Radicación Nro. :	66001-31-05-002-2008-00607-01
Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Providencia:	SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
Tema:	**Certificado de Ingresos y Retenciones de la DIAN. No es prueba concluyente y excluyente de la naturaleza salarial del total de los ingresos en él consignados.** **Transporte y gastos de representación. Las diferentes denominaciones que se adopten para facilitar el cabal desempeño de la labor contratada, no constituyen formas de eludir el carácter salarial de éste.** **Compensación. Para que proceda la compensación de sumas de dinero entre el empleador y el trabajador, debe ser alegada como excepción.**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: ALBERTO RESTREPO ALZATE

Pereira, seis de agosto de dos mil diez

Acta número 088 del 6 de agosto de 2010

En la fecha, siendo las tres de la tarde tal como oportunamente se programara, esta Sala y su secretaria, se constituye en audiencia pública con el objeto de resolver el recurso de apelación propuesto por el apoderado del demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 31 de agosto 2009, dentro del proceso ordinario que el señor **José Raúl Paz González** adelanta en contra de **Arroz Diana S.A.**

El proyecto presentado por el Magistrado Ponente fue revisado y aprobado en Sala, conforme consta en el acta arriba referenciada y da cuenta de los siguientes

ANTECEDENTES

Manifiesta el actor, asistido de mandatario judicial, que laboró al servicio de ARROZ DIANA S.A. desde el 19 de octubre de 2005 hasta el 30 de abril de 2007 en cumplimiento de un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, pero en éste no se indicó el término fijo y se debe considerar a término indefinido; cumplía las funciones de agente vendedor de arroz, su horario de trabajo era de 8:00 a.m. a 6:00 p.m., al salario se le denominaba remuneración variable y estuvo integrado por comisiones vendedores, comisiones, comisiones volumen, comisiones efectividad,

gastos de representación/ medios de transporte, subsidio de transporte, auxilio de rodamiento, sueldo básico y comisiones cartera. Se le descontaba servicio de teléfono, que por el tiempo laborado sumó $1.385.138, este valor deberá ser reintegrado al trabajador. Las prestaciones sociales siempre le fueron liquidadas con un salario inferior al realmente devengado y debe ser reajustado. Entre el 19 de octubre y el 31 de diciembre de 2005 devengó $1.997.900 por salario y $2.453.370 por otros ingresos los cuales constituyen salario. En el año 2006 devengó un promedio mensual de $1.963.209,33. La demandada deberá reajustar las prestaciones sociales pagadas por el tiempo laborado en el año 2005 en lo que hace al auxilio de cesantía, intereses al auxilio de cesantía y prima de servicios de diciembre. De igual forma las prestaciones sociales pagadas en el año 2006, el auxilio de cesantía pagado por $963.175 deberá reajustarse a $1.963.209,33; el interés al auxilio de cesantía pagado por $115.581 deberá reajustarse a $235.585,11; el pago de la sanción por no pagar completo el interés al auxilio de cesantía; deberá demostrar o pagar la consignación y pago de la prima de junio y deberá reajustar la prima de diciembre pagada por $456.110 a $1.000.785,16. En el año 2007 devengó un promedio mensual de $1.938.271,75 y un promedio del último año de servicio de mayo de 2006 a abril de 2007 de $2.001.912. Deberá reajustar el auxilio de cesantía pagado por $372.871 a $667.304,13, el interés al auxilio de cesantía de $14.915 pagados a $26.692,16, más la sanción por no pagarlo completo, la prima de servicio proporcional de $372.871 a $646.090,58 y las vacaciones de $751.175 pagados por todo el tiempo de servicio a $1.534.799,51. El actor estando al servicio de la demandada fue despedido unilateralmente y sin justa causa que lo justificara, por lo cual deberá indemnizarse conforme al promedio del último año el valor mensual de $2.001.912,41. De igual forma deberá pagar la indemnización por falta de pago, a razón de un salario diario por cada uno que transcurrió entre el 16 de febrero de 2006 y el 15 de febrero de 2007, por no haber consignado en el fondo respectivo, el valor completo del auxilio de cesantía proporcional al tiempo laborado durante el año 2005. De igual forma por el tiempo que transcurrió entre el 16 de febrero y el 30 de abril de 2007, por no haber consignado en el fondo respectivo, el valor completo del auxilio de cesantía del tiempo laborado durante el año 2006; así mismo por el tiempo que transcurra entre el 1º de mayo de 2007 y la fecha en que efectué el pago total de las obligaciones prestacionales adeudadas.

Conforme a esa relación de hechos, pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido; que en razón de lo anterior la demandada adeuda al demandante el reajuste del auxilio de cesantía por el tiempo trabajado en el año 2005, 2006 y 2007; el reajuste del interés al auxilio de cesantía del año 2005, 2006 y 2007; la sanción por el no pago completo del interés al auxilio de cesantía del año 2005, 2006 y 2007; el reajuste de la prima de servicios proporcional de diciembre del año 2005 y 2006; el reajuste de la prima de servicios de junio del año 2006 y 2007; el reajuste de las vacaciones por el tiempo total de servicio y la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa. Así mismo deberá pagar al demandante indemnización por falta de pago, un salario diario, por cada día que transcurra entre el 1º de mayo de 2007 y la fecha en efectúe el pago total de las obligaciones laborales adeudadas, y que condene en costas a la demandada.

La demanda así presentada fue admitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el 15 de julio de 2008, ordenando en esa misma providencia la notificación y el correspondiente traslado al accionado, (fl.57).

Por intermedio de vocero judicial la demandada ARROZ DIANA S.A., (fl.63 y ss.), se pronunció en cuanto a los hechos, frente a las pretensiones se opuso a cada una de ellas y propuso las excepciones perentorias de Cobro de lo no debido, Buena fe e Innominada.

Fracasado el intento de conciliación y luego de surtidas otras etapas procesales, el Despacho se constituyó en primera audiencia de trámite, decretando las pruebas solicitadas por las partes, las que fueron practicadas en las restantes audiencias.

Concluido el debate probatorio, se citó para audiencia de juzgamiento para el 31 de agosto de 2009, (fl.113), dentro de la cual se profirió la sentencia, declarando la existencia de un contrato de trabajo entre las partes; condenó a la demandada a reconocerle y pagarle al demandante la suma de $31.994,80, por concepto de reajuste de prestaciones sociales y vacaciones. Así mismo la suma de $1.343.669,78 por concepto de despido sin justa causa. Absolvió a la accionada de las demás pretensiones y la condenó en costas en un 70%.

Inconforme con esa decisión, el apoderado del demandante interpuso y sustentó en forma oportuna el recurso de apelación, manifestando que con la demanda pretende el reajuste de las prestaciones sociales y vacaciones pagadas del año 2005 a la terminación del contrato en abril 30 de 2007, así como la indemnización por falta de pago.

Concedido el mismo, la actuación fue remitida a esta Sala en donde se surtió el trámite propio de la instancia. Como dentro de lo actuado no se observa nulidad alguna que haga írrito el proceso, se procede a resolver la alzada conforme las siguientes

CONSIDERACIONES:

Están reunidos los presupuestos procesales de competencia, demanda en forma, capacidad procesal y capacidad para ser parte; corresponde por tanto dictar la sentencia que ponga fin a esta segunda instancia.

Problemas jurídicos.

¿El Certificado de Ingresos y Retenciones de la DIAN, es prueba concluyente y excluyente de la naturaleza salarial del total de los ingresos en él consignados?

¿Las distintas denominaciones de ítems relativos al transporte cancelados al trabajador, constituyen formas para eludir la calidad salarial de estos, so pretexto de su exclusión salarial conforme a lo previsto por el artículo 128 del C.S.T.?

¿Los GASTOS DE REPRESENTACIÓN frente a la percepción de un salario mínimo, constituye maniobra del empleador para restarle carácter salarial a la suma cancelada bajo este ítem?

¿Se pueden compensar sumas de dinero sin que se haya solicitado expresamente su compensación?

El salario está integrado por todo lo que recibe el trabajador en forma permanente y habitual, y que en forma directa o indirecta implique remuneración o retribución de sus servicios. Por tanto, no sólo se entiende como tal lo que periódicamente recibe, sea semanal, mensual o por décadas, sino todo aquello que aparte de tener un sentido estrictamente monetario, implique una retribución de trabajo y venga a significar un mejoramiento en sus condiciones de vida. Por eso se entiende como salario no sólo lo que se recibe en dinero, sino lo que se recibe en especie, es decir, en alojamiento, en alimentación, en vestuario, o sea aquellas ventajas que se entregan al trabajador y que, de no entregarse, serían reemplazadas por una suma de dinero que equivalga más o menos al costo de estos elementos que recibe para un mejor vivir.

En efecto, así lo establece el artículo 127 del C.S.T., en la siguiente forma:

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

En sentido contrario, no se entiende como salario, según el artículo 128, aquellas sumas que, recibidas por el trabajador, obedecen a simple liberalidad del empleador, y carecen, además, de periodicidad, es decir, son ocasionales. Y tampoco lo son las que se entregan, no para provecho del trabajador, sino para que éste desempeñe bien o mejor sus funciones. Entre las primeras figuran las primas, bonificaciones y gratificaciones, siempre que sean ocasionales; y entre las segundas se cuentan los gastos de representación, los instrumentos de trabajo o los medios de transporte.

Lo anterior, porque así lo consagra el artículo 128 ibídem, al disponer:

> *"Pagos que no constituyen salario. 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"

En el escrito de impugnación, el profesional del derecho que representa los intereses de la parte demandante, manifestó compartir el criterio general expuesto en la sentencia de primera instancia, en cuanto a que, conforme a lo regulado por el artículo 128 del C.S.T., los gastos de representación, medios de transporte, auxilio de rodamiento y de Internet, así como el de telefonía celular, no son factor salarial, pero, si discrepa de tal pensamiento respecto del ítem "GTOS REPRESENTACIÓN / MEDIOS DE TRANSPORTE" porque, en su criterio, tienen por finalidad que unas cantidades pagadas mensualmente a un trabajador se excluyan como elementos constitutivos de salario.

Señala el artículo 378 del Estatuto Tributario, como una de las obligaciones de los agentes de retención, la de expedir ***anualmente*** a los asalariados un certificado de retención correspondiente al año gravable inmediatamente anterior, de acuerdo con el formato que prescriba la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para tal efecto, el que, de acuerdo al artículo 379 ibídem, debe contener, entre otros, la firma del documento por el agente retenedor, con la que certifica, entre otras cosas, que el valor de los pagos o abonos efectuados a favor o por cuenta del asalariado, concepto de los mismos y monto de las retenciones practicadas y los demás datos consignados en él son verdaderos, que no existe ningún otro pago o compensación a favor del trabajador por el período a que se refiere el certificado y que los pagos y retenciones enunciados se han realizado de conformidad con las normas pertinentes.

Aportó con la demanda el actor, copia del certificado de ingresos y retenciones del año gravable de 2005 (fl.21), mismo que conforme a lo previsto por el artículo 54 A del C.P.T. y de la S.S., se presume auténtico en cuanto no existe duda de que quien lo elaboró fue la sociedad demandada, aunque no aparezca en él la firma del responsable de su emisión lo cual, para los efectos propios del proceso –que no tributarios- en nada afectan tal presunción, máxime cuando no fue objetado o

tachado de falso por la parte contra quien se opuso y, por el contrario, lo aceptó cuando a él se refirió en la parte final de la respuesta al hecho décimo de la demanda.

De igual manera, copia del contrato de trabajo de agente vendedor a término fijo inferior a un año (fl.12) en el que, en el portafolio de remuneración variable que de acuerdo con la cláusula tercera hace parte integrante del mismo, se pactó que el reconocimiento de algunos conceptos, no constituían salario.

Al armonizar los dos aspectos antes mencionados, junto con la aceptación del impugnante en cuanto a la viabilidad jurídica de que algunos factores remuneratorios no se incluyan como parte integrante del salario, conforme a la regulación contenida en el artículo 128 del C.S.T.; encuentra la Sala que en el Certificado de Ingresos y Retenciones mencionado, por concepto de ingresos, se incluyó el pago de una suma de dinero correspondiente a salarios ($1.997.900) y, de igual manera, la de otros ingresos originados en la relación laboral ($2.453.370), lo cual guarda relación con el acuerdo celebrado entre las partes sobre la exclusión de algunos factores bajo el criterio de no ser salario.

Siendo así las cosas, los dos ítems mencionados, indudablemente aunque provienen de la relación laboral, no pueden entenderse, como lo pretende el impugnante, exclusivamente como salario para efectos de la liquidación de las prestaciones sociales, máxime cuando en dicho certificado, el empleador sí discriminó, por lo menos, el monto total de los que, provenientes de la relación laboral, no eran salario.

Situación distinta es que, como se pretende, se llegue a la conclusión de que algunos de los conceptos cancelados bajo el supuesto de no constituir salario (art.128 del C.S.T.), realmente no tenían tal carácter y, por lo tanto, debieron engrosar el monto salarial certificado que, será motivo de análisis posterior, conforme a los cuestionamientos del impugnante.

En conclusión, para la Sala, el Certificado de Ingresos y Retenciones, no es prueba concluyente y excluyente de la naturaleza salarial del total de los ingresos en él consignados, porque en él también se certifican ingresos que, aunque generados en

una relación laboral, no tienen carácter salarial, conforme a lo previsto por el artículo 128 del C.S.T y, en consecuencia, el auxilio de cesantía no puede liquidarse sobre el monto de $4.451.270, suma deducida como total de ingresos brutos en aquél certificado y, por lo mismo, los intereses que ellas puedan generar.

Respecto al cuestionamiento sobre si el ítem "GTOS REPRESENTACIÓN / MEDIOS DE TRANSPORTE" tienen por finalidad eludir su verdadero origen salarial, debe resaltarse que según el artículo 128 del C.S.T., no constituyen salario: i) 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; ii) 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; iii) 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.

En el portafolio de remuneración variable, parte del contrato de trabajo, en su ordinal quinto, se acordó:

> *"AUXILIO DE RODAMIENTO. Queda igualmente previsto que el EMPLEADOR reconocerá una suma destinada exclusivamente a Rodamiento y determinada por la zona geográfica a la cual el trabajador se encuentre asignado según TABLA · 1, suma que ni por su naturaleza ni por el acuerdo expreso aquí contenido y al que se refiere el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, constituye salario ni factor de liquidación de acreencias laborales"*

Declaró la señora CLAUDIA CECILIA FRANCO LÓPEZ (fl.99), lo siguiente: *"...El auxilio de rodamiento funciona si el vendedor tiene moto se le da un auxilio de $ 168.000.oo esto era para la moto en la ciudad de Pereira, si el vendedor dentro de su ruta debía salir de la ciudad a otras poblaciones o ciudades la empresa le daba el valor correspondientes de transportes que incurría para estos desplazamientos este valor de transporte puede variar si de alguna manera le varían la ruta de ventas o se*

le podía quitar si el vendedor sólo le era asignada la zona de Pereira, si el vendedor tenía carro, tiene asignado un auxilio de $335.000 para que este auxilio sea otorgado al vendedor debe enviar a recursos humanos, fotocopia de la tarjeta de propiedad de la moto o carro..."

De acuerdo con lo dicho por la única testigo de quien, pese a ser empleada de la demandada, no existen motivos para dudar de su veracidad, se reconocían sumas de dinero como auxilio de rodamiento, cuando se utilizaba la motocicleta o carro de propiedad del trabajador dentro de la ciudad de Pereira y por el valor de los pasajes cuando debía trasladarse fuera de esta ciudad y, adicionalmente, subsidio de transporte, como se desprende de los comprobantes de pago adjuntos, así como de la manifestación que en tal sentido se hace en el escrito de impugnación.

Ahora bien, el auxilio de transporte, también denominado subsidio de transporte, conforme a lo previsto por la Ley 15 de 1959, tiene por finalidad facilitar el traslado del trabajo desde el sector de su residencia hasta el sitio de su trabajo y su naturaleza jurídica, según antigua pero aún aplicable sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de Junio 30 de 1989, no es retribución de servicios, sino un medio de transporte en dinero o en servicio que se le da al trabajador para que desempeñe cabalmente sus funciones, salvo por lo consagrado por el artículo 7º de la Ley 1º de 1963, que permite incorporarlo como salario para efectos de la liquidación de prestaciones sociales.

El auxilio de rodamiento y los medios de transporte que se vienen cuestionando como parte integrante del salario, teniendo en cuenta que su finalidad práctica, como se desprende del testimonio rendido por la señora FRANCO LÓPEZ, era facilitar el cabal desempeño del señor JOSÉ RAÚL PAZ GONZÁLEZ, como agente vendedor en distintos municipios y ciudades de la zona asignada y, por tanto, no para el beneficio ni enriquecimiento del trabajador con lo cual, en principio, tales conceptos, conforme al mencionado artículo 128 del C.S.T., no constituyen salario.

Al considerar el testimonio rendido por la señora CLAUDIA CECILIA FRANCO LÓPEZ (fl.99), se tiene que además del auxilio de transporte propiamente dicho y el auxilio de rodamiento, cuando el trabajador dentro de su ruta debía salir de la ciudad

a otras poblaciones o ciudades, la empresa le reconocía el valor correspondiente al gasto por transporte en que incurría para estos desplazamientos, cuyo valor podía variar si, de alguna manera, se alteraba la ruta de ventas o no se cancelaban si al vendedor sólo le era asignada la zona de Pereira.

La anterior situación permite avizorar a la Sala que la forma en que se cancelaban tales conceptos al demandante, resulta viable y jurídicamente permisible, en tanto que, aunque tratándose de un mismo concepto, su discriminación obedecía a la circunstancia específica de movilización, pues el auxilio de rodamiento, se entregaba cuando el trabajador se desplazaba dentro de la ciudad en su propio vehículo y el denominado medios de transporte, al hacerlo fuera de la ciudad, es decir, a las otras ciudades y municipios que se encontraban dentro de la ruta o zona asignada.

De otro lado, no resulta fuera de lo común o poco creíble, la situación que plantea el impugnante en cuanto a que el trabajador que percibía un salario básico de $ 480.000, reciba un valor de $ 458.360 equivalente al 50 % de gastos de representación, si se tiene en cuenta que éste no percibía un salario básico, sino también comisiones y, además, que si se analiza en su contexto el documento a través del cual se dio por terminado el contrato de trabajo (fl.54), resulta fácil concluir que si un solo cliente consumía mensualmente aproximadamente 3.500 arrobas de arroz, el volumen del mercado o factibilidad de ventas era mucho mayor y, por eso, se itera, si era posible que, con las cuentas que realiza el apoderado judicial del actor, se recibiera una suma similar a la de la remuneración básica como gastos de representación.

En conclusión, no se evidencia de parte del empleador, maniobras para restarle el carácter salarial a conceptos que, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y sin que se haya evidenciado vicios del consentimiento respecto del trabajador, acordaron que no tuvieran carácter salarial conforme a lo previsto por el artículo 128 del C.S.T.

Así las cosas, como no resulta posible considerar como factor salarial el concepto relativo a gastos de representación / medios de transporte, no resulta posible

reliquidar las prestaciones sociales en la forma en que se hace en el escrito de impugnación.

En lo que sí asiste razón al apoderado judicial de la parte demandante, es en cuanto a que no se pueden compensar sumas de dinero si el demandado no propuso tal excepción.

Sin embargo, si bien es cierto que en las operaciones matemáticas realizadas por la Juez A quo, respecto de prestaciones sociales causadas en el año 2007, resultó una diferencia a favor de la empresa por la suma de $86.618.37 y a favor del trabajador sumas equivalentes a $23.225.42, $8.769.38, lo cual arroja un total de $31.994.80; no resulta posible concluir que la Juez A quo efectuó compensación alguna, por cuanto en el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia, ordenó tal reajuste. Lo que si se aprecia es que al referirse a este saldo insoluto a favor del demandante, consideró que no había lugar a sanción por el no pago completo de los intereses al auxilio de cesantía, asumiéndose que por haberse presentado también un saldo a favor de la demandada no habría lugar a concluir que actuó de mala fe.

Finalmente, tal como lo expresó el representante judicial de la parte demandante, respecto de los hechos expuestos en el ordinal séptimo de la demanda, ninguna pretensión se hizo y, por ello, al no existir la congruencia exigida por el artículo 305 del C.P.C., aplicable por remisión que hace el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., no existió pronunciamiento expreso por la Juez A quo.

En ese orden de ideas, la decisión de primera instancia será confirmada.

Costas por la actuación en esta Instancia no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia que por apelación ha conocido.

Costas en esta Sede no se causaron.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

Los Magistrados,

ALBERTO RESTREPO ALZATE

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERON

EDNA PATRICIA DUQUE ISAZA
Secretaria