



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

Magistrada ponente

SL4081-2021

Radicación n.º 78995

Acta 031

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **JAVIER ALONSO QUINTERO OSORNO**, contra la sentencia proferida por la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia el 27 de julio de 2017, dentro el proceso que instauró contra **RADIO CADENA NACIONAL S.A. - RCN**.

I. ANTECEDENTES

Javier Alonso Quintero Osorno demandó a la Radio Cadena Nacional S.A. (en adelante RCN), con el fin de que, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término fijo, con extremos laborales ubicados entre el 15 de abril de 1992 y el 17 de abril de 2013, se declarara ineficaz la finalización de su contrato de trabajo.

En consecuencia, requirió que se condenara a su reintegro sin solución de continuidad, teniendo como pretensiones subsidiarias, la declaración de despido injusto y la condena al pago de la indemnización legal por dicha forma de terminación del contrato de trabajo.

Pretendió también que se estableciera que, durante la relación laboral prestó servicios en *una jornada de 24 horas*, todos los días de la semana, o en forma subsidiaria se declarara la ejecución de un tiempo de trabajo de 18 horas todos los días de la semana o las que resultaran probadas.

Añadió, que declarara salario en especie, la totalidad del beneficio por vivienda que el empleador le reconocía desde el 15 de abril de 1992, que tenía derecho a días de descanso compensatorio por laborar la semana completa en el período comprendido entre los años de 1992 y 2009.

Agregó el reajuste de todos sus salarios devengados «[...] *toda vez que la empresa liquidaba el salario mensual, por debajo del salario básico asignado anualmente por el empleador*».

Como consecuencia pretendió el reajuste de los salarios, las prestaciones sociales y los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral; el pago de los compensatorios no otorgados; y el reconocimiento de la sanción moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, sumas que debían indexarse.

Fundamentó sus peticiones, en que el cargo de transmisorista desempeñado por él, era de tal intensidad, y sus labores permanentes y continuas, le exigían estar pendiente de sus responsabilidades durante todas las horas del día «[...] *por cuanto debía cuidar la correcta transmisión de la emisora local [...] que está al aire de 6 A.M a 10 P.M., en total 16 horas de transmisión, más una hora que utilizaba antes de las 6 A.M. para preparar los quipos y una hora al finalización la transmisión para revisar y asegurar equipos y las instalaciones*».

Agregó que «[...] *debía estar al cuidado de las instalaciones, con un radioteléfono prendido 24 horas, donde luego de salir del aire la emisora [...] debía continuar al servicio de la empresa para atender los llamados de otras torres repetidoras en el evento de ser requerido*», por lo cual, en la realidad, su jornada era de 24 horas diarias los 7 días de la semana.

Añadió que acordó expresamente y por escrito el 15 de abril de 1992, el reconocimiento de un beneficio extralegal de vivienda, correspondiente al valor del canon de arrendamiento de la residencia, ubicada en el mismo sitio de trabajo, dividido así: una parte como salario en especie, correspondiente a \$100 pesos del canon de arrendamiento; y una parte que no tendría efectos salariales o prestacionales, correspondiente al valor comercial de dicho arriendo que excediera dicho monto.

Aseguró que este convenio era ineficaz pues debía entenderse que todo el canon de arrendamiento tenía carácter salarial en especie, en tanto era contraprestación directa del servicio, generando la reliquidación de salarios, las prestaciones sociales y las cotizaciones en seguridad social.

Dijo que su contrato de trabajo finalizó luego de un proceso disciplinario que se le siguió por abandonar las instalaciones de trabajo el 15 de abril de 2013 cuando se presentó una salida del aire de la emisora. Aclaró que el despido era ineficaz toda vez que no se le entregaron soportes de los aportes a seguridad social y parafiscales dentro de los sesenta días posteriores a la terminación del contrato y porque esta medida no aplicaba sino una sanción disciplinaria según el Reglamento Interno de Trabajo.

Aportó varios ejemplos y cuadros de liquidaciones de su salario con el fin de demostrar que la empresa pagó su salario debajo del básico acordado. Por último, declaró que sólo a partir del año 2009 le reconocieron los descansos compensatorios, de tal suerte que se adeudaban los anteriores.

Al dar respuesta a la demanda, RCN se opuso a todas las pretensiones y, en cuanto a los hechos, manifestó que no era cierto que el trabajador desempeñara labores continuas durante las 24 horas del día, que dado su cargo de transmisorista celador vivía en el sitio de trabajo, por lo que éstas eran intermitentes y discontinuas, siendo aplicable lo

dispuesto en el artículo 162 literal c del Código Sustantivo del Trabajo.

Aclaró que no era cierto que el demandante tuviera a su cargo el monitoreo de la emisión radial, pues ello lo realizaba el operador en los estudios de la empresa o en las emisoras, por lo que el señor Quintero Osorno las realizaba sólo si eventualmente se presentaba algún problema durante la emisión y previa notificación.

Al respecto dijo:

Las funciones descritas no eran actividades de ocurrencia diaria y sólo algunas requerían actuación puntual, (mover un botón o switch) tales como prenderla y apagarla, pero no requiere el funcionamiento de la emisora la intervención permanente del transmisorista, por cuanto quienes manejan la emisora son los ingenieros técnicos que están en los estudios, el transmisorista celador está para prender cuando se (sic) exista una falla en la energía y su labor es intermitente. Las demás funciones se señalan para ser distribuidas y ejecutadas durante la jornada legal diaria o semanal.

Sobre el beneficio extralegal por vivienda, confirmó que las partes acordaron expresamente, que lo que excediera de \$100 en el canon de arrendamiento, no tendría efectos salariales o prestacionales, pacto que goza de plena validez al estar debidamente celebrado y tener sustento en las facultades otorgadas por la ley.

Finalmente declaró que pagó en debida forma los salarios al demandante; que reconoció todos los descansos compensatorios y avaló el proceso disciplinario surtido y la decisión de despido tomada, dado que el abandono que el

señor Quintero Osorno hizo de su puesto de trabajo conllevó la salida del aire de la emisora durante toda la tarde y parte de la noche del 15 de abril de 2013, siendo falta grave que fundamentaba la decisión.

En su defensa propuso como excepciones la inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de causa para pedir, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Rionegro, mediante fallo del 14 de febrero de 2017 resolvió así:

PRIMERO: SE DECLARA que el señor JAVIER ALONSO QUINTERO OSORNO, [...], laboró 24 horas al día para la sociedad RCN por 7 días a la semana, entre abril 15 de 1992 y agosto 31 de 2009 y en adelante de lunes a viernes y los domingos.

SEGUNDO: Se declara que el valor ordinario correspondiente al suministro de vivienda que hizo la demandada al demandante, fue salario en especie y base para liquidar y pagar las prestaciones sociales.

TERCERO: SE DECLARA PROBADA INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN reclamada propuesta por RCN en relación con la indemnización por despido INJUSTO, art. 64 CST. y se ABSUELVE a la demandada por este pedimento del actor.

CUARTO: SE DECLARA PROBADA INEXISTENCIA de la obligación reclamada con relación LA INEFICACIA (sic) DEL DESPIDO a la pretensión de reintegro con pago de salarios y prestaciones sociales y se ABSUELVE a la demandada de tales pedimentos.

QUINTO: Se DECLARA parcialmente LA PRESCRIPCIÓN (sic) propuesta por los siguientes conceptos laborales y desde las siguientes fechas.

Vacaciones y bonificaciones extralegales por vacaciones desde abril 15 de 2008 hacia atrás.

Por intereses al auxilio de cesantías por bonificación extralegal de junio y por bonificación extralegal de navidad y por primas legales, lo causado desde diciembre 31 de 2008 hacia atrás.

Por bonificaciones extralegales de antigüedad desde abril 15 de 2007 hacia atrás.

Por salarios los causados desde abril 15 de 2009 hacia atrás.

También se declara prescrito lo referente a la compensación por tiempo laborado por toda la semana laborada por el demandante, entre abril 7 de 92 y abril 15 de 2009.

SEXTO: Se condena a la demandada a pagar al demandante los siguientes reajustes por los siguientes conceptos:

\$ 62'984.227	REAJUSTE SALARIAL
\$ 27'420.959	REAJUSTE AUXILIO A LA CESANTIA (sic)
\$ 6'886.104	REAJUSTE PRIMAS
\$ 911.305	REAJUSTE INTERESES AL AUXILIO DE LA CESANTIA (sic)
\$ 200.500	REAJUSTE VACACIONES
\$ 2'356.205	BONIFICACION EXTRALEGAL DE JUNIO
\$ 329.275	BONIFICACION EXTRALEGAL DE VACACIONES
\$ 3'517.852	BONIFICACION EXTRALEGAL DE NAVIDAD
\$ 1'084.914	BONIFICACION EXTRALEGAL DE ANTIGUEDAD

SEPTIMO: Se condena a la demandada a pagar en favor demandante a pagar a Colpensiones, reajustes a los aportes pensionales causados entre abril 15 de 92 y de abril 17 de 2012, teniendo como base el salarial de cotización de los reajustes la diferencia mes a mes entre el salario promedio mensual calculado pericialmente según la tabla obrante a fls. 1029 y el ingreso base de cotización utilizada por la demandada para hacer en principio los aportes pensiones. Reajustes que se deberán pagarse con los intereses moratorias de la ley 100 de 1993.

OCTAVO: Se condena a la demandada a pagar a la demandante \$61.376.088 y a partir de abril 18 de 2014, y hasta el pago efectivo de la obligación de pagar prestaciones sociales y salariales y vacaciones finales, la demandada es condenada a pagar al demandante intereses moratorios a la tasa máxima de libre asignación sobre el valor de \$105.691.341, como indemnización del art. 65 del C.S.T.

NOVENO: se declaran como NO PROBADAS LAS DEMÁS EXCEPCIONES de fondo propuestas por la demandada.

DECIMO: SE ABSUELVE a la parte demandada de las demás pretensiones interpuestas por la demandante, en contra de la demanda.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Como respuesta al recurso de apelación interpuesto por las partes, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, mediante fallo del 27 de julio de 2017, decidió:

PRIMERO.- REVOCAR parcialmente el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Rionegro el 14 de febrero de 2017, en cuanto declaró que el trabajador cumplía jornada de 24 horas diarias por siete días a la semana entre abril 15 de 1992 y 31 de agosto de 2009, y en delante de lunes a viernes y los domingos. En su lugar se declara que el señor Javier Alonso Quintero Osorno, laboró para la sociedad RCN Radio desde el 15 de abril de 1992 hasta el 17 de abril de 2012, excluido de la regulación de una jornada máxima legal de trabajo.

SEGUNDO.- Como consecuencia del numeral anterior se REVOCAN los numerales sexto y octavo de la sentencia y en su lugar se absuelve a la parte demandada de las condenas por reajuste salarial e indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales.

TERCERO.- REVOCAR el numeral segundo de la sentencia, y en su lugar se declara válida la cláusula adicional del contrato de trabajo, y se CONDENA a RCN radio a pagar la indexación anual de la suma inicial de \$100 desde el año 1993, lo que asciende a la suma de 110.125,00, como queda detallado en la tabla de liquidación que se anexa al acta como parte integrante del fallo.

QUINTO (sic).- MODIFICAR el numeral séptimo de la sentencia, en el sentido de condenar a RCN Radio a pagar en favor del demandante ante Colpensiones, los aportes pensionales causados entre el 15 abril de 1993 hasta el 17 de abril de 2012, teniendo como ingreso base de cotización la diferencia que por indexación del salario en especie se reconoce mensualmente y está detallado en la tabla anexa.

Dio como hechos aceptados dentro del proceso: (i) la existencia de una relación laboral entre las partes; (ii) la

modalidad a término fijo del contrato de trabajo; (iii) los extremos laborales; (iv) las prórrogas contractuales; (v) el cargo desempeñado por el trabajador; (vi) la existencia de un salario pactado en dinero y en especie (vii) y la terminación de la relación laboral por decisión del empleador.

En lo que respecta a los asuntos objeto del recurso de casación, señaló que la legislación laboral establece una jornada máxima legal, sin perder de vista que existen excepciones, como las relacionadas en los artículos 161 y 162 Código Sustantivo del Trabajo.

En lo que respecta a esta última norma, opera en el caso de los trabajadores que prestan servicios intermitentes o de mera vigilancia, cuando habitan en el lugar o sitio de trabajo.

Encontró en la valoración probatoria, que la labor del señor Quintero Osorno, en su calidad de transmisorista celador, se cumplía con su presencia en el lugar donde además también residía, por lo que sus responsabilidades laborales no eran tradicionales de un puesto de portería o por fuera del ámbito de vivienda, sino que se confundían con su permanencia en ella.

Agregó que las actividades del demandante debían desarrollarse unas diariamente y otras periódicamente, según el catálogo de funciones, pudiendo cumplirse dentro de una jornada normal de trabajo, por lo que consideró *«incomprensible»* que el juez hubiera concluido la existencia de una jornada de *«[...] 24 horas 7 días a la semana»*, pues

ello «[...] es incompatible con la naturaleza humana» y sería «esclavismo».

Dijo que, si bien se acreditó la ocurrencia de labores iniciadas a tempranas horas del día, si el trabajador tenía inconformidades o controversias sobre el pago de dichas actividades, debía acreditar en qué fechas y horarios no se hizo el reconocimiento correspondiente, pues la carga de la prueba para estos conceptos le corresponde a él.

Por lo anterior, concluyó que se encontraba excluido de la jornada máxima legal en los términos del artículo 162 Código Sustantivo del Trabajo, de manera que,

Para esta Sala entonces es claro que las labores que el señor Javier Alonso Quintero Osorno ejecutaba, no exigían de la actividad permanente, durante las 24 horas como lo dijo el juez de primera instancia, ni siquiera en las 8 horas de la jornada ordinaria, porque las funciones que se ejecutaban diariamente, por ejemplo la de revisar la hoja del programa de actividades, es una actividad que no demanda el cumplimiento de una jornada de 4 u 8 horas, y así sucesivamente.

En cuanto el reconocimiento del salario en especie por el suministro de vivienda recordó que el artículo 127 Código Sustantivo del Trabajo, al citar sus elementos integrantes, incluyó todo lo que recibe un trabajador tanto en dinero como en especie, sin perjuicio de la estipulación en contrario que permite el artículo 15 de la Ley 50 de 1990.

Mencionó que el legislador facultó a las partes para estipular que el salario en especie, «[...] o una parte de él», pueden o no tener carácter prestacional, en respeto de la autonomía de los contratantes, lo cual además motivó con

fundamento en la sentencia de la Corte Constitucional CC C-016 de 1998.

Dijo que se probó que las partes suscribieron una cláusula adicional al contrato de trabajo en la que convinieron el suministro de vivienda, aclarando que \$100 del canon de arrendamiento tendría naturaleza salarial, mientras que el excedente, hasta «[...] *el precio comercial u ordinario del arriendo de esta vivienda*», estaría excluido.

Siendo «[...] *producto de la autonomía real de las partes*», confirmó la diferencia hecha, advirtiendo que la proporción salarial debió ser actualizada en el IPC, razón por la cual procedía la condena impuesta.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, sustentado en tres oportunidades, se procede a resolver de acuerdo con los estrictos términos en que fue presentado y los alcances propios del recurso extraordinario de casación, aquel desarrollado sustentado mediante memorial recibido en fecha 11 de enero de 2018 (folios 5 a 12 del cuaderno de la Corte) según informe de la Secretaría de la Sala del 15 de enero de 2018.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida,

[...] en cuanto revocó parcialmente el numeral primero de la sentencia del *a quo* declarando que el demandante estaba excluido de la jornada laboral; en cuanto revocó los numerales 2, 6 y 8 de la sentencia del *a quo* que habían condenado al salario en especie por vivienda, al reajuste salarial y a la moratoria; en cuanto declaró válida la cláusula adicional sobre salario en especie por vivienda; en cuanto modificó el numeral 7 sobre aportes pensionales; para que, una vez constituida la Corte en Tribunal de instancia, confirme los numerales 2, 6, 7 y 8 de la sentencia del *a quo*. Deberá proveerse sobre costas.

Con tal propósito formula tres cargos por la causal primera de casación, que son objeto de réplica y se estudian los dos últimos de manera conjunta, dado que persiguen el mismo fin, acusan normas y contienen argumentos similares.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida de «[...] los artículos 161 y 162 del C.S.T. en relación con los artículos 43, 65, 127, 128, 129, 158, 159, 160, 168, 169, 172, 179, 181, 186, 249, 306 y 481 del C. S. T.; artículos 17 y 18 de la Ley 100 de 1993; artículo 99 de la Ley 50 de 1990; artículos 25, 48, y 53 de la Constitución».

Como yerros fácticos del Tribunal, relaciona:

1. Dar por demostrado sin estarlo que las labores del demandante estaban excluidas de la jornada laboral.
2. Dar por demostrado sin estarlo que las labores del demandante como transmisorista eran intermitentes y discontinuas.

3. Dar por probado sin estarlo que las funciones del demandante se podían cumplir en una jornada normal de trabajo.
4. No dar por probado estándolo que el demandante tenía que estar disponible en el lugar de trabajo diariamente de 6 a.m. a 10 p.m.
5. No dar por demostrado estándolo que el demandante tenía una jornada laboral de lunes a domingo, descansando los sábados, de 6 a.m. a 10 p.m.
6. Dar por demostrado sin estarlo que al demandante le reconocieron pagos por trabajo suplementario.

Manifiesta que los errores de hecho se dieron por la apreciación indebida de los siguientes medios de prueba:

- Funciones del demandante. Folio 89.
- Otras funciones del demandante. Folios 92 a 96.
- Declaración de los testigos.
- Acta de la verdad. Folios 62 y 63.
- Carta de despido. Folio 64.
- Comprobantes de nómina. Folios 235 a 283.

En sentir del recurrente, el Tribunal se equivocó al definir, que las labores del trabajador eran intermitentes o discontinuas, pues ellas se enmarcan en la figura de la «[...] *DISPONIBILIDAD al no tenerse discusión y haberse aceptado en la sentencia que se ataca en casación, que el demandante tenía una jornada laboral ligada necesariamente al horario en el cual la emisora estaba al aire, esto es, todos los días de la semana de 6 a.m. a 10 p.m.*»

Afirma que las competencias, consignadas en su catálogo de funciones, eran «[...] *de diaria realización*» y «[...] *tienen relación directa con la operación y buen funcionamiento de la emisora durante todo el tiempo al aire*», lo cual no fue advertido por el Tribunal,

[...] omisión que lo condujo a concluir que esas funciones eran intermitentes y permitían la exclusión de la jornada laboral cuando lo que realmente emerge de ellas es la necesaria y permanente disponibilidad de una persona para solucionar o intervenir sobre los equipos cuando ocurriera un problema en la transmisión.

Alega que los testigos del proceso, en su conjunto, confirmaron su necesaria presencia en la estación, lo que acredita la disponibilidad que debía tener durante todo el tiempo que la emisora estuviera al aire, confirmado con los documentos del proceso disciplinario «[...] donde se resumen las funciones del demandante como "pendiente de los transmisores de Rionegro" por lo que "la estación no se puede dejar sola" pues al dejarse sola la emisora puede quedar fuera del aire», lo que sucedió el día 15 de abril de 2012 y que dio lugar al despido con justa causa.

Refirma que,

[...] la realidad que se extrae de las pruebas denunciadas es que el demandante no tenía actividades intermitentes o discontinuas, por el contrario, siempre debía estar disponible durante el horario al aire de la emisora para asumir algún inconveniente que se presentara en su funcionamiento, lo que no advirtió el Tribunal y, por el contrario, equivocadamente concluyó que tenía "libertad de acción".

Concluye diciendo que también se equivocó el Tribunal cuando señaló que le fueron reconocidos pagos por trabajo suplementario, pues de los comprobantes de nómina que obran en el expediente no se acredita ningún reconocimiento por este concepto.

VII. RÉPLICA

RCN manifiesta que no existen errores evidentes de hecho de parte del Tribunal y que la demanda de casación resulta «[...] *incompetente para fundar la acusación*» pues se sustenta en suposiciones e interpretaciones del recurrente que son propias de las instancias no de la sede extraordinaria, de tal forma que no se advierte cumplida su carga de comparar la prueba con la sentencia, de tal forma que acredite dónde se hizo decir al medio probatorio algo que ostensiblemente no indica.

Alega que de las pruebas censuradas no puede extraerse conclusión distinta a su tenor literal, que fue lo que hizo el Tribunal, pues tales documentos no expresan:

[...] duración, ni tiempo de continuidad o permanencia, ni simultaneidad, ni orden, no consecutividad temporal que requieren las funciones. Por lo tanto, el casacionista, debe entrar a darle alcances y a hacer una versión, que en el documento no constan, para así tratar de crear inferencias sobre las supuestas 24 horas de duración que pueden requerir tales funciones.

Agrega que para que proceda la casación de una sentencia por la vía indirecta, debe evidenciarse un error manifiesto de parte del fallador, lo cual no ocurre en este caso pues la interpretación que se dio a las pruebas no es «*contraevidente*», sus afirmaciones «[...] *no alcanzan a ser calificadas de irrazonables, e ilógicas, por cuanto el documento contempla apenas una enunciación de funciones, que no hace referencia a cuál tiempo o cuando se deban ejecutar las funciones, ni que todas se deban cumplir en la misma jornada, ni tampoco el documento expresa los lapsos o duraciones de dichas labores*»

Añade que el recurrente, la norma específica aplicable y citada es el artículo 162 Código Sustantivo del Trabajo, de manera que la llamada «*disponibilidad*», «[...] *está huérfana no solo de soporte legal, sino de material probatorio, que permitiera particularizar los períodos en los que el trabajo del demandante realizaba operaciones en las que utilizara tiempos de alguna prolongación*».

Por último, manifiesta que la sentencia impugnada está amparada bajo la presunción de legalidad, por lo que sólo se admitirá su quiebre cuando se aparten de manera grosera y evidente de la ley, lo que no sucede en el presente caso.

VIII. CONSIDERACIONES

Lo primero que debe manifestar esta Corporación, es que le asiste razón a la parte opositora cuando denuncia abundantes apreciaciones interpretativas del recurrente que se asemejan a unos alegatos propios de las instancias y no a los fundamentos que deben proclamarse en la sede extraordinaria para sustentar un cargo.

En efecto, el recurso contiene asunciones subjetivas que exceden el problema jurídico planteado, que no es otro que determinar si el Tribunal se equivocó al concluir que no se probó el trabajo de 24 horas por 7 días a la semana, pues el esfuerzo interpretativo que se hace parte de la expresión «*se supone*» como elucubración propia del recurrente, tal como lo puso de presente la réplica.

Al respecto, debe recordar la Sala que la finalidad del recurso de la casación no es surtir una tercera instancia en la cual las partes ventilen sus argumentaciones, impresiones y alegatos sobre el litigio, pues ello es propio, y de manera exclusiva, de las instancias. Por el contrario, éste busca comprobar si la sentencia de segunda instancia se ajusta o no a la normativa nacional vigente con rango de ley.

De esta forma, la responsabilidad de quien recurre en esta sede no es otra que acreditar que existió una violación por parte del fallador, lo cual debe llevar a cabo con las estrictas formalidades que el ordenamiento ha designado para este recurso, dentro de los cuales aparece la reseñada por el artículo 91 Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social según el cual, *«[...] el recurrente deberá plantear sucintamente su demanda, sin extenderse en consideraciones jurídicas como en los alegatos de instancia»*, pues como lo señala la ley y tantas veces lo ha dicho la Corte, en esta sede no se confrontan las partes en litigio y sus argumentos sino la sentencia y la normatividad vigente (CSJ SL2517-2017 y CSJ AL1292-2017).

Por otra parte, debe recordar la Sala que la demanda de casación no puede ser un mecanismo utilizado por las partes para variar las pretensiones, hechos o argumentos que esbozaron en instancias, lo cual afectaría el debido proceso y el derecho de contradicción así como resultaría incoherente con el propósito de este recurso extraordinario y su naturaleza dispositiva pues, se confirma, la sede de casación no constituye una tercera instancia, sino que tiene como

finalidad la garantía del cumplimiento normativo, de la ley sustancial, por parte de la función judicial.

Al respecto, vale la pena traer a colación lo manifestado por esta Corporación en sentencia CSJ SL602-2013, reiterada en la providencia CSJ SL1930-2021:

Razón le asiste a la réplica en las objeciones que hace a los cargos, pues es cierto que el actor no incluyó dentro de sus pretensiones la declaración de nulidad absoluta del acta de conciliación que suscribió con su ex-empleadora, ni tampoco el cobro de intereses sobre préstamos o anticipos de salario, aspectos sobre los cuales igualmente no expuso los fundamentos de hecho que las respaldaran.

La demanda inicial de un proceso debe contener, entre otros requisitos, las pretensiones del actor y los fundamentos de hecho en que se apoyan. **Es ahí donde se señala el derrotero del proceso, que a su vez debe ser replicado por la parte demandada si así lo estima.** Excepcionalmente, dentro de la oportunidad prevista para corregirla, adicionarla o enmendarla, la demanda puede variar ese marco, pero de igual manera la contraparte, a quien igualmente se le debe enterar esa variación, está facultado para controvertirla. **Pero, una vez agotadas esas etapas, es decir la de la demanda y la de su contestación, el marco procesal queda delimitado por la posición que cada una de las partes enfrentadas ha expuesto.** Y ese marco, en principio, debe ser respetado por el juez laboral de única o primera instancia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, salvo cuando decida ejercer la facultad extra o ultra petita, según se lo permite el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

[...]

No puede la parte actora, a su arbitrio, disponer por fuera del marco que el mismo en principio señaló al juez laboral, como tampoco le es posible al demandado apoyar su defensa en hechos distintos de los que expuso en la contestación a la demanda. Una variación de lo uno o de lo otro, implica vulneración del principio constitucional del debido proceso y el desconocimiento del derecho de defensa que le asiste a cada una de las partes.

En el recurso extraordinario de casación, las anteriores apreciaciones cobran mayor fuerza, dado su carácter dispositivo en tanto se juzga la legalidad de la sentencia. Por

tanto, si en las instancias, una vez agotadas las etapas de ley, no es posible variar el marco del proceso, mucho menos podrá hacerse en sede extraordinaria, que es lo que jurisprudencialmente se ha denominado como medios nuevos que por sí mismos conllevan al fracaso del recurso de casación por resultar inadmisibles.

Ni siquiera el concepto de orden público, que es el sustento de la censura, posibilita la modificación abrupta de los límites dentro de los cuales se desenvuelve un proceso, pues si ese orden público fuera vulnerado o desconocido por un empleador en el desarrollo de un contrato de trabajo que implique el desconocimiento de los derechos subjetivos del trabajador, habrá que ponerse en marcha el aparato jurisdiccional para el restablecimiento o satisfacción de esos derechos, y desde el inicio esos aspectos deben ser puestos en conocimiento del juez, como es obvio (negrillas fuera del original).

Se menciona lo anterior habida cuenta del interés evidenciado en el recurrente para variar las pretensiones de su demanda inicial, lo cual atenta contra el claro precedente que esta Corte ha esbozado en relación con la coherencia que debe existir entre el *petitum* de la demanda de casación y el contenido del litigio.

Esto pues en esta sede extraordinaria, el demandante incluye como pilar del cargo la consideración de un esquema de su «*disponibilidad*» que, a su juicio, es la razón última del error cometido por el Tribunal, siendo que la demanda inicial nada dijo en sus pretensiones sobre este punto, sino que se limitó a reclamar la declaración de una jornada de 24 horas al día y 7 días a la semana o en subsidio de 18 horas diarias.

El Tribunal, sobre la base de las pretensiones iniciales, realizó un análisis del tiempo de trabajo y falló en consonancia argumentando que no era el solicitado sino el excepcional del artículo 162 Código Sustantivo del Trabajo

literal c, de tal forma que resulta improcedente alegar un error sobre la base de un tópico ajeno al problema jurídico de las instancias.

Adicionalmente, el cargo formulado relaciona como una de las pruebas equivocadamente apreciadas por el Tribunal, la «*Declaración de los testigos*», piezas procesales que no son prueba calificada para ser alegadas en casación como soporte de un embate por la vía indirecta en virtud de lo establecido en el artículo 7 de la Ley 16 de 1969.

Sobre el particular, así lo ha dicho la Corte en sentencia CSJ AL1545-2021:

Adicionalmente, encuentra la Sala que la acusación se dirige a atacar fundamentalmente la prueba testimonial, lo cual supone un desconocimiento de las reglas básicas que debe seguir el recurso extraordinario. Ello, por cuanto esta Sala de la Corte ha adoctrinado con profusión que conforme lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 16 de 1969, los únicos medios de convicción que pueden estructurar un error de hecho en la casación del trabajo son el documento auténtico, la confesión judicial y la inspección judicial, por lo que los testimonios solo pueden ser examinados --si previamente se acredita un yerro valorativo en los medios probatorios calificados--, lo que no acontece en el presente asunto.

Ahora bien, si de todos modos se analizara el fondo del cargo, por la vía fáctica tampoco se podría darle la razón al recurrente.

Se reitera, el Tribunal fundamentó su decisión en el artículo 162 Código Sustantivo del Trabajo, que establece la exclusión de la jornada máxima legal para aquellos trabajadores que realizan labores intermitentes o

discontinuas y confunden su lugar de trabajo con el de vivienda.

Explicadas las razones por las cuales no se puede atender los testimonios acusados, queda lo correspondiente al análisis de los documentos que sirvieron de soporte al Tribunal para concluir que las labores del señor Quintero Osorno eran intermitentes o discontinuas, en específico el catálogo de funciones de su cargo, así como las piezas del proceso disciplinario que se le adelantó y que devino en el despido con justa causa.

Encuentra la Sala que le asiste razón a la réplica cuando manifiesta que de tales documentos no se puede derivar ninguna conclusión diferente, pues demuestran una serie de actividades que bien podían ser realizadas de manera diaria o periódica, no exclusivamente en forma continua durante la totalidad de la jornada de trabajo.

Si bien se evidencia que la argumentación del Tribunal es reducida, sí resulta claro que la sumatoria de los medios procesales, en particular del catálogo de funciones, la naturaleza del cargo de transmisorista celador y del hecho que la residencia estuviera en el mismo lugar de trabajo, dan cuenta del desarrollo de las labores dentro del día, sin que supongan continuidad permanente, siendo aplicable la disposición a la que acudió en su decisión el fallador.

No sobra añadir que, tal y como lo mencionó el Tribunal, si bien era clara la prestación de servicios por el recurrente a

tempranas horas del día, ello no probaba una jornada continua, permanente, durante todo el tiempo en que la emisora de la empresa estaba al aire, ni mucho menos durante 24 horas, por lo que el recurrente así debió acreditarlo.

Conforme a las anteriores consideraciones, el cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustancial por la vía indirecta y en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 127, 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el 9, 13, 14, 43, 65, 158, 159, 160, 161, 162, 168, 169, 172, 179, 181, 186, 249, 306 y 481 de esta misma normatividad; 17 y 18 de la Ley 100 de 1993; 99 de la Ley 50 de 1990 y 25, 48, y 53 de la Constitución Nacional.

Relaciona como errores de hecho cometidos por el Tribunal los siguientes:

1. No dar por demostrado estándolo que el valor mensual de la vivienda es salario en especie.
2. No dar por demostrado estándolo que la cláusula de exclusión salarial del auxilio mensual de vivienda es ineficaz.

Reseña que los yerros fácticos se dieron por la indebida apreciación que el Tribunal hizo del otrosí al contrato de trabajo (f.º 42 del expediente) y sustenta el cargo asegurando que *«No hay duda que el beneficio de vivienda constituye*

salario en especie al tenor de lo dispuesto en el artículo 127 del C.S.T. que señala como salario TODO lo que recibe el trabajador como contraprestación directa del servicio, sea en dinero o en especie».

Agrega que, al no incurrir en gastos de vivienda para él y su familia, tenía un ingreso en su patrimonio, por lo tanto dicho reconocimiento «[...] está indisolublemente vinculado a las funciones del actor y se proporciona en razón a sus funciones, por lo que, a la luz de lo establecido en el artículo 53 de la Constitución sobre primacía de la realidad sobre las formas, tiene carácter salarial».

Considera que el Tribunal desacertó al haber dado validez al otrosí de exclusión salarial y declarar como no salarial parte del beneficio de vivienda, toda vez que «[...] desconoció el carácter protector de las normas laborales (artículos 9, 13 y 14 del C.S.T.) pues no hay duda que cuando el empleador concede al trabajador la vivienda, el valor que se ahorra éste constituye salario en especie sin que importe si las partes decidieron quitarle la naturaleza salarial».

X. RÉPLICA

RCN se opone al cargo considerando que se presenta por la vía indirecta pero la argumentación es esencialmente jurídica. De otra parte, señala que se aleja del verdadero sustento que utilizó el sentenciador en su fallo, siendo este el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 cuya cita no se registra en la proposición jurídica.

Argumenta que en este caso no hay ningún error de hecho de parte del Tribunal, pues efectivamente comprendió la literalidad del otrosí de exclusión salarial suscrito por las partes y le dio el efecto que la normatividad le permite pues *«Puede entenderse lógicamente, que cuando se tratare de un beneficio extralegal, sobre este si se pueden celebrar los llamados acuerdos de desalarización tal como lo autoriza el artículo 15 de la Ley 50 de 1990».*

Agrega que,

Desconoce el recurrente que cuando el beneficio pactado es exclusivamente retributivo, será constitutivo de factor salarial. Los pactos de exclusión son posibles entre tanto sean expresamente pactados por las partes [pero] sólo es posible de exclusión lo que no retribuye directamente el servicio del trabajador.

Y concluye que,

Es diamantino, que lo autorizado por la norma es que las partes puedan disponer expresamente que determinado beneficio o auxilio extralegal, a pesar de su carácter salarial, no tenga incidencia en la liquidación y pago de prestaciones o indemnizaciones.

XI. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia recurrida de ser violatoria de la ley sustancial por la vía directa en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 127, 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo en relación con el 9, 13, 14, 43, 65, 158, 159, 160, 161, 162, 168, 169, 172, 179, 181, 186, 249, 306 y 481 de la misma disposición; 17 y 18 de la

Ley 100 de 1993; 99 de la Ley 50 de 1990 y 25, 48, y 53 de la Constitución Nacional.

Sustenta el cargo al señalar que el artículo 127 Código Sustantivo del Trabajo establece que todo lo que perciba un trabajador como retribución del servicio debe considerarse salario, «[...] *exégesis que no atendió el Tribunal al darle eficacia o validez a la cláusula mediante la cual se desconoció parcialmente la naturaleza salarial del beneficio por vivienda*».

Agrega que,

No hay duda que el Tribunal extravió el verdadero sentido y alcance del artículo 127 del C.S.T. al darle validez a la cláusula de exclusión salarial a un concepto que no lo admitía lo que le permitió REVOCAR la sentencia del *a quo* [pues] De haber interpretado correctamente la norma sobre salario, el Tribunal habría concluido en la ineficacia de la cláusula que excluyó parcialmente el carácter salarial del beneficio por vivienda confirmando en ese aspecto la sentencia del Juez Laboral de Rionegro.

XII. RÉPLICA

Frente al cargo, RCN considera que «*dado que tiene la misma base argumental*» del segundo intentando «[...] *llegar a la misma conclusión de invalidez respecto del pacto de exclusión salarial, que el Tribunal consideró acorde con la Ley, dada la autonomía de las partes que, en esta materia, específicamente autoriza la Ley 50 de 1990, art. 15º*».

XIII. CONSIDERACIONES

Lo primero que advierte la Sala en relación con los cargos formulados, es que se alegan las mismas normas vulneradas por el Tribunal pero por vías distintas de ataque, como si tanto por la valoración probatoria como por la interpretación jurídica, el fallador hubiera errado el alcance normativo.

De otra parte, la réplica señala que el recurrente no incluye el verdadero sustento de la sentencia impugnada como es el artículo 15 de la Ley 50 de 1990; sin embargo, acerca de la necesidad de invocar acertadamente al menos una norma de derecho sustancial en los términos del literal a) del numeral 5º del artículo 90 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad social, esta Sala en la providencia AL6784-2016, reiteró la CSJ SL, 2 septiembre 2008, radicado 32385, en la que se señaló:

Se hacen las anteriores precisiones porque el cargo acusa la insuperable deficiencia técnica de no denunciar las normas legales que consagran los derechos sustanciales pretendidos en el proceso y a cuyo reconocimiento fueron condenados los recurrentes, lo que impide a la Corte el estudio de fondo, al no cumplirse con la exigencia mínima contemplada en el artículo 90 del Código Procesal del Trabajo, en correspondencia con el numeral 1 del 51 del Decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por el 162 de la Ley 446 de 1998, que si bien modificó la vieja construcción jurisprudencial de la proposición jurídica completa, **reclama que la acusación señale “cualquiera” de las normas de derecho sustancial “que, constituyendo base esencial del fallo impugnado o habiendo debido serlo, a juicio del recurrente haya sido violada”** (negrillas fuera del original).

Para la Sala, el problema jurídico que se le plantea está dirigido a determinar si el Tribunal se equivocó al analizar el

carácter salarial del beneficio de vivienda que otorgaba el empleador a su trabajador.

Para el recurrente, éste siempre deviene en salarial pues es una contraprestación directa de los servicios en tanto le supone al trabajador un ahorro, que genera un incremento en su patrimonio.

Es necesario señalar que son pactos de exclusión salarial aquellos acuerdos donde las partes definen que un determinado pago y/o beneficio extralegal – o una parte de este –, no tiene incidencia en el salario, de manera que es excluido de los efectos prestacionales que éste tiene, de acuerdo con lo establecido por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que modificó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, que dispone:

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. 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 (negrillas fuera del original).

De esta manera, la norma fija varios elementos relevantes en torno a definir los pagos que bien pueden tenerse como no salariales, así:

1. Los ocasionales que por mera liberalidad se otorguen a los empleados.

2. Aquellos que se reconozcan para facilitar el desarrollo de las funciones del trabajador y que por tanto no tienen como finalidad enriquecer su patrimonio, sino dotarle de recursos productivos que le permitan realizar su labor sin las trabas propias del quehacer operativo.

3. Los pagos, beneficios o auxilios que, aún siendo habituales, las partes acuerden expresamente que no constituyen salario y así lo consagren por las vías convencional o contractual, si no están relacionados con la prestación del servicio.

Al respecto, esta Corporación en sentencia CSJ SL4342-2020 desarrolla la posición que de vieja data ha sostenido al respecto:

Ahora bien, el hecho de que el *ad quem* no lograra determinar su finalidad y los requisitos para su causación, no era óbice para emitir una condena al respecto, pues como bien ha señalado esta Sala, por regla general, todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; (iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen un propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación, y (v) según el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo: «los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados

*convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto **expresamente** que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad» (CSJ SL1798-2018).*

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

En igual sentido, la providencia CSJ SL1662-2021 reiteró:

Sobre particular, debe indicarse que esta Corporación encuentra, que si bien el artículo 127 el CST, establece que el pago habitual y continuó ya sea en dinero o en especie que retribuye directamente el servicio, debe ser catalogado como salario para todos los efectos legales, también es cierto que, a partir de la modificación que le introdujo el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, al canon 128 de la misma codificación, declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-521 de 1995, surgió la posibilidad de que beneficios habituales u ocasionales acordados convencional y contractualmente u otorgados extralegalmente por el empleador, podrían ser considerados sin incidencia salarial, en razón de lo acordado expresamente por las partes.

Entonces, será salario todo reconocimiento que se haga a un trabajador y que en forma directa retribuya el servicio, esto es, que tenga como causa, origen y fundamento la naturaleza misma de las actividades contratadas, su desempeño o acción individual, sin importar la «[...] *forma o denominación que se adopte*».

Quiere decir que, al margen de la consideración formal que las partes puedan darle a un determinado pago, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, si dicho pago retribuye el servicio de manera directa, tendrá naturaleza salarial sin que las partes puedan excluir sus efectos.

Sobre el particular, dijo la Corte en sentencia CSJ SL, 25 enero 2011, radicación 37037, reiterada en providencia CSJ SL17923-2017:

No está demás advertir lo que tiene señalado, desde antaño, esta Sala, sobre que las partes no son enteramente libres en el momento de acordar las cláusulas de exclusión salarial previstas en el artículo 128 del CST; tales acuerdos no pueden desnaturalizar a su antojo aquellos estipendios que por ser una retribución directa de la prestación personal del servicio tienen el carácter de salario.

Así, lo sostuvo también en la sentencia CSJ SL 12220-2017, citada por la reciente sentencia CSJ SL392-2021:

Vale recordar que conforme 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», de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial.

No es válido tampoco para las partes, en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

En consonancia con lo precedente, esta Corte, en sentencia SL 35771, 1 feb. 2011, explicó respecto a los pactos no salariales, lo siguiente:

Para responder esta parte de la acusación, la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

En este sentido, no es la frecuencia de un pago extralegal, o por lo menos no lo único, ni su condición de ser otorgado por mera liberalidad o el pacto formal de exclusión salarial, lo que determina si el pago es salario o no, sino la condición de que remunere directamente el servicio que fue contratado, lo que será examinado por cada juez en el caso en particular.

Visto lo anterior, no le asiste razón al Tribunal o a la réplica cuando sugieren que por la vía del pacto entre las partes puede excluirse el efecto salarial y prestacional de un pago que efectivamente y de forma directa remunera el servicio prestado, esto es, cuando a la luz del artículo 127 Código Sustantivo del Trabajo se reconoce como contraprestación ligada al esfuerzo, desempeño, cumplimiento, metas o funciones específicas de un trabajador. En tales eventos, ni un pacto aceptado por los

contratantes puede desocupar al beneficio de su contenido salarial y si existiere dicho acuerdo, no tendrá efectos en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Por el contrario, en uso de la facultad otorgada por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 modificadorio del 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes pueden darle a una parte de un reconocimiento extralegal, la naturaleza salarial que por naturaleza no tenía, reservando el resto de dicho auxilio a los efectos no salariales dado su propósito, tal y como ocurrió en este caso en el que la prestación de vivienda no es otra que aportar a la habitación del señor Quintero Osorno y su familia, para facilitar sus actividades, así al final todos los pagos redunden en favor del empleado.

En este sentido, el beneficio otorgado aborda un propósito que permite justamente otorgarle carácter no salarial, pues retribuye directamente el servicio o propicia su eficiencia.

A más de lo anterior, el artículo 128 ya mencionado, cita a modo de ejemplo los pagos que atienden a la habitación dentro del catálogo de beneficios que se les puede restar su efecto salarial, por lo que no se encuentra yerro en la conclusión jurídica del Tribunal.

Vale la pena anotar dos elementos adicionales que refuerzan los argumentos hasta ahora anotados respecto de

la naturaleza no salarial del beneficio de vivienda que se otorgó al trabajador:

i. La Corte Constitucional, en sentencia CC C-521 de 1995, tuvo ocasión de pronunciarse respecto de la exequibilidad de los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, que modificaron el 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, declarándolos sujetos a la Constitución.

En dicha providencia, siguiendo el precedente trazado por la Corte Suprema de Justicia, consideró plausible que el legislador otorgara a las partes la facultad de pactar la exclusión salarial de ciertos pagos laborales siempre y cuando, no se vulnerara la definición de salario que trae el ordenamiento jurídico, como ya se explicó.

Dicha decisión, se pronunció en forma similar a lo referido hasta el momento por esta Sala, en el sentido que todo lo que se reconoce en virtud de un contrato de trabajo tiene causa u origen laboral pero no por ello es salarial. Dijo esa Corporación:

Los diferentes pagos laborales que recibe el trabajador del empleador, clasificados en la aludida sentencia como salarios, descansos, prestaciones sociales, indemnizaciones y pagos no salariales tienen su fuente o causa en la relación laboral, a que da origen el vínculo jurídico que surge entre el trabajador y el empleador con ocasión del servicio subordinado que el primero realiza en favor de éste, aunque cada uno tenga su propia significación y respondan a objetivos diferentes, como la retribución directa por la actividad laboral, o la que cubre los riesgos inherentes al trabajo, o constituye un resarcimiento de los perjuicios irrogados al trabajador por la violación de sus derechos, o tiene el significado de una liberalidad o está destinada a facilitar la labor del trabajador, etc.

ii. Por otra parte, en lo que tiene que ver con el salario en especie, el artículo 129 del Código Sustantivo del Trabajo –declarado exequible por la misma sentencia CC C-521 de 1995–, reconoce expresamente la posibilidad que ciertos pagos no dinerarios sean considerados no salariales, por lo que no tiene ese carácter en especie todo lo que se reconoce en formas distintas al dinero, como sugiere el recurrente. Dice la norma en su versión modificada por el artículo 16 de la Ley 50 de 1990:

ARTÍCULO 129. SALARIO EN ESPECIE. 1. Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio, tales como alimentación, habitación o vestuario que el {empleador} suministra al trabajador o a su familia, salvo la estipulación prevista en el artículo 15 de esta ley.

En este sentido, es válido que las partes puedan pactar pagos en especie como no salariales, así como también, que un pago que por naturaleza no retribuye directamente el servicio y por tanto puede ser no salarial –como la vivienda– pueda ser acordado como salario en especie de forma parcial, como aquí se hizo, sin que ello suponga la desnaturalización del resto del beneficio que seguirá excluido de los efectos del salario por aplicación del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

De conformidad con las consideraciones anotadas, los cargos no prosperan.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo del recurrente y en favor de la opositora, pues el recurso no salió avante y fue replicado. Se fijan como agencias en

derecho la suma de cuatro millones cuatrocientos mil pesos (\$4.400.000), que se incluirán en la liquidación que el juez de primera instancia haga, en cada proceso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

XIV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el veintisiete (27) de julio de dos mil diecisiete (2017) por la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JAVIER ALONSO QUINTERO OSORNO** contra **RADIO CADENA NACIONAL S.A. – RCN**.

Costas en sede extraordinaria cargo de la parte recurrente.

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

ARGEMIRO ÁLVAREZ JIMÉNEZ

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ