aclaratoria de 7 de mayo de 2012, en el proceso ordinario laboral que **FREDDY ARIZA SOLANO** adelanta contra el **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A. - BBVA COLOMBIA S.A.**, en cuanto declaró que las primas de antigüedad y de vacaciones constituyen salario y confirmó la condena proferida en primera instancia por concepto de reliquidación de cesantías e intereses a las cesantías, sanción moratoria y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción. **NO CASA** en lo demás.

Sin costas en casación.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia dictada el 8 de abril de 2005 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Barranquilla y, en consecuencia, se absuelve de tales pedimentos.

SEGUNDO: Las costas de primer grado estarán a cargo del demandante. Sin lugar a ellas en la alzada.

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

112

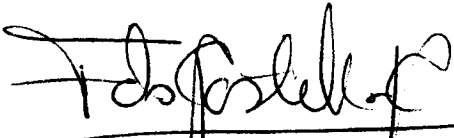
M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, que se ejecutaron la presente providencia

21 AGO 2018 Hora: 5:00pm

Bogotá, D.C.

Secretario


FERNANDO CASTILLO CADENA
Presidente de la Sala


GERARDO BOTERO ZULUAGA
Rad: 69010

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

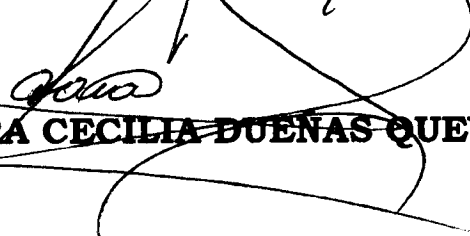
Se deja constancia que en la fecha se dictó

15 AGO 2018 5:00pm

Bogotá, D.C.

SECRETARIA


JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ


CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO


RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Se deja constancia que en la fecha se fijo edicto

15 AGO 2018 8:00am

Bogotá, D.C.

Secretario


LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS


JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN