



Tribunal Superior de Cartagena

GOLDY ENCARNACION SOTO LOPEZ VS PROELECTRICA & CIA S.C.A. ESP

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS F. GARCÍA SALAS

RADICACIÓN: 13001-31-05-002-2018-00445-01
DEMANDANTE: GOLDY ENCARNACION SOTO LOPEZ
DEMANDADO: PROELCTRICA & CIA S.C.A. ESP
PROCESO: ORDINARIO LABORAL

En Cartagena a los treinta (30) días del mes de noviembre del año dos mil veinte (2020), se constituye la Sala segunda de Decisión Laboral, presidida por el suscrito como Magistrado Ponente, para resolver la apelación, dentro del proceso (ordinario), instaurado **GOLDY ENCARNACION SOTO LOPEZ** contra **PROELECTRICA & CIA S.C.A. ESP** con radicación única **13001-31-05-002-2018-00445-01**, dentro del marco de la emergencia sanitaria de Covid-19, en la modalidad de trabajo en casa, aprovechando las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En armonía con lo anterior, el Decreto Legislativo 806 de 2020 artículo 15, determinó que la decisión de segunda instancia se dictara por escrito, una vez ejecutoriado el auto que admite el recurso de apelación, según fuere el caso y previo traslado a las partes para alegar de conclusión (también en forma escrita).

ALEGATOS: Mediante auto de fecha veintinueve (29) de septiembre de la anualidad que discurre, siendo notificado mediante Estado No. 139 del treinta (30) de septiembre del presente año, encontrándose el mismo debidamente ejecutoriado, procediendo los apoderados judiciales de ambas partes a presentar sus alegatos.

1. ANTECEDENTES RELEVANTES:

1.1 Pretensiones: La demandante solicita se declare la existencia de una relación laboral con la demandada; que se declare la ineficacia de la cláusula cuarta "condiciones especiales" literales b y f y quinta del contrato de trabajo; que se declare el carácter salarial de los siguientes conceptos: AUXILIO DE VIVIENDA; APOORTE ISNTITUCIONAL EMPLEADO; APOORTE ISNTITUCIONAL EMPRESA; APOORTE INSTITUCIONAL PLUS; BONIFICACION NO SALARIAL, los cuales exceden el 40% del salario base; se declare la reliquidación de las primas, cesantías e intereses de cesantías causadas del año 2011 a 2018 y se condene al pago de la diferencia de dichos conceptos; se condene a pagar la indemnización por el no pago de intereses de cesantías; que se declare la ocurrencia de descuentos no autorizados sobre el salario y las prestaciones sociales y que se ordene a la demandada a pagarlos; que se condene a la demanda al pago de la sanción moratoria por no consignación de las cesantías con base al salario total; que se condene a la demanda al pago de la sanción



Tribunal Superior de Cartagena

GOLDY ENCARNACION SOTO VS PROELECTRICA Y CIA S.C.A ESP.

moratoria del artículo 65 del CST; que se declare que la demandada le adeuda las horas extras, recargos nocturnos, dominicales y feriados causados durante la relación laboral y que se condene a su pago; que se condene a la demandada a la reliquidación y pago de los aportes a la seguridad social: salud y pensión con todos los factores salariales; se condene a la extra y ultra petita y a las costas del proceso. De manera subsidiaria solicita que en caso de no conceder la moratoria se ordene la indexación de todas las sumas; se declare la reliquidación de los "beneficios no salariales" aumentado en cuantía igual al pago variable del 1 de marzo de 2016 al 24 de junio de 2018 y pagar las diferencias causadas por esos conceptos; en caso de no ordenar los descuentos ilegales se ordene la reliquidación de las prestaciones sociales con base al salario utilizado para la seguridad social.

1.2 Hechos: Fundó sus pretensiones en sesenta y un (61) hechos siendo los más relevantes que suscribió contrato con la demandada el 9 de mayo de 2011 en el cargo de asistente de compras; que en el contrato el empleador señaló una remuneración denominada "SISTEMA DE REMUNERACION FLEXIBLE INTEGRAL", compuesta por una asignación salarial básica, beneficios no salariales denominados auxilio de vivienda, aporte voluntario institucional plus y aporte institucional; que adicional la demandada le cancelaba junto con la nómina un aporte institucional empresa; que los beneficios no salariales superan el 40% del salario básico y que los mismos tendrían un incremento en el mismo porcentaje y periodicidad; que los beneficios no salariales fueron pagados mes a mes en la nómina como si fuera salario; que trabajó más de 8 horas diarias debiendo cumplir trabajo suplementario y en días festivos; que en diciembre de 2011 recibió una bonificación no salarial la cual no estaba regulada en el contrato, su salario superó en un 59% el carácter no salarial y le fue pagada la prima y liquidada las cesantías sin incluir los beneficios no salariales; que la; que el 16 de julio de 2012 suscribió otrosí, en el sentido de realizar un aumento del salario y en la misma proporción aumentaron los beneficios extralegales; que con base al aumento del salario aumentaron las bonificaciones; que en diciembre de ese año percibió una bonificación de carácter no salarial no regulada en el contrato y en igual sentido sucedió en los años 2013, 2014 y 2015 donde los beneficios extralegales superaron el 64% del salario; las cotizaciones a seguridad social fueron realizadas con base a un incremento y las primas pagadas y cesantías liquidadas sin tenerlos en cuenta; que el 1 de enero de 2013 firmo nuevamente otrosí donde se aumentaba el salario y en la misma proporción los beneficios extralegales ; que durante el 2014 y 2015 se realizaron aumentos al salario y en la misma proporción a los beneficios extralegales; que en 2016 le aumentaron el salario, llamando a ese aumento "pago variable" constitutivo de salario pero a diferencia de los años anteriores los beneficios extralegales no aumentaron pese a estar establecido en el contrato; que igualmente las primas fueron pagadas y las cesantías liquidadas sin tener en cuenta los beneficios extralegales; que en enero de 2017 se efectuó aumento al salario bajo denominación de pago variable y en la misma proporción aumentaron los beneficios extralegales; que para el mes de diciembre nuevamente le pagaron una bonificación no salarial no regulada en el contrato, adicional al salario y a los beneficios extralegales; que le fue reportado un incremento en su



Tribunal Superior de Cartagena

GOLDY ENCARNACION SOTO VS PROELECTRICA Y CIA S.C.A ESP.

salario base de cotización y los pagos no salariales superaron el 59%; que las primas y cesantías de ese año fueron pagadas y consignadas sin incluir los beneficios no salariales; que en 2018 la demandada expide certificación laboral a la demandante donde detalla su remuneración mensual en la suma de \$4.177.753; que el 24 de uno termina de manera unilateral contrato, liquidando las prestaciones sociales con el salario básico y el pago variable sin incluir las bonificaciones ni beneficios extralegales; que el ingreso base de cotización para liquidar la seguridad social fue de \$15.624.840; que le fue descontada la suma de \$1.564.485 y en base a ello debía ser el monto de seguridad social; que le hicieron un descuento de \$186.889 sin autorización alguna; que a la terminación del contrato la demandada le adeudaba la fracción de las bonificaciones y beneficios que no fueron tenidos en cuenta para liquidar las prestaciones sociales; que solicito a la demandada certificación de jornadas laborales y horas extras sin que le fueran expedidas.

1.3. Contestación de la Demanda. -

Mediante auto de fecha 4 de diciembre de 2018 el a quo admitió la demanda y ordenó correr traslado de la misma a la demandada por el término de 10 días (fls 225), quien contestó como aparece a folios 237 a 248, manifestando respecto la primera pretensión que es procedente y respecto las demás que son improcedentes; señala que los hechos los hechos 1,2,6,11,12,13,14,18,19,20,21,23,25, 2628, 32,33,34,35,36,37,41, 48, 51,52,59, son ciertos, mientras que los demas hechos no son ciertos.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, mediante providencia de fecha 29 de mayo de 2019 declaró Ineficaz el contenido de la cláusula cuarta literal f y de la cláusula quinta de la sección segunda que se denomina remuneración, contenidas en el contrato de trabajo, así como de los otrosí, suscritos entre la demandante y la entidad demandada; declaró que los pagos denominados auxilio monetario de vivienda, auxilio monetario institucional plus, aporte institucional empresa y aporte institucional plus en la realidad del desarrollo del contrato de trabajo celebrado entre la demandante y la demandada siempre fueron retributivos del servicio prestado y constituyen salario; Condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar a la demandante las siguientes sumas por reliquidación: cesantías: \$9.034.188; intereses de cesantías: \$1.071.780; prima de servicios: \$2.935.635 y condenar a la reliquidación de los aportes a la seguridad social en salud y pensiones durante toda la vigencia del contrato de trabajo, esto es entre el 9 de mayo de 2011 y el 24 de junio de 2018, teniendo en cuenta como IBC la totalidad de los pagos cuya naturaleza salarial se ha declarado en esta sentencia; Condenó a la demandada al pago de las indemnizaciones derivadas de la falta de pago completo de las prestaciones sociales e intereses de cesantías de la demandante así: - indemnización derivada de la falta de consignación completa de las cesantías: \$131.600.913; - indemnización derivada del no pago completo de los intereses de cesantías: \$1.188.539;- indemnización derivada del no pago completo de



Tribunal Superior de Cartagena

GOLDY ENCARNACION SOTO VS PROELECTRICA Y CIA S.C.A ESP.

las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, la suma diaria de \$121.205 a partir del 25 de junio del año 2018 y hasta por 24 meses o hasta que se produzca el pago si ocurre antes de los 24 meses, o si no se verifica su pago, entonces deberá a partir del mes 25 adicionalmente cancelar los intereses moratorios a la tasa más alta certificada; Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción en relación a las primas de servicios, la sanción moratoria derivada de la falta de consignación completa de las cesantías y la sanción por no pago completo de los intereses de cesantías, por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 2011 y el 29 de octubre de 2015 y declarar no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y buena fe; Absolvió a la demandada de las pretensiones derivadas del pago de horas extras, descuentos no autorizados y naturaleza salarial de la bonificación especial y Condenó en costas a la demandada, señalando como agencias en derecho la suma equivalente al 15% del valor de las condenas.

ARGUMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA: la Juez a quo manifestó que lo evidenciado en el sub lite fue una violación al principio de la primacía de la realidad, pues la demandante se acogía a un sistema de remuneración flexible integral, compuesto de una asignación salarial básica y unos beneficios no salariales y al no demostrar la demandada que los pagos no se hicieron como retribución del servicio, la supuesta destinación específica se derrumba con el hecho que la demandante disponía de esos dineros como a bien tuviera, sin haber prueba de su destinación específica. Frente a la bonificación que recibió la demandante por algunas actividades, la describe como un acto de mera liberalidad, la cual se otorga frente al incremento de producción, por lo que se encuentra establecida su finalidad, considerando que la misma no es constitutiva de salario.

Determina que, si hay lugar a la reliquidación de las cesantías, intereses de cesantías y primas, pero que aplica la prescripción parcial para este último concepto. Con relación a la indemnización aduce que no considera un actuar de buena fe desnaturalizar la incidencia salarial solo con el fin de lograr beneficios en favor del emperador, aduce que es un argumento falaz destacar que el trabajador está recibiendo algún beneficio y si bien éste tenía posibilidad de rechazarlo, ello no legitima la conducta asumida por el empleador ni genera la eficacia porque esas normas son de orden público y de obligatorio cumplimiento. Se abstiene de considerar las pretensiones subsidiarias.

3. APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada apeló lo concerniente a los numerales 1, 2, 3,4, 5 y ,7 aduciendo que se le impuso a la demandada una carga excesiva al pretender que demostrara la destinación específica que la demandante hacía de esos beneficios. Que los aportes institucionales que se realizaban al fondo contratado tenían la intención de mejorar la pensión y que no se hacía seguimiento a la misma por cuanto la persona podía interponer de forma diferida de dichos dineros y en tal sentido se aparta de la decisión aduciendo que falta un poco de coherencia en el sentido que afirma que el pago del auxilio de vivienda es salarial porque no se probó el destino que se le daba al mismo pero que



Tribunal Superior de Cartagena

GOLDY ENCARNACION SOTO VS PROELECTRICA Y CIA S.C.A ESP.

las bonificaciones ocasionales que se le reconocían a la demandante como bonos de los resultados globales de la empresa no lo era y ello se afirma sin verificar en que los invertía. Agrega que no se puede hablar de una remuneración del servicio prestado cuando el auxilio y los beneficios eran pagados aun sin la prestación efectiva del mismo.

Solicita que se revoquen las condenas por indemnización toda vez que no se encuentra probada la mala fe de la demandada y el contrato fue firmada de mutuo acuerdo; la demandante era consciente de lo que estaba firmando, y jamás manifestó una duda de la naturaleza de los pagos y que en el evento de no acoger los argumentos que expuso, se deberán reevaluar los conceptos por cuantía y la prescripción oportunamente propuesta de las indemnizaciones y condenas.

4. PROBLEMA JURÍDICO

Conforme al recurso de apelación impetrado por la parte demandada, el problema jurídico se contrae a determinar si las cláusulas cuarta literal f y la cláusula quinta de la sección segunda denominada remuneración contenidas en el contrato de trabajo, así como de los otrosí suscritos entre las partes son ineficaces; si hay lugar a declarar el carácter salarial de los pagos denominados auxilio monetario vivienda, aporte institucional empleado, aporte institucional empresa, aporte institucional plus y como consecuencia de ello si hay lugar a la reliquidación de las cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios y aportes en seguridad social en la salud y pensión desde el 9 de mayo de 2011 al 24 de junio de 2018 y finalmente si hay lugar a imponer a la demandada las sanciones previstas en la Ley 50 de 1990, artículo 65 del CST y a la indemnización del artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

5. FUNDAMENTOS NORMATIVOS, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Estimamos aplicables

- Artículos 65, 127, 128 y 151 del CST.
- Artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- Artículo 1 de la Ley 52 de 1975.

Subreglas:

- **CONSONANCIA:** Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia radicado SL4430-014 - 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.
- **Pagos que constituyen salario:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral sentencia SL-8216-2016, Magistrado Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.



- **Que las sumas pagadas a un trabajador sean consideradas o no salario de acuerdo con el artículo 128 del CST no depende del calificativo. es decir, el carácter de salario no emerge del nombre otorgado a los pagos entregados al trabajador, ni esa denominación por si sola determina tal calidad, ni tampoco se pierde por el hecho de haberse acordado que determinada erogación no la tiene, si en efecto por su habitualidad y esencia, se insiste, la misma recompensa el servicio del trabajador. La libertad concedida a las partes en el artículo 128 del CST para calificar qué es salario, no significa que estas le puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicio, sino que, al pactar tal declaración, se pueden excluir al momento de liquidar prestaciones, determinados rubros: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral sentencia SL1279-2018, 25 de abril de 2018 M.P. Martin Emilio Beltrán Quintero.**
- **Sanción Moratoria Art. 65 CST:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL 1321 de 2019 MP DOLLY AMPARO CAGUASANO VILLOTA sentencia de radicación 65309 del 31 de julio de 2018, Magistrado Ponente: GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ.
- **Prescripción Indemnización Moratoria ART. 99 Ley 50 de 1990:** Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2784-2019, rad. 60615 de fecha 19 de febrero de 2019, M.P. GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ.
- **La indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio de cesantía se causa tanto por el no pago del auxilio, como por su aporte deficitario o parcial:** Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral SL-1461-2018, radicación 44416 del 25 de abril de 2018 M.P Clara Dueñas Quevedo.

6. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

A folios 20 a 25 y reposa contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre la demandante y la demandada el 9 de mayo de 2011;

A folio 26 a 29 y 30 a 32 militan otrosíes al contrato de trabajo de fechas 16 de julio de 2012 y 1 de enero de 2013.

A folio 33 a 196 militan comprobantes de nómina que van del 1 de mayo de 2011 al 15 de junio de 2018.

A folio 197 obra certificación donde se detalla la remuneración de la demandante.

A folio 198 milita carta de despido de la demandante.

A folio reposa liquidación de prestaciones sociales de la actora.

A folios 200 a 203 se encuentra derecho de petición, poder y constancia de entrega de la petición.

A folios 204 a 206 milita respuesta al derecho de petición.



Tribunal Superior de Cartagena

GOLDY ENCARNACION SOTO VS PROELECTRICA Y CIA S.C.A ESP.

A folios 207 a 271 reposa extracto de cuenta individual de cesantías a nombre de la demandante.

A folios 212 a 217 se avizora resumen de las semanas cotizadas a Colpensiones a nombre de la actora.

TESTIMONIALES E INTERROGATORIO DE PARTE

En audiencia de trámite y juzgamiento se practicó interrogatorio de parte a la demandante. Asimismo, se recibieron las declaraciones de los señores PAULA VILLEGAS LONDOÑO y JAIDER VILLARRAGA BELTRAN.

7. ARGUMENTOS PARA RESOLVER:

La controversia en esta instancia se decidirá de acuerdo a los puntos materia de apelación como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte¹.

Alega el vocero judicial de la demandada que el Juez Aquí fundamentó su decisión de considerar como salario el auxilio de vivienda, el aporte institucional empresa y aporte institucional plus, en la supuesta falta de demostración de la destinación de las sumas pagadas por dichos conceptos, ya que a su criterio correspondía a la demandada bajo las reglas de la carga dinámica de la prueba no solo demostrar las condiciones en que fueron pactados dichos beneficios y su finalidad, sino que además consideró que debía demostrar el uso otorgado por la trabajadora de dichos dineros, para desvirtuar la presunción salarial que opera respecto de todas las sumas percibidas por la trabajadora; además de ello aduce que su procurada, bajo la plena convicción de la naturaleza y finalidad no remunerativa del servicio de los beneficios entregados, cancelaba dichos beneficios a pesar de que no existiese prestación por parte de la trabajadora, lo que deja en evidencia la inexistencia de mala fe por parte de mi apoderada al momento de suscribir los pactos de exclusión salarial.

Por su parte el apoderado de la demandante al momento del descorrer el traslado sostiene que la sentencia se encuentra fundamentada en suficiente acervo probatorio, así como en fundamentos legales y jurisprudenciales, para sancionar al empleador, frente a su actitud negligente, que más que buscar un beneficio para el trabajador, propugna por beneficios propios para la empresa, desnaturalizando lo que por ley es salario, debiendo así imponer condena por indemnización moratoria y sanción moratoria, por no encontrarse justificada, ni exonerarse de culpa por buena fe, la conducta del empleador.

Pues bien, en el plenario viene acreditado que las partes celebraron contrato de trabajo a término indefinido del 9 de mayo de 2011 para desempeñar la demandante el cargo de Asistente de Compras, acordando

¹Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia de fecha 25 de mayo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo López Villegas. Exp: 36013, reiterada mediante sentencia rad. 38135 del 3 de Agosto de 2010 y más recientemente en Sentencia CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA DE CASACIÓN LABORAL, Radicación No. 44673- SL 819 – 2013, de fecha 16 de octubre de 2013-Magistrado Ponente RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, y Sentencia radicado SL4430-014 - 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.



Tribunal Superior de Cartagena

GOLDY ENCARNACION SOTO VS PROELECTRICA Y CIA S.C.A ESP.

un Sistema de Remuneración Flexible Integral, el cual se regulaba de la siguiente manera:

PRIMERO: ASIGNACION SALARIAL BASICA (ASB): EL TRABAJADOR en desarrollo de sus funciones devengará un salario ordinario de \$1.430.000 oo, el cual remunera todos los servicios prestados por el TRABAJADOR. Adicionalmente y en caso de que el TRABAJADOR devengue comisiones o pagos salariales de naturaleza variable, se entenderá que el 82,5% del valor de estos comisiones constituye remuneración ordinaria y el 17,5% del mismo valor corresponde a la remuneración del descanso en días domingos y festivos, en cumplimiento a lo dispuesto en los capítulos I y II del título I y II del título VII del CST.

SEGUNDA: BENEFICIOS NO SALARIALES (BENEFICIOS) EL TRABAJADOR adicionalmente disfrutara de un cupo de BENEFICIOS (no salariales) por la suma de \$906.033,oo conformado por los conceptos que a continuación se indican:

AUXILIO MONETARIO DE VIVIENDA	\$739.200.00
APORTE VOL. INST PLUS	\$136.033.00
APORTE INSTITUCIONAL	\$30.800.00

...

TERCERO: OTROS BENEFICIOS ADICIONALES: Como consecuencia de la aplicación del SISTEMA DE REMUNERACION FLEXIBLE INTEGRAL – RFI, las partes expresamente acuerdan que al TRABAJADOR se le reconocerán los siguientes beneficios no salariales:

- a) Un aporte al fondo voluntario de pensiones a la cuenta del TRABAJADOR, con el cual se compensa y paga toda eventual diferencia en materia prestacional, pensional, y/o salarial surgida como consecuencia del presente acuerdo.
- b) Durante el periodo de vacaciones disfrutadas, incapacidades transitorias y licencias de maternidad se continuaran reconociendo los beneficios indicados en la cláusula segunda del presente Acuerdo.

...

f) Las partes reiteran que los beneficios antes mencionados se consideran como no salariales, para efectos laborales y fiscales por así acordarlo las partes de conformidad con los artículos 15 y 16 de la ley 50/90 y el artículo 17 de la ley 344 de 1996.

..."

CUARTO. CONDICIONES ESPECIALES: Las partes de común acuerdo manifiestan su conformidad con las condiciones especiales del sistema de RFI que a continuación se indican:

(...) b. **Imputabilidad:** la totalidad de los beneficios no salariales y en general reconocimientos contenidos en este acuerdo serán imputables o compensables con cualquier valor o suma adicional que deba reconocer el EMPLEADOR de origen convencional, judicial, administrativo y en general de naturaleza extralegal. Tal imputabilidad se aplicara igualmente en los casos del principio de igualdad contenido en los artículos 13 de la C.P. y 143 del CST. De la misma manera se entiende que todo lo recibido por el TRABAJADOR durante la vigencia de este Acuerdo es imputable a lo que pudiera corresponderle en la eventualidad de una decisión judicial que pudiera afectar total o parcialmente el presente acuerdo.

(...)

f. **Pagos no Salariales:** las partes reiteran que la totalidad de los beneficio, prerrogativas y en general acreencias en dinero o en especie contenidos en este Acuerdo se consideran como de naturaleza no salarial y por lo tanto carecen de incidencia salarial, prestacional o parafiscal conforme a lo consagrado en los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 17 de la Ley 334 de 1996. De igual manera se consideran como no salariales todos aquellos beneficios, prerrogativas y en general acreencias que se reconozcan por mera liberalidad o para facilitar la gestión contratada tales como bonificaciones ocasionales o participación en utilidades.

QUINTO: las partes de común acuerdo y amparadas en el artículo 15 de la Ley 5 de 1990 han convenido que no será constitutivo de salario ninguno de los beneficios que llegare a recibir el TRABAJADOR del EMPLEADOR en forma adicional al salario pactado en este contrato, ni las bonificaciones habituales u ocasionales que por mera liberalidad le otorgue el Empleador.

Que mediante otrosí de fecha 16 de julio de 2012 se modifica la sección de remuneración, de la siguiente manera:

PRIMERO: ASIGNACION SALARIAL BASICA (ASB): EL TRABAJADOR en desarrollo de sus funciones devengará un salario ordinario de \$2.063.100 oo, el cual remunera todos los servicios prestados por el TRABAJADOR. Adicionalmente y en caso de que el TRABAJADOR devengue comisiones o pagos salariales de naturaleza variable, se entenderá que el 82,5% del valor de estos comisiones constituye remuneración ordinaria y el 17,5% del mismo valor corresponde a la remuneración del



Tribunal Superior de Cartagena

GOLDY ENCARNACION SOTO VS PROELECTRICA Y CIA S.C.A ESP.

descanso en días domingos y festivos, en cumplimiento a lo dispuesto en los capítulos I y II del título I y II del título VII del CST.

SEGUNDA: BENEFICIOS NO SALARIALES (BENEFICIOS) EL TRABAJADOR adicionalmente disfrutara de un cupo de BENEFICIOS (no salariales) por la suma de \$1.307.159,00 conformado por los conceptos que a continuación se indican:

AUXILIO MONETARIO DE VIVIENDA	\$1.066.464.00
APORTE VOL. INST PLUS	\$136.033.00
APORTE INSTITUCIONAL	\$30.800.00

Por medio de otrosí de fecha 1 de enero de 2013 realizan una segunda modificación a la sección de remuneración de la siguiente manera:

PRIMERO: ASIGNACION SALARIAL BASICA (ASB): EL TRABAJADOR en desarrollo de sus funciones devengará un salario ordinario de \$2.146.037.00, el cual remunera todos los servicios prestados por el TRABAJADOR. Adicionalmente y en caso de que el TRABAJADOR devengue comisiones o pagos salariales de naturaleza variable, se entenderá que el 82,5% del valor de estos, comisiones constituye remuneración ordinaria y el 17,5% del mismo valor corresponde a la remuneración del descanso en días domingos y festivos, en cumplimiento a lo dispuesto en los capítulos I y II del título I y II del título VII del CST.

SEGUNDA: BENEFICIOS NO SALARIALES (BENEFICIOS) EL TRABAJADOR adicionalmente disfrutara de un cupo de BENEFICIOS (no salariales) por la suma de \$1.359.707.00 conformado por los conceptos que a continuación se indican:

AUXILIO MONETARIO DE VIVIENDA	\$1.109.336.00
APORTE VOL. INST PLUS	\$204.149.00
APORTE INSTITUCIONAL	\$46.222.00

Respecto a los factores que constituyen salario, indica el artículo 127 del CST que lo es no solo 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.

En torno a este tema, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL8216-2016, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, explicó que para que un pago se considere salario debe cumplir los siguientes requisitos: (i) ser habitual; (ii) su entrega no puede ser gratuita o libre; (iii) ser contraprestación directa del servicio y; (iv) acrecentar los ingresos o el patrimonio del trabajador.

Asimismo, la jurisprudencia ha adocinado que la libertad concedida a las partes en el artículo 128 del CST para calificar qué es salario, no significa que estas le puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicio, sino que, al pactar tal declaración, se pueden excluir al momento de liquidar prestaciones, determinados rubros.

Y es que el carácter de salario no emerge del calificativo otorgado a los pagos entregados al trabajador, ni esa denominación por sí sola determina tal calidad, ni tampoco se pierde por el hecho de haberse acordado que determinada erogación no la tiene, si en efecto por su habitualidad y esencia, se insiste, la misma recompensa el servicio del trabajador. Así lo precisó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1279-2018, 25 de abril de 2018 M.P. Martin Emilio Beltrán Quintero.



Tribunal Superior de Cartagena

GOLDY ENCARNACION SOTO VS PROELECTRICA Y CIA S.C.A ESP.

Teniendo en cuenta lo anterior, advierte esta Corporación que no está llamado a prosperar el reparo de la recurrente, como quiera que de las pruebas documentales traídas al plenario no se logra acreditar que los pagos denominados como bonificaciones no salariales, esto es, auxilio monetario de vivienda, aporte, aporte voluntario institucional plus, aporte institucional y aporte institucional empresa (aporte al fondo voluntario de pensión), tenían la intención de mejorar las condiciones del trabajador sin que en ningún momento se tuvieran como remuneración, pues si bien dichos conceptos eran deducidos de la nómina y consignados directamente a una cuenta o fondo destinado a lo que ellos denominaban un "ahorro", lo cierto es que dicho ahorro no dependía de la voluntad del trabajador y ello se corrobora con el testimonio de la señora Paula Villegas quien manifestó en su declaración que *"de acuerdo al cargo se tiene unos salarios y unos beneficios específicos, y que los montos de las bonificaciones están definidos"*.

Es así como en casos como el que nos ocupa no es suficiente acudir a las pruebas documentales, pues el principio de veracidad indica que el juez Laboral debe propender por hallar la verdad real y no quedarse con la verdad formal la cual es comúnmente encontrada en los documentos.

Nótese como el contrato de trabajo, los otrosíes y los volantes de nómina (fol. 20 a 199) deben ser analizados en conjunto con las declaraciones de testigos y el dicho de la propia demandante, quien manifiesta que si bien el dinero de los aportes institucional, institucional plus y de empresa no llegaban directamente a su cuenta, *"ella era consciente que de ese dinero podía disponer en determinado tiempo, porque así se lo manifestó su empleador"*.

No se puede perder de vista, que la subordinación comprende la posición dominante que tiene el empleador desde el inicio de la relación laboral, inclusive, en etapa de contratación, por tanto el argumento de que la demandante conocía las condiciones del contrato sin que presentara reparo alguno, riñe con el principio de irrenunciabilidad, el cual es de carácter constitucional, pues la Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio, y ello no se traduce en una carga desproporcionada como lo manifiesta la recurrente, sino que al ser el empresario el dueño de la información y quien diseña los planes de "beneficios", se encuentra en una mejor condición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su

Así las cosas, concluye este Tribunal que el denominado sistema de remuneración flexible integral del cual se valió la demandada para restarle incidencia salarial y disminuir las condiciones laborales a la demandante, a las voces del artículo 14 y 127 del CST se torna en ineficaz, pues trasgrede derechos mínimos e irrenunciables, ya que el mentado pacto trajo consigo una merma en la base sobre la cual se liquidarían las prestaciones sociales y los aportes a seguridad social, por lo que se confirmará este aspecto del fallo impugnado.



RELIQUIDACION DE LAS PRESTACIONES SOCIALES.

Frente a este punto, estima la Sala sin mayor discusión que tampoco está llamado a prosperar el reparo hecho por la demandada, pues claramente en el contrato celebrado por las partes y los otros ítems visibles del folio 20 a 32 se pactó de forma expresa, específicamente en la cláusula cuarta literal f que dichos beneficios (auxilio monetario de vivienda, aporte institucional plus y aporte institucional) y el aporte institucional empresa que según lo manifestado por la demandada corresponde al "aporte fondo voluntario de pensiones" (fol. 240), se consideraban no salariales para efectos laborales y fiscales, por ende la demandada no los incluía para efectos de liquidar prestaciones sociales tal y como quedó evidenciado con los volantes de nómina que fueron aportados al plenario, de allí que debe confirmarse este punto de la sentencia recurrida, pues la base salarial tenida en cuenta para el cálculo de estas prestaciones fue inferior a la realmente percibida por la actora.

RELIQUIDACION DE APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y PENSIONES.

En cuanto a este tópico, también habrá de desestimarse la apelación de la vocera judicial de la demandada, por cuanto la base sobre la cual se deben liquidar los aportes a seguridad social tanto en salud como en pensión, es el salario mensual en los términos contemplados por el código sustantivo del trabajo. Así lo dispone el artículo 18 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 5 de la Ley 797 del 2003, y como quiera que resulto probada la naturaleza salarial de los denominados "beneficios no salariales" que fueron recibidos por la demandante, y que con cada volante de nómina se lograra evidenciar las cotizaciones que le fueron realizadas, sin que se incluyeran los factores que constituyen salarios, resulta procedente realizar la reliquidación en aras de que se realice la consignación al fondo de pensiones conforme a lo realmente percibido como salario durante la relación laboral.

SANCION MORATORIA DEL ART. 99 DE LA LEY 50/90; DEL ART. 65 DEL CST.

Cuestiona la vocera judicial de PROELECTRICA Y CIA S.C.A. ESP la condena impuesta por la juez de instancia en lo que atañe a las indemnizaciones moratorias previstas en los artículos 65 del CST por el no pago completo de prestaciones sociales y la del artículo 99 de la Ley 50/90 por la consignación parcial de las cesantías en el correspondiente fondo, al considerar básicamente que su representada obró de buena fe y amparada por normas legales que permitían restarle incidencia salarial a beneficios otorgados a la demandante.

Frente a estas sanciones, tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que éstas no operan de forma automática, sino que, se hace necesario acreditar la mala fe por parte del empleador.

Así, en sentencia SL1451-2018 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema sostuvo que "La sanción



Tribunal Superior de Cartagena

GOLDY ENCARNACION SOTO VS PROELECTRICA Y CIA S.C.A ESP.

moratoria opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, no es de aplicación automática; en cada caso es necesario estudiar si su comportamiento estuvo o no asistido de buena fe ya que no hay reglas absolutas que objetivamente la determinen”.

Sobre la buena fe que exonera de la condena a la sanción moratoria la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencias de radicación SL1166-2018, CSJ SL1430-2018 y CSJ SL2478-2018 y la sentencia Rad. 41936 del 21 de agosto de 2013, M.P. Jorge Bustos Ruiz, rememorando lo dicho en sentencia 30195 de 2009, en la que consideró que la buena fe equivale a obrar con lealtad, rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; que la buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 65 del CST y SS, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra jurídicamente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, es la creencia razonable de no deber, de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

De igual manera, la Sala Laboral en sentencia SL 1321 de 2019 MP DOLLY AMPARO CAGUASANO VILLOTA aclaró que si bien la Corte sostenía que, de cara a la imposición de la indemnización moratoria, por norma en el empleador incumplido, existía una presunción de mala fe, en la actualidad se ha inclinado por una interpretación, de acuerdo con la cual, la verificación de la conducta del empleador es un aspecto que debe ser revisado en concreto, es decir, en cada caso particular, de modo que la condena se condiciona al análisis de los elementos subjetivos que guiaron su actuar.

Pues bien, en el plenario a juicio de esta Colegiatura se evidencia la mala fe de la demandada quien escudada en unos supuestos beneficios, propició todo un entramado para desconocer la incidencia salarial que debió percibir la demandante, pues tal y como los sostuvo la testigo Paula Villegas, los supuestos beneficios vienen estipulados de acuerdo con el cargo, y el empleado no participa de su constitución, en tal sentido se evidencia que no dependen en ningún momento de las necesidades del trabajador pues al momento de contratar ya los encuentran por tanto solo les queda adherirse a los mismos firmando el contrato y aun cuando la testigo pretendiera desvirtuar la mala fe aduciendo que en cualquier momento la demandante podía decidir no contar con los beneficios, lo cierto es que su conducta no se enmarca como leal, pues con ello no solo se afectó la liquidación de las prestaciones sociales de la demandante, sino su expectativa pensional al reducir su base de cotización al sistema general de pensiones; y es que la demandada era tan consciente que su actuar no era de buena fe, que en el mismo pacto suscrito con la trabajadora de forma tácita, por no decir que expresa reconoce que su actuar no era leal y previendo precisamente futuros litigios por ello, dispuso en la cláusula quinta literal b del prenombrado RFI obrante a folio 201 a 202 lo siguiente: “... b Imputabilidad: La totalidad de los beneficios no salariales y en general reconocimientos contenidos en este acuerdo serán imputables o compensables con cualquier valor o suma adicional que deba reconocer el EMPLEADOR de origen convencional, judicial, administrativo y en general de naturaleza extralegal. Tal imputabilidad se aplicará igualmente en los casos de aplicación del principio de



Tribunal Superior de Cartagena

GOLDY ENCARNACION SOTO VS PROELECTRICA Y CIA S.C.A ESP.

igualdad contenido en los artículos 13 de la C.P. y 143 del CST. De la misma manera se entiende que todo lo recibido por el TRABAJADOR durante la vigencia de este acuerdo es imputable a lo que pudiera corresponderle en la eventualidad de una decisión judicial que pudiera afectar total o parcialmente el presente acuerdo ..."

Por su parte frente a la indemnización moratoria dispuesta en el numeral 3 del artículo 99 de la ley 50/90, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia especialmente la sentencia SL-1451-2018 en donde se rememora el criterio adoptado en la sentencia SL-403-2013 tiene sentado que la misma se causa tanto por el no pago del auxilio, como por su aporte deficitario o parcial, y es precisamente ésta última circunstancia la que acontece en el plenario, atendiendo la reliquidación de las cesantías que se ha ordenado y la mala fe que se ha analizado en punto la sanción moratoria del artículo 65 del CST.

INDEMNIZACION ARTICULO 1 LEY 52 DE 1975

En dicha disposición normativa se indica que *"A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía. 2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año. 3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados. 4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargables. "*

Advierte la Sala que de lo dispuesto en la norma se desprende que opera la indemnización cuando no se ha realizado el pago de los intereses establecidos, mas no hace referencia al pago deficitario, en tal sentido no procede la condena prevista por no ajustarse a los supuestos normativos, y por tanto se revocara en este punto el fallo apelado.

EXCEPCION DE PRESCRIPCION

La Sala advierte que la relación de trabajo tuvo extremos temporales entre el 09 de mayo de 2011 y el 24 de junio de 2018 y que la actora instauró demanda ordinaria laboral el 29 de octubre de 2018 (fol. 224), razón por la cual se declarará probada la excepción de prescripción frente a la reliquidación de las primas, los intereses de cesantías y de la indemnización por no consignación de las cesantías causados con anterioridad al 29 de octubre de 2015.

No opera la prescripción frente el auxilio de cesantías, pues el mismo se causó a la finalización del vínculo laboral, esto es 24 de junio de 2018.



obsérvese como la Juez de primera instancia de manera errada liquida las cesantías e intereses de cesantías, eximiendo a estos últimos de la prescripción, no obstante, no encuentra esta colegiatura razón para ello toda vez que al causarse los mismos de manera anual y al estar obligada la empresa a pagarlos directamente al trabajador en enero de cada año siguiente, los intereses que fueron causados con anterioridad al 29 de octubre de 2015 se encuentran prescritos y en ese sentido de acuerdo con la liquidación hecha por la profesional universitaria grado 12 adscrita al tribunal se arroje por concepto de diferencia de intereses de cesantías, la suma de \$443.411.

Respecto la verificación de la totalidad de condenas conforme lo solicita la recurrente se observa que no es posible a esta Sala hacer más gravosa la situación del apelante único y en tal sentido al no haberse cuestionado la liquidación por el apoderado de la demandante se mantendrá el resto de las condenas con la modificación hecha a las diferencias causadas a partir de la reliquidación de los intereses de cesantías y a la exoneración del pago de la indemnización del artículo 1 de la ley 52 de 1975, de conformidad con lo ya expuesto.

8. COSTAS

Sin costas en esta instancia. Se autoriza a la Secretaria de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el expediente del sub lite a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales TERCERO, CUARTO y QUINTO de la sentencia apelada de fecha 29 de mayo de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena en este proceso ordinario laboral de **GOLDY ENCARNACION SOTO LOPEZ** contra **PROELECTRICA & CIA C.S.A. ESP**, de la siguiente manera:

TERCERO: CONDENAR a la entidad demandada PROELECTRICA & CIA C.S.A. ESP, a reconocer y pagar a la demandante las siguientes sumas por reliquidación: cesantías: \$9.034.188; intereses de cesantías: \$443.411; prima de servicios: \$2.935.635 y condenar a la reliquidación de los aportes a la seguridad social en salud y pensiones durante toda la vigencia del contrato de trabajo, esto es entre el 9 de mayo de 2011 y el 24 de junio de 2018, teniendo en cuenta como IBC la totalidad de los pagos cuya naturaleza salarial se ha declarado en esta sentencia.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada PROELECTRICA & CIA C.S.A. ESP, del pago de la indemnización por no pago de los intereses de cesantías consagrada en el artículo 1 de la Ley 52 de 1975 y CONDENARLA a pagar



Tribunal Superior de Cartagena

GOLDY ENCARNACION SOTO VS PROELECTRICA Y CIA S.C.A ESP.

a la demandante las indemnizaciones derivadas de la falta de pago completo de las prestaciones sociales e intereses de cesantías de la demandante así: - indemnización derivada de la falta de consignación completa de las cesantías: \$131.600.913; -indemnización derivada del no pago completo de las prestaciones sociales al finalizar la relación laboral, la suma diaria de \$121.205 a partir del 25 de junio del año 2018 y hasta por 24 meses o hasta que se produzca el pago si ocurre antes de los 24 meses, o si no se verifica su pago, entonces deberá a partir del mes 25 adicionalmente cancelar los intereses moratorios a la tasa más alta certificada.

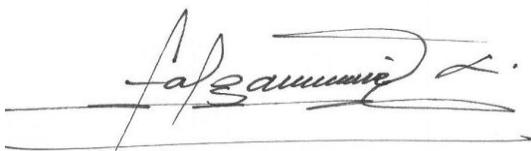
QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción en relación a los intereses de cesantías, las primas de servicios y la sanción moratoria derivada de la falta de consignación completa de las cesantías, por el periodo comprendido en entre el 9 de mayo de 2011 y el 29 de octubre de 2015 y declarar no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y buena fe.

SEGUNDO: CONFIRMAR el resto de la providencia, conforme a las consideraciones antes expuestas.

TERCERO: Sin costas en esta instancia. Se autoriza a la Secretaria de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay gastos que liquidar, que una vez allegado el expediente del sub lite a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
Magistrado Sala Laboral



FRANCISCO ALBERTO GONZALEZ MEDINA
Magistrado


JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRES
Magistrada