

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA TERCERA LABORAL
CARTAGENA – BOLÍVAR**

MAGISTRADA PONENTE: Dra. MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: JAVIER FELIPE GALINDO PALACIOS

Demandado: NASES DEL CARIBE S.A Y OTRO

Fecha de Fallo Apelado: 15 de enero de 2019

Procedencia: Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena.

Radicación: 13001-31-05-008-2015-00494-01

**TEMA: DESPIDO SIN JUSTA CAUSA Y CARÁCTER SALARIAL DEL
“AUXILIO ADICIONAL DE TRANSPORTE”**

En Cartagena de Indias, a los treinta y uno (31) días del mes de agosto del año dos mil veintiuno (2021), siendo la oportunidad y fecha señalada por auto anterior para proferir sentencia escrita dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por **JAVIER FELIPE GALINDO PALACIOS** contra **EMPRESA SGS COLOMBIA S.A., NASES DEL CARIBE S.A y CBI COLOMBIANA S.A.**, conforme a los lineamientos vertidos en el Decreto 806 de 2020 emitido por el gobierno nacional, en concordancia con en el Decreto Legislativo 428 de 2020 y los Acuerdos PCSJA20-11567 y PCSJA20-11581 del 5 y 27 de junio de 2020 respectivamente, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se reunió la Sala Tercera Laboral de este Distrito Judicial, integrada por los Magistrados: **LUIS JAVIER ÁVILA CABALLRO, CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS y MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO**, quien la preside como ponente, para proferir la siguiente:

S E N T E N C I A

Encuéntrese el presente asunto para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena el 6 de marzo de 2018, mediante el cual se declaró que entre el señor Joaquín Pablo Lozano Salcedo y Nases del Caribe S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido del 4 de febrero de 2013 al 27 de agosto de 2013, y en consecuencia, se condenó a la demanda a pagar las siguientes sumas de dinero: \$1.462.468 por concepto de indemnización por despido injusto y \$1.183.290 por reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones.

Así mismo, condenó a Nases del Caribe S.A al pago de la sanción moratoria del artículo 65 del CST, y absolvió a CBI COLOMBIANA S.A y a SGS COLOMBIA S.A de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

A N T E C E D E N T E S

1.1 LAS PRETENSIONES: Por intermedio de apoderado judicial, el señor Javier Felipe Galindo Palacios, presenta demanda ordinaria laboral, a fin de que se declare: **(i)** que entre este y la a empresa SGS COLOMBIA S.A existió un contrato de trabajo del 4 de febrero al 27 de agosto de 2013, **(ii)** que la empresa NASES DEL CARIBE S.A era una simple intermediaria, **(iii)** que el auxilio adicional de transporte percibido por el demandante tiene naturaleza salarial, **(iv)** que fue despedido sin justa causa, y **(v)** que las demandadas son solidariamente responsables de las condenas que se llegaren a imponer.

Como consecuencia de tales declaraciones, solicita se condene a las demandadas a pagar las siguientes acreencias laborales: diferencias generadas de la reliquidación de prestaciones sociales, horas extras, recargos por trabajo suplementario, nocturno, dominical, festivos, aportes al sistema de seguridad social, una indemnización por despido injusto y la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST (Fl.1-2).

1.2 HECHOS: Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el apoderado de la parte demandante, manifiesta que, el señor Javier Felipe Galindo Palacios suscribió un contrato de trabajo con la demandada NASES DEL CARIBE S.A, y que el cargo desempeñado fue el de Supervisor HSE.

Afirma, que en virtud del contrato comercial suscrito entre NASES DEL CARIBE S.A y SGS COLOMBIA S.A, el demandante fue enviado a esta última a prestar sus servicios, razón por la cual considera que SGS COLOMBIA es el verdadero empleador del demandante.

Explica, que a su vez SGS COLOMBIA S.A ejecutaba trabajos para el “*proyecto CBI Cartagena contrato 1473*” y el “*proyecto CBI Cartagena contrato 1457*”, por lo que en ultimas, el actor ejecutaba su labor en las instalaciones de CBI COLOMBIANA S.A.

Señala, que el demandante fue despedido de forma unilateral e injusta, sin que se hubiera terminado la obra para la cual había sido contratado, y que durante su relación laboral devengó un auxilio adicional de transporte.

Afirma que, para la liquidación de prestaciones sociales, horas extras y trabajo suplementario, no se tuvo en cuenta lo devengado por concepto de auxilio adicional de transporte, el cual, a su juicio, constituye factor salarial por ser retribución directa del servicio, debiendo ser incluidos en la base para liquidar tales acreencias.

Finalmente, asegura que el demandante siempre recibió órdenes directas de SGS COLOMBIA S.A, siendo supervisado constantemente por los funcionarios

adscritos a dicha empresa, por lo que, a su juicio, NASES DEL CARIBE S.A actuó como una simple intermediaria.

1.3. CONTESTACIÓN DE DEMANDA: NASES DEL CARIBE S.A, reconoce la existencia de la relación laboral, sin embargo, aclara que se trató de un contrato de obra, en virtud del cual el actor era enviado como trabajador en misión a la empresa usuaria SGS COLOMBIA S.A.

Alega, que los extremos temporales de la vinculación se circunscribieron entre las datas del 4 de febrero y el 27 de agosto de 2013, fecha en la cual finalizó la obra para la cual había sido contratado el demandante.

En cuanto a la pretensión de reliquidación, señaló que para el cálculo de sus acreencias laborales se tuvo en cuenta los conceptos constitutivos de salario y se omitieron aquellos que no tenían carácter salarial por acuerdo expreso entre las partes.

Por las anteriores razones, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, proponiendo como medios exceptivos, los de cobro de lo no debido, carencia de derecho reclamado, pago, compensación y buena fe.

Por su parte, la empresa SGS COLOMBIA S.A.S (antes SGS COLOMBIA S.A) contestó la demanda, señalando para tales efectos que, la empresa NASES DEL CARIBE S.A le suministró al demandante como trabajador en misión, y que la finalización del contrato del señor Javier Felipe Galindo obedeció a la finalización de la obra o labor contratada.

Para su defensa propuso excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y compensación.

Finalmente, se debe anotar que, mediante auto del 5 de octubre de 2016, el Juzgado dispuso integrar al presente tramite como litisconsorte necesario a CBI COLOMBIANA S.A, quien contestó la demanda, afirmando que ninguna de las pretensiones se encontraba dirigidas en su contra, por lo que propuso excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe.

1.4. SENTENCIA: El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, mediante sentencia 15 de enero de 2019, declaró que entre el señor Javier Felipe Galindo Palacios y Nases del Caribe S.A., existió un contrato de trabajo a término indefinido del 4 de febrero de 2013 al 27 de agosto de 2013, y en consecuencia, condenó a dicha entidad al pago de \$1.462.468 por concepto de indemnización por despido injusto.

Adicionalmente, declaró que el auxilio adicional de transporte que devengaba el demandante tenía naturaleza salarial, por lo que condenó también al pago de la suma total de \$1.183.290 por reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, más la sanción moratoria contenida en el artículo 65 de CST.

Por último, absolvió a CBI COLOMBIANA S.A y a SGS COLOMBIA S.A de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Como fundamento de su decisión sostuvo, en principio, que NASES DEL CARIBE S.A era la verdadera empleadora del señor Javier Galindo Palacios, toda vez que la prestación del servicio estuvo acorde con los preceptos establecidos en el artículo 13 del Decreto 24 de 1998 y el numeral 3° del artículo 77 de la Ley 50 de 1990, siendo SGS COLOMBIA S.A la empresa usuaria.

Por otra parte, consideró que no se encontraba determinada la obra o labor para la cual había sido contratada el señor Javier Felipe Galindo Palacios, por lo que debía entenderse que el contrato era a término indefinido. Conforme a ello, determinó que el demandante había sido despedido sin justa causa, por lo que condenó al pago de la indemnización correspondiente, la cual tendría que ser asumida únicamente por NASES DE COLOMBIA S.A.

Señaló, además, que el auxilio adicional de transporte que le era pagado al actor tenía naturaleza salarial, razón por la cual debía tenerse en cuenta para calcular las acreencias laborales del actor, procediendo a efectuar los cálculos aritméticos correspondientes, encontrando diferencias solo en lo cancelado por concepto de primas, cesantías, intereses sobre cesantías y vacaciones.

Por último, determinó que CBI COLOMBIANA S.A y SGS COLOMBIA S.A no estaban llamadas a responder solidariamente por las condenas impuestas.

1.5. RECURSO: Inconforme con tal decisión, NASES DEL CARIBE S.A se alza en apelación, argumentando para tales efectos: **(i)** que el juzgado erraba al considerar que se trataba de un contrato a término indefinido, toda vez que la obra para la cual había sido contratado el demandante sí se encontraba determinada, razón por la cual no sería procedente el pago de la indemnización por despido injusto, puesto que la finalización del vínculo empleaticio se debió a una causal objetiva, y **(ii)** que el auxilio adicional de transporte pagado al actor no constituía salario, por haberse pactado así dentro del contrato de trabajo, por lo que tampoco habría lugar a la condena por sanción moratoria.

1.6. DEL TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA: Ejecutoriado el auto que admitió la apelación y/o consulta, el despacho procedió a correr traslado a las partes para alegar conforme a las directrices vertidas en el Decreto 806 de 2020 emitido por el gobierno nacional, traslado que fue recorrido por ambas demandadas, y cuyos alegatos han sido leídos por la Sala, discutidos y tenidos en cuenta para proferir la decisión que se consigna en el presente proveído.

2. CONSIDERACIONES

2.1. PRESUPUESTOS PROCESALES.

Los presupuestos procesales de demanda en forma, capacidad para ser parte, competencia del Juez y capacidad procesal están satisfechos, en razón de ello la sentencia será de mérito.

2.2 PROBLEMA JURIDICO:

El estudio de la Sala se concretará en determinar: **(i)** si el demandante fue o no despedido sin justa causa, para lo cual habrá de establecerse preliminarmente cual fue la modalidad contractual que unió a las partes, **(ii)** si el auxilio adicional de transporte constituye o no factor salarial para calcular las prestaciones sociales y vacaciones del demandante, y en caso de ser así, **(iii)** establecer si procede la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST.

2.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES APLICABLES AL CASO CONCRETO

- Código Sustantivo del Trabajo, artículo 45 y subsiguientes.
- Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL4539-2020 del 18 de noviembre de 2020.
- Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SL499-2021 del 16 de febrero de 2021.

2.4 DE LA NATURALEZA DEL CONTRATO Y EL DESPIDO INJUSTO

En esta instancia, no se discute que entre el señor Javier Felipe Galindo Palacios y NASES DEL CARIBE S.A existió un contrato de trabajo del 4 de febrero de 2013 al 27 de agosto de ese mismo año, pues así fu establecido por el Juez A-quo, sin que tal punto fuese objeto de apelación.

La controversia viene a suscitarse entonces, en torno a la modalidad de duración del contrato, y a su forma de terminación.

Siendo así, lo primero que debe recordarse, es que cuando el contrato de trabajo se pacta por obra o labor, se impone como requisito esencial que se especifique cuál es esa obra a realizar o qué labor debe ejecutar el trabajador, constituyendo esto el objeto del contrato, so pena que al no pactarse se torne su duración en indefinida.

Pues bien, en el expediente milita a folio 37, el contrato de trabajo suscrito por el accionante y la empresa NASES DEL CARIBE S.A, evidenciándose que el mismo se suscribió bajo la modalidad de contrato de trabajo *“con duración determinada por la obra o naturaleza de la labor contratada”*.

No obstante, luego de analizarse de forma detallada cada uno de los apartes del predicho contrato, considera la Sala que, si bien se expresa que su duración seria por obra o labor, lo cierto es que la naturaleza de este no se acompasa con tal descripción, pues nunca se especificó cuál era la labor a desarrollar. Por el contrario, el término de duración del contrato jamás fue especificado de modo alguno, sometido a la interpretación caprichosa y ambigua en el que el mismo terminaría cuando la empresa usuaria dejara de requerir los servicios.

A juicio de la Sala, la forma como fue pactada el objeto de la obra encierra una indeterminación del tiempo, pues la reglamentación de esta clase de contrato exige lo contrario, vale decir, la identificación plena de la obra a desarrollarse, para que no exista ninguna duda que la naturaleza verdadera del contrato es la de cumplir con una tarea específica, cuya finalización, verificable desde el inicio del contrato, pone fin al mismo. Al no haberse actuado de esa forma, claro es que el contrato debe entenderse como pactado a término indefinido y por ello, al haberse verificado la terminación del mismo sin ninguna causa legal que lo justifique, deviene entonces injusta la finalización, por lo que sí es procedente la condena por este concepto.

2.5. DE LA RELIQUIDACION PRETENDIDA Y LA NATURALEZA SALARIAL DEL AUXILIO ADICIONAL DE TRANSPORTE.

De acuerdo con lo establecido por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, el criterio conclusivo o de cierre para establecer si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo, ya que la habitualidad del pago y la proporcionalidad respecto al total de los ingresos deben utilizarse como criterios auxiliares.

Igualmente, en sentencia del 18 de mayo de 2016, Radicado No. 47048, la Corte explicó, que la carga de demostrar que un pago no constituye salario se encuentra en cabeza del empleador, siendo este el que tiene la obligación de probar que la finalidad de este no es la de retribuir el servicio prestado por el trabajador, sino, por ejemplo, la de contribuir al cabal cumplimiento de sus funciones.

Recientemente en sentencia SL4539-2020 la Sala de Casación Laboral recordó una vez más lo adoctrinado en anteriores pronunciamientos, en cuanto a la prueba de la destinación de un determinado pago, reiterando:

*“También, es útil destacar que a pesar de que esta Corporación algunas veces se ha valido de elementos como la habitualidad del pago o la proporcionalidad de cara a la totalidad de los ingresos para descifrar su naturaleza, lo conclusivo es determinar si su entrega tiene como causa el servicio prestado, **pues si como en el caso de marras, se incluyó a título de gastos de transporte un rubro específico, la prueba de su destinación, resulta necesaria.** Así lo reiteró esta Corporación, en sentencia CSJ SL5159-2018:*

*Por último, esta 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. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, **de allí que se encuentre en una mejor***

posición 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 calidad de vida.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL12220-2017, la Corte adoctrinó:

*[...] no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, **a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.***

Por tanto, ningún desafuero cometió el Tribunal al concluir que el pago pactado en la cláusula décimo primera del otrosí al contrato de trabajo es salario.

Conforme al panorama jurisprudencial expuesto, le correspondía a la entidad accionada acreditar cual era la destinación del “*auxilio adicional de transporte*”, algo que no hizo.

Lo anterior, debido a que en el contrato de trabajo ni en el otro sí que firmaron las partes, se especificó cuál era el objetivo de dicho auxilio, pues no se justificó para que se entregaba, cuál era la finalidad cumplía de cara a las funciones asignadas al trabajador, por tanto, debe entenderse que retribuía el servicio prestado, como un pago más sin restricciones, siguiendo la regla general establecida por la Sala de Casación Laboral.

Para esta Colegiatura, resulta ilógico que el recurrente pretenda alegar que el referido auxilio se cancelaba para costear, como su simple nombre lo indica, los gastos de movilización del trabajador, cuando de acuerdo con lo manifestado por la testigo Zuleima María Florián Rodríguez la empresa suministraba directamente un servicio especial de transporte lo cual evidencia, que dicho emolumento en realidad tenía otra finalidad, ya que las reglas de la experiencia, indican que un empleador no va a cancelar dos veces un mismo concepto.

En ese sentido, se tiene, al igual que lo hizo el Juez de primera instancia, que el auxilio de transporte adicional, era salario, y en consecuencia debía ser incluido en la base para liquidar prestaciones sociales y vacaciones, por lo que el cargo no prospera.

Finalmente, se aclara que, si bien esta Sala de decisión en otros procesos ha determinado que un pacto de exclusión salarial puede ser válido, dicho criterio se ha fijado únicamente en aquellos casos en que con el mismo no se pretendió esconder la naturaleza salarial de un pago que tenía dicha condición, como aquí ocurrió, sino simplemente excluirlo de la base para calcular ciertas acreencias

laborales, teniendo en cuenta para ello, el alcance o entendimiento que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral le ha dado al artículo 128 del CST.

2.6. DE LA SANCIÓN MORATORIA

En el *sub examine* ha quedado probado que la indemnización moratoria, es totalmente procedente, pues si bien se había pactado que el “*auxilio adicional de transporte*” no constituiría salario, lo cierto es que, de acuerdo con lo expuesto *Ut supra*, tal pago sí contenía naturaleza salarial, por lo que concluye esta Corporación que la demandada NASES DEL CARIBE S.A ciertamente actuó de mala fe, pues pretendía disfrazar como auxilio, algo que en realidad era otorgado como contraprestación directa del servicio del actor, con la única finalidad de no contabilizarlos para liquidar las prestaciones sociales y desconocer, de este modo, derechos legítimos e irrenunciables del trabajador.

Debido a lo anterior, la Sala comparte la decisión adoptada por el Juez de instancia en cuanto a la procedencia de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST.

Como quiera que no existen más reparos sobre los cuales pronunciarse, la Sala procederá a confirmar en su totalidad la Sentencia Proferida por el juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena el 15 de enero de 2019.

Costas a cargo de NASES DEL CARIBE S.A, se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme al acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura y que regula las tarifas de las agencias en derecho en los procesos laborales.

EN MÉRITO DE LO EXPUESTO, LA SALA TERCERA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA DE INDIAS, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

R E S U E L V E:

1° CONFIRMAR en todas sus partes la Sentencia proferida el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, el día 15 de enero de 2019, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2° COSTAS en esta instancia a cargo de NASES DEL CARIBE S.A. Se tasan como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

3° Una vez ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LOS MAGISTRADOS FIRMAN ELECTRÓNICAMENTE

MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada Ponente

LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
Magistrado Integrante Sala

CARLOS FRANCISCO GARCÍA SALAS
Magistrado Integrante Sala

Firmado Por:

Margarita Isabel Marquez De Vivero
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Carlos Francisco Garcia Salas
Magistrado
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Luis Javier Avila Caballero
Magistrado
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

640c0c7b2029e260de52744645798629964fa4a6e3ff0b457d8f4256ef2431b4

Documento generado en 31/08/2021 01:32:14 PM