



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA CIVIL – FAMILIA - LABORAL
RIOHACHA- LA GUAJIRA

Riohacha, doce (12) de agosto de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
DEMANDANTE:	JONATAN ALFONSO PALOMINO GUZMÁN
DEMANDADO:	ELÉCTRICAS DE MEDELLÍN INGENIERÍA Y SERVICIOS S.A.S.
JUZGADO DE ORIGEN:	Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar.
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PRESTACIONAL
RADICACION No.:	44650-31-05-001-2018-00059-01

Se procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1º y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la providencia dictada el doce (12) de agosto de 2019, proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, en el proceso de la referencia.

Por disposición del art. 279 y 280 del CGP, esta sentencia será motivada de manera breve, en virtud de que la demanda, su contestación y actuaciones procesales son suficientemente conocidas por las partes del proceso, para iniciar el argumento desde la sentencia de primera instancia.

1. ANTECEDENTES

El accionante demandó a la pasiva para que previo el trámite de un proceso de primera instancia se declarara: la existencia de un contrato laboral para con la pasiva entre el 09 de Octubre de 2015 y el 24 de Julio de 2017 fecha en que terminó el vínculo por causa imputable al empleador; que el último salario devengado por la demandante lo fue la suma de \$2.239.650; que se declare ineficaz la cláusula cuarta, la cláusula adicional y el otrosí del contrato de trabajo porque desmejoraron los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, consecuentemente se ordene la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por despido injusto, actualización de las sumas, costas procesales y condena ultra y extra petita.

Como pretensión subsidiaria peticionó la declaratoria de ineficacia del vínculo laboral.

Como sustento de sus pretensiones señaló que suscribió un contrato de trabajo a término fijo con la demandada, con fecha de ingreso 09 de octubre de 2015, bajo el cargo de oficial liniero, en el municipio de Hatonuevo; que el salario básico era la suma de \$1.200.000; que le pagaban junto con el salario básico y el trabajo suplementario, una retribución o contraprestación bajo la denominación de bonificación, auxilio de alimentación, etc, las cuáles oscilaban “entre los \$621.870”; que el día 24 de Julio de 2017 el empleador terminó el contrato de trabajo por decisión unilateral y sin justa causa, finalmente señaló que el contrato a término fijo mutó a uno de índole indefinido por intermedio de otro sí.

1.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada por intermedio de curador ad litem contestó la demanda señalando no confirmar ni negar los hechos de la demanda y oponiéndose a todas las pretensiones encaminadas en su contra.

1.2. LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

El A quo, mediante providencia del 12 de agosto de 2019, resolvió condenar a la demandada, por la totalidad de condenas peticionadas en la demanda.

Para arribar a dicha conclusión precisó que entre las partes existió un contrato de trabajo y seguidamente procedió a establecer *“cuál era el salario promedio devengado por el actor para proceder a examinar cada una de las pretensiones incoadas, toda vez que es éste y no el básico el que se debe tener en cuenta para las liquidaciones; para ello se acude a los comprobantes de pago aportados por el demandante (folios 18-61), y luego de revisar los conceptos cancelados y efectuar el respectivo ejercicio matemático, se obtienen los promedios anuales, así, para el año 2015 el salario promedio era de \$2.748.271, para el año 2016 \$1.846.102 y para el año 2017 \$1.669.190”*.

Acto seguido, informó que *“para calcular los promedios, se tomó la información contenida en los finiquitos de pago, excluyendo las primas e intereses de cesantías pagados en algunas de las mesadas, e incluyendo las bonificaciones, denominadas bonos extralegal ley 50 fija y bonos extralegales que por mera liberalidad cancelaba la empresa al actor, toda vez que éstos son una retribución o remuneración por el servicio prestado, que mes a mes le reconoció, los cuales a juicio del Despacho constituyen salario, sin importar la denominación que adopten”*.

Como complemento de lo precedente, citó los lineamientos de los artículos 127 y 128 del CST, para concluir que *“la demandada en el párrafo 2º del contrato de trabajo pactó con el trabajador que, en el evento en que se beneficiara con estímulos económicos adicionales, tales como bonificaciones, comisiones o cualquier otro pago, de conformidad con lo establecido en el art. 128 del C.S.T., éstos se calificarían como ingreso en dinero o suministro en especie no constitutivo de factor salarial para la*

liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones. Así mismo, en la cláusula adicional convinieron que la bonificación ley 50 por valor de \$200.000 mensuales no constituiría factor salarial; de ello se extrae que la intención de la empresa era excluir del salario las bonificaciones pagadas al actor; no obstante, en estos documentos no se explicó el objetivo de esos pagos, pues no se justificó para qué estaban destinados, cuál era su finalidad o qué objetivo cumplían para las funciones asignadas al trabajador. Por consiguiente, y teniendo en cuenta que la regla general es que todo pago que recibe el trabajador retribuye el servicio prestado y, por tanto, constituye salario, se tiene que los bonos ley 50 y bonos extralegales y de desempeño remuneraban la labor prestada por el empleado a favor de la empresa demandada”

Con relación al auxilio por alimentación concluyó que: “fueron unos beneficios habituales acordados contractualmente entre las partes con una destinación específica: la alimentación, y dispusieron expresamente que no constituyen salario, como consecuencia, y atendiendo su voluntad y el lleno de los requisitos de esta prestación para ser excluida, se tiene como no constitutiva de salario.

De otra parte, impuso condena por despido injusto, tras señalar que “en el acápite correspondiente se determinó que el contrato celebrado entre las partes fue a término indefinido, y al no esgrimir la empresa una razón atendible para su terminación, ésta deviene injusta, por no estar amparada en ninguna de las causales autorizadas por la ley”.

Finalmente, respecto a la indemnización por despido injusto precisó que: “el empleador no puede ser exonerado de la sanción establecida en el art. 99 de la Ley 50 de 1990 por la consignación y pago irregular de las cesantías durante el periodo laborado”.

En suma, no se acogieron las pretensiones de la demanda.

APELACIÓN

Por presentar inconformidad con la decisión de instancia, la parte demandada presentó recurso de apelación en los siguientes términos:

“Manifiesto mi absoluta inconformidad con la sentencia proferida por el despacho, en este sentido me permito interponer recurso de apelación y procedo a sustentarlo en los siguientes términos: lo primero a indicar su señoría que llama poderosamente la atención como se nos condena a dos sanciones diferentes por la misma presunción y cumplimiento, solicito precisar los términos en que se nos aplica la sanción moratoria en dos oportunidades diferentes por el mismo concepto, la supuesta indebida consignación de cesantías y primas según lo que el despacho considera y estima salarios en este sentido, su señoría solicito en primer lugar antes de sustentar mi recurso se explique y se aclare a que otra indemnización hace el despacho referencia adicional a la sanción moratoria basado en el artículo 65 .

En todo caso su señoría me permito solicitar al honorable tribunal superior de Riohacha, que tome en cuenta que para que se imponga la sanción moratoria en todo caso se debe demostrar y no presumirse la mala fe con que hubiese actuado el empleador, este caso, llama la atención que no se hubiesen explicado las razones por las cuales presume el despacho que mi defendida hubiera actuado de mala fe, y en ese sentido hubiera condenado el pago de la indemnización moratoria establecido en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo y en simultáneo atendiendo a los mismos hechos que en todo caso versan sobre la no consignación adecuada de las prestaciones sociales, que hace la valoración el Juez de primera instancia, se hubiera condenado a una doble sanción; en este sentido quisiera solicitar al Honorable Tribunal Superior de Riohacha considerar que hay un despropósito, hay un abuso del derecho en sentido de considerar que se debía sancionar o imponer dos sanciones a mi defendida por no la consignación oportuna de las cesantías, como quiera que no se demostró como debía hacerse, la mala fe que presume el Juzgado actuó mi defendido; en este sentido solicito al Honorable Tribunal revocar la indemnización impuesta por el Juez de primera instancia tanto la indemnización por la no consignación de cesantías y primas como la indemnización moratoria que trata el artículo 65, pues como se ha dicho hay unos pactos de desalarización debidamente firmados por el trabajador, que en momento alguno fueron sujetos o fueron susceptibles de una segunda validación por parte de este no obra en el plenario prueba alguna que pusiera de presente la inconformidad del colaborador respecto de los pactos de desalarización, en este sentido se presume eran válidos para mi defendida y así se entendían y en razón de ello se desalarizaron esos pagos, es decir había un pleno convencimiento del no carácter salarial y por tanto con fundamento en los pactos firmados de manera libre y voluntaria por el trabajador sin ningún reproche a los lineamientos de la relación de trabajo como no salariales y por eso se presume la buena fe de mi defendida, la cual como se ha dicho en momento alguno fue desvirtuada probatoriamente cómo debía ser, eso tratándose entonces de una de las consideraciones del despacho y pretensiones que era la sanción moratoria y no la consignación de cesantías y prestaciones, las cuales como se ha dicho solicito gentilmente al honorable tribunal revocar íntegramente.

Ahora bien con respecto a las reliquidaciones y las pretensiones atinentes a que se reliquide las prestaciones sociales que se hubiera causado y pagado tal y como expuse en mis alegatos de conclusión, el despacho está menospreciando la carga y el valor probatorio que tienen los documentos, menos precisando la carga y valor probatorio de los documentos aportados por el mismo actor en la demanda, esos son las cláusulas de desalarización, las cuales permito leer de manera textual, por encontrarla de suma relevancia para el desarrollo de este proceso y de cara a la resolución que debe hacer del estudio juicio, el honorable tribunal de Riohacha, siendo así encontramos dos cláusulas, la primera cláusula del contrato a trabajo término fijo inferior a un año suscrita entre las partes, (...); hay una cláusula adicional segunda a la que refiero que reza de la siguiente manera "(...)"esta cláusula es fechada del 9 de octubre del 2015 fecha en la cual inició la relación de trabajo y está firmada por el señor Jonatan Palomino, sin ninguna anotación de su parte en constancia de encontrarse en

desacuerdo total o parcialmente con lo indicado allí; en este sentido encontramos otra cláusula adicional al contrato de trabajo en la cual se pactó textualmente lo siguiente “cláusula primera empleador y trabajador pactan que el trabajador recibirá un auxilio extralegal por alimentación lo cual se hará basado en el artículo 128 sustantivo de trabajo modificado por la ley 50 de 1990 y las partes convienen calificarlo como ingreso no constitutivo de factor salarial para todos los efectos” por tratarse de un extracto documental, en esta otra cláusula segunda se indicó que no constituía desmejora de las condiciones pactadas, luego entonces la norma que sustenta las cláusulas señaladas están fundadas en el artículo 128 del CST.

Este extracto normativo establece que es perfectamente válido convenir un beneficio que no constituya factor salarial, bastaría entonces que haya un pacto de desalarización, suscrito entre las partes que no sea tachado o que no tenga vicio de consentimiento y que en esencia el concepto no constituya salario; ahora bien atendiendo a que no existe vicio del consentimiento, fueron firmadas por el trabajador y en las mismas se precisó cuál era el objeto de la bonificación, sea importante aclarar al honorable Tribunal que el Juez, se limita a señalar que las cláusulas deberían estar debidamente sustentadas y esto su señoría, es una interpretación que va más allá de la Ley porque el artículo 128 no dice que la cláusula debe estar sustentada o motivada basta con entenderse que se trata de una cláusula orientada a subsidiar la alimentación y residencia de un trabajador en un sitio diferente a su lugar de residencia, pues es claro y obra constancia que el señor residía en un municipio diferente donde prestó servicios, él residía en el Cesar y la prestación del servicio se hizo en Hatonuevo, el trabajador debía trasladarse de su residencia y esta situación la compañía simplemente subsidió, en razón a unas obligaciones comerciales con CERREJÓN, que es con quién contrata la demandada, situación que inobservó el A quo.

Es importante considerar que hay un principio fundamental que es el de la autonomía de la voluntad, en tanto el trabajador expresó su consentimiento y la empresa sólo pretendió mejorar las condiciones del trabajador por residir en lugar diferente al de la prestación del servicio, porque es obligación del empleador suministrar unos mínimos, situación que no retribuye la prestación del servicio, ni un pacto en contra de derechos mínimos e irrenunciables. Si bien se trató de pagos periódicos, estaban precedidos por cláusula de desalarización, así mismo no fueron objeto de debate alguno respecto de su validez, en vigencia de la relación de trabajo y por la naturaleza del asunto, porque se estaba subsidiando una situación de residencia, alimentación y transporte, en este sentido se solicita revocar íntegramente el fallo por juzgado laboral del circuito de san juan del cesar de la Guajira y a su defecto absolver a su defendida de todas las pretensiones económicas y aclarativas la Litis, no fueron probados pruebas alguno; porque llama la atención que no se pronunciaron sobre la seguridad social, lo cual da a entender que se persigue un interés lucrativo, pero lo que les interesa no son las condiciones en que el trabajador se encontraba sino tener un provecho de la situación actual.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En resumen se sintetiza que el apoderado judicial de la parte demandante adujo que la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria no son excluyentes,.

Adujo que “hubo condena por el no pago de las cesantías del año 2015 y 2016 y por la mala liquidación de las correspondientes al año 2017. Esta sanción corresponde al artículo 99 numeral 3º de la ley 50 de 1990.

De igual forma hubo condena por el pago irregular de las primas. Esta condena surge a la terminación del contrato y está contemplada en el artículo 65 del CST”.

Señaló que la entidad apelante no censuró la condena por no liquidación de cesantías de los años 2015 y 2016 por lo que a su juicio no es factible efectuar modificación en este sentido.

Igualmente, que la empresa demandada no probó la buena fe que la exoneraría del no pago de sanción moratoria, y para el efecto citó la sentencia de la Corte Suprema radicado No 59577 del 05 de febrero de 2020.

Afirmó que la empresa accionada: **NO CONTESTO LA DEMANDA**: De acuerdo al párrafo 2º del artículo 31 del CST la falta de contestación de la demanda se tendrá como indicio grave en contra del demandado y **NO DESPLEGÓ ACTIVIDAD PROBATORIA ALGUNA**, tendiente a demostrar su buena fe.

Finalmente adujo que el Tribunal de Riohacha se ha pronunciado sobre casos de idénticas características al ahora analizado, resolviendo condenar por concepto de sanción moratoria. Para el efecto, citó la sentencia de fecha 24 de agosto de 2016, en el caso de **FERNANDO JAVIER FUENTES FRAGOZO** contra **MONTAJES Y SERVICIOS DE INGENIERIA SAS Y FSCR INGENIERIA SAS**, con radicación 2013-00245.

A su turno, la parte demandada reforzó el argumento de pactos no constitutivos de salarios, los cuáles añadió contienen la firma de aceptación del actor, y que de otra parte, la habitualidad de dichos rubros no desvirtúan la calidad de mera liberalidad de los pagos efectuados. Finalmente adujo que no existió mala fe.

2. CONSIDERACIONES.

Se encuentran reunidos los presupuestos para resolver de fondo la apelación interpuesta por el apoderado judicial de los demandantes, esta Corporación es competente para conocer de éste asunto, al ser superior funcional del funcionario A quo, de otra parte, atendiendo a que hay capacidad para ser parte y comparecer al proceso, existe legitimación en la causa y no se encuentra vulnerado el artículo 29 superior; así procederá esta Sala al planteamiento de los problemas jurídicos surgidos en controversia, limitándose a los aspectos esgrimidos en el recurso de apelación.

2. PROBLEMA JURÍDICO:

Se debe estudiar si la valoración del juez de instancia acertó al señalar que el acuerdo al que arribaron las partes plasmado en un contrato adicional, goza de validez, y si

consecuencialmente a la demandante no le asiste derecho a la reliquidación prestacional pretendida.

En punto a resolver el reproche, ha de traerse a colación el marco normativo que define el asunto objeto de debate a fin de determinar si el presunto pago generado, se erige como salario y afecta la base para el cálculo de beneficios laborales como [prestaciones sociales](#), aportes a [seguridad social](#) y [aportes parafiscales](#).

Pues bien, sobre el tema, se tiene que los artículos 127 y 128 del CST, han reparado en que tendrán el carácter salarial los auxilios que se tornen habituales, que no así, el pago de sumas que esporádicamente y por mera liberalidad reciba el trabajador. Veamos:

ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. 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 (...)

ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. 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.

Como se citó, las partes están facultadas para excluir la incidencia salarial de beneficios habituales u ocasionales; sin embargo el legislador estableció un límite en la ley 1393 de 2010, frente al pago de estas prerrogativas indicando que los pagos laborales no constitutivos de salarios no podrán ser superiores al 40% del total de la remuneración.

Así las cosas, y descendiendo al caso de autos, tenemos que con base en la normativa en cita, el pago de bonificaciones u otro beneficio económico, sin importar la denominación que adopte, será constitutivo de salario si corresponde a una contraprestación directa del servicio y su pago no es ocasional, ni por mera liberalidad del empleador, advirtiéndose que en todo caso, de pactarse un pago no constitutivo de salario, éste no podrá ser superior al 40% del total de la retribución salarial.

Atendiendo a que la última alternativa es una excepción a la generalidad salarial de los pagos efectuados en curso de una relación de trabajo, para la Corte es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él; ello atendiendo a que no es posible establecer cláusulas globales o genéricas, como tampoco efectuar interpretaciones extensivas tendientes a cobijar pagos que no fueron objeto de pacto¹.

A fin de clarificar el punto, precítese que la CSJ ha previsto en punto a la exclusión salarial, que:

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en **que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo»** (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017). Radicación n.º 68303 35 Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), **no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es.** Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. **Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.** Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de Radicación n.º 68303 36 de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.²

Igualmente, se ha especificado respecto de las cargas de los patronos que:

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

¹ Corte Suprema de Justicia. SL1798-2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

² Corte Suprema de Justicia. SL5159-2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo.

información y quien diseña los planes de beneficios, de Radicación n.º 68303 37 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.

Descendiendo al caso concreto se tiene que se recaudaron las siguientes declaraciones en juicio, que en lo relevante se sintetizan así:

Contrato de trabajo a término fijo inferior a un año por 3 meses suscrito por las partes, con extremo inicial 09/10/2015 y extremo final 08/01/2016, como lugar de trabajo se estableció la Guajira, Hatonuevo y dirección “cra 3 No 7-40 candelaria”. Al interior del contrato se estableció en su cláusula CUARTA PARÁGRAFO NO 1. “*EL EMPLEADOR no suministra al TRABAJADOR ni alimentación ni alojamiento. No obstante si por cualquier causa o motivo se llegaren a proporcionar por EL EMPLEADOR, de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 convienen en calificarlo como ingreso en dinero o suministro en especie no constitutivo de factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales*” PARÁGRAFO 2. *En el evento que el TRABAJADOR se haga beneficiario de estímulos económicos adicionales, tales como bonificaciones, comisiones o cualquier otro pago de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, convienen en calificarlo como ingreso en dinero o suministro en especie no constitutivo de factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones”.*

Otrosí al contrato de trabajo (FI 13), cláusula adicional primera “EL EMPLEADOR reconocerá al TRABAJADOR un auxilio extralegal de alimentación por cada día trabajado que asciende a la suma de \$41.458 diarios beneficio que no retribuye de manera directa o indirecta su trabajo sino que es reconocido como apoyo, soporte, beneficio para desempeñar a cabalidad sus funciones, en consecuencia y de conformidad con lo establecido en el artículo 128 del CST modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 convienen las partes en calificar ese pago, como ingreso en dinero o suministro en especie no constitutivo de factor salarial ni tendrá implicación alguna para la liquidación de prestaciones sociales y/o indemnizaciones”.

Igualmente se advierte a folio 14, “cláusula adicional al contrato de trabajo a término fijo inferior de un año, suscrito entre ELÉCTRICAS DE MEDELLÍN INGENIERÍA Y SERVICIOS S.A.S. Y JONATANN ALFONSO PALOMINO GUZMÁN” que a la letra dice “a partir del 09 de octubre de 2015 el empleador reconocerá por mera liberalidad al trabajador una bonificación Ley 50 por valor de \$200.000 cuyo pago se efectuará conjuntamente con el salario ordinario y en los mismos períodos. De conformidad con lo establecido en el artículo 128 del CST, modificado por la Ley 50 de 1990, las partes convienen calificarlo como ingreso no constitutivo de factor salarial para todos los efectos, incluyendo prestaciones sociales e indemnizaciones”.

Pues bien, con base en lo expuesto y observados los comprobantes de nómina, se advierte que los beneficios concedidos al actor, tales como bonificación extralegal de desempeño, bonificación extralegal Ley 50 fija, bonificación extralegal por mera liberalidad, auxilio extralegal alimentación proporcional, no exceden el 40% del total de la remuneración percibido por el actor, como en efecto lo prevé la normativa nacional.

No obstante lo anterior, si ha de relievase que si bien se consignó que tales montos no constituirían factor salarial, lo cierto es que a veces de lo expuesto por la jurisprudencia nacional cuando se trate de dineros cuyo factor es extralegal, deben tener una destinación específica, sin embargo y atendiendo a que se advierte de las nóminas obrantes en el expediente, que dicho dinero era remunerado directamente al trabajador, pues se sumaba y/o computaba al “total devengado”, fácilmente se concluye que tal dinero se entregaba al trabajador para que dispusiera del mismo y bajo esta senda, podría especularse que podía emplear esos recursos en la satisfacción de las necesidades que usualmente se retribuyen mediante el salario, tales como vivienda, salud, educación, alimentación, etc., esto es, en principio podría aducirse que la destinación específica alegada por la empresa, sin embargo la misma se derriba en tanto dichos recursos podían ser empleados de acuerdo a como lo estimara el actor, esto es, que tales dineros se asignaran bajo el rótulo de bonificación extralegal Ley 50 fija, bonificación extralegal de desempeño, pero que en efecto ello no fuese así, en tanto, no existe prueba de la efectiva inversión de los dineros para lo pretendido.

Aunado a lo anterior y a fin de resolver el reproche de la impugnante relativo a señalar que las bonificaciones entregadas tenían como objeto mejorar las condiciones de trabajo de un empleado que residía en un lugar diferente al de la prestación del servicio, ha de señalarse que no se probó la forma en que la “bonificación extralegal Ley 50 fija, bonificación por desempeño y por mera liberalidad” llegaban efectivamente a suplir tales conceptos, al respecto se trae a colación lo expuesto por la jurisprudencia nacional así:

“juzga prudente la Sala recordar que por regla general todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que: (i) se trate de prestaciones sociales; (ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; (iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; (iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; y (v) «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» (art. 128 CST). En la medida que la última premisa descrita es una excepción a la generalidad salarial de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura

extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo³.

Con base en lo expuesto, ha de advertirse que contrario al dicho de la parte recurrente, quien justificó el pago de bonificaciones atendiendo a que la prestación del servicio se daba presuntamente en lugar diferente al de su residencia, lo cierto es que no demostró tal circunstancia, como quiera que del contenido del contrato a término fijo, solo se advierte que se estipuló como dirección “cr 3 No 7-40 candelaria”, sin que se reporte un municipio, aunado a lo anterior, y con todo la entidad demandada no logró demostrar como las bonificaciones “extralegal 50 fija, extralegal por mera liberalidad y extralegal de desempeño”, tendían a satisfacer contingencias diferentes a retribuir el servicio del trabajador, exigencia que si bien no se encuentra taxativamente plasmada en la norma laboral, sí ha sido motivo de pronunciamiento y análisis por parte de la jurisprudencia nacional de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, como quedó expuesto en líneas que preceden, por ello, ha de avalarse la decisión de primera instancia adoptada en este sentido.

SOBRE LA SOLICITUD DE REVOCATORIA DE LA INDEMNIZACIÓN DEL ARTÍCULO 65 Y DE LA LEY 50 DE 1990.

Pues bien, sobre la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, tenemos que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en indicar que ella no opera en forma automática, y que requiere para su aplicación que el demandado suministre elementos que acrediten una conducta provista de buena fe, aclarando que en este caso hay una carga probatoria a cargo del empleador, así lo expresó en la Sentencia SL826-2016 (reiterada en la SL1451-2018 Radicación n.º 44416 del veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Con relación a la presunta doble sanción aplicada, y que fuera alegada por la pasiva, ha de aclararse que que la sanción moratoria originada en la falta de consignación oportuna de la cesantía, en los términos del artículo 99 de la ley 50 de 1990, cesa cuando empieza a pagarse la moratoria derivada del artículo 65 del C.S. T, pues aquella rige mientras está vigente el contrato y está a partir de su fenecimiento.

Aclarado lo anterior, se tiene que ambas indemnizaciones persiguen sancionar al empleador que se ha sustraído del pago de prestaciones sociales (art 65 del CST) o que ha impagado, pagado tardíamente o realizado un pago deficitario de las cesantías a que tiene derecho un trabajador (artículo 99 de la Ley 50 de 1990) razón por la que es preciso ahondar en la buena o mala fe que permeó el actuar

³ CSJ Sala de Casación Laboral. Rad.63988 del 16 de mayo de 2018. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

de la demandada para determinar la procedencia o no de las mismas. Sobre el punto ha de señalarse que en efecto, en el fallo de instancia no se esbozaron las razones en las que se sustenta la mala fe de la demandada por haberse sustraído de otorgar incidencia salarial a las bonificaciones ya pluricitadas; así pues, contrario a lo dicho por el Juez de instancia, a consideración de esta Sala, sí se advierten actuaciones que permiten entrever la buena fe de la pasiva, al momento de pactar la exclusión salarial de dichas bonificaciones, pues en principio se cumplió con las directrices legales previstas para realizar dichos pactos de desalarización, tales como identificar plenamente el concepto permeado con tal convenio, tal y como sucedió con la “bonificación extralegal Ley 50 fija” (fl 14) y respecto de las “bonificaciones extralegales de desempeño y bonificación por mera liberalidad”, se advierte que fueron pagadas de manera ocasional, esto es, no se avizora un ánimo permanente y continuado por defraudar la Ley.

Resáltese que si bien la demandada no canceló *“la totalidad de las prestaciones sociales a que tenía derecho el trabajador en virtud del salario devengado durante la relación laboral”*, como consecuencia de los pactos de desalarización que terminaron siendo declarados ineficaces, con todo, la omisión de la pasiva no implica que automáticamente se presuma que su ánimo fue fraudulento, con base en lo expuesto, se advierte que si bien la demandada no logró demostrar que las bonificaciones enunciadas obedecieron al pago de conceptos distintos a remunerar el servicio prestado del demandante, sí se advierte que con el pacto de desalarización y cancelación ocasional de algunos de esos conceptos, creyó estar actuando conforme a Ley.

Aunado a lo anterior, ha de señalarse que contrario a lo entendido por la parte demandante cuando aduce en los alegatos de conclusión que operó indicio grave en contra de la demandada “tras no haber dado contestación a la demanda” es desacreditada, en tanto la pasiva contestó la demanda por intermedio de curador ad litem.

Sin embargo, se aclara que los argumentos aquí expuestos no deben ser sustento para continuar realizando infracciones a la Ley, pues en el evento en que ello ocurra, se advertirá que la intención de la demandada es realizar una conducta contraria a Ley de manera reiterada.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE INEFICACIA DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

En punto a la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, y la condena de un día de salario por cada día de retardo hasta *“que se verifique la cancelación de aportes por seguridad social correspondientes a los últimos 3 meses de labores de los ex trabajadores”*, se tiene que el artículo 29 de la [Ley 789 del 2002](#) establece que para proceder a la terminación del contrato de trabajo establecido en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que contempla la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, el empleador le debe informar por escrito al trabajador el estado de

pago de las cotizaciones a seguridad social y parafiscalidad sobre los salarios de los últimos tres meses anteriores a la terminación del contrato, adjuntando los comprobantes de pago que los certifiquen, siendo que por vía jurisprudencial se ha establecido que con todo, tal obligación procede sin importar la modalidad de terminación del vínculo contractual.

Asimismo, se ha precisado que la ausencia de cumplimiento de la anterior obligación, habilita el pago de una indemnización moratoria a favor del trabajador, pero no su reintegro a sus labores, pues el objetivo de la norma al hablar de ineficacia del contrato, no consiste en el restablecimiento real del contrato de trabajo, sino en la cancelación de los aportes a seguridad social y parafiscales. Así ha sido expuesto por la **Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, entre otras en la sentencia SL-12041 (50027), del 27 de Julio de 2016; SL 4391 de 2018, radicación 67634, M.P. Martín Emilio Beltrán Quintero del 10 de octubre de 2018; M.P. SL 4432 de 2018 radicado 45745 Jorge Mauricio Burgos Ruiz, del 10 de octubre de 2018; M.P. Eduardo López Villegas, del 21 de julio de 2010 expediente: 38349.**

Pues bien, examinado el plenario se advierte que no es factible acceder a dicho petitum, como quiera que ha sido expuesto por la jurisprudencia nacional que la intención con dicha sanción no es imponerla de manera irreflexiva, pues lo importante es que se haya efectuado el pago; frente al caso concreto y si bien, la demandada no allegó al proceso constancia de los pagos realizados a seguridad social del trabajador, lo cierto es que ni de los hechos de la demanda, ni de las pretensiones de la misma, se advierte que el trabajador haya alegado que durante la vigencia de la relación laboral se obvió el pago de tales obligaciones laborales, por ende, a juicio de esta Sala, no existen antecedentes fácticos que sustenten la supuesta infracción legal que se alega y es que resáltese una vez más que ésta sanción se aplica cuando se verifica que en efecto los pagos no se realizaron, que no porque no se cumpla con el requisito formal de allegar las colillas que así lo respalden, pues nunca fue alegado por la parte actora, que no se hubiesen hecho esos pagos, situación en la que la pasiva habría tenido la forzosa carga de demostrar el cumplimiento de tal obligación.

Por tales razones no se impondrá la condena solicitada, y se revocarán el numeral primero, literales c y e de la decisión de instancia

Bajo esta senda ha de confirmarse la sentencia de primera instancia.

Sin costas ante la prosperidad del recurso.

DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero literales C y E de la sentencia de fecha 12 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, para en su lugar absolver a la pasiva por concepto de las indemnizaciones establecidas en el artículo 99 inciso 3 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 65 del CST.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de origen y fecha anotados, según lo motivado.

TERCERO: SIN COSTAS ante la prosperidad del recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

APROBADO
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

APROBADO vía whastaspp el día 12 de Agosto de 2020
PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada

APROBADO vía whastaspp el día 12 de Agosto de 2020
JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado

Sentencia verificada a las 08:00 a.m. del 12 de Agosto de 2020- suscriptor del servicio Carlos Villamizar. Documento cifrado con clave de seguridad enviada vía whatsapp.