



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

Riohacha, veintiocho (28) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ

ACCIÓN:	PROCESO ORDINARIO LABORAL – LEY 1149 DE 2011
DEMANDANTE:	RAFAEL DAVID GUTIERREZ AHUMADA
DEMANDADO:	CNG ENERGY SAS
JUZGADO DE ORIGEN:	Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, la Guajira.
TEMA:	RELIQUIDACIÓN PRESTACIONAL
RADICACION No.:	44001310500220170013401

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 26 de septiembre de 2019, proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, La Guajira, en el proceso de la referencia.

AUTO ACEPTA IMPEDIMENTO:

La Dra PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, hizo llegar un escrito en el que manifiesta que está incurso en causal de impedimento, específicamente la del numeral 2do del CGP en su artículo 141, esto es, por haber conocido del proceso en primera instancia.

Efectivamente al examinarse el expediente se observa que la Dra PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO fungió en primera instancia como Juez Segunda Laboral del Circuito en Riohacha, así se encuentra configurada la causal.

En consecuencia se ordena:

Aceptar el impedimento que plantea la Dra PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, según el artículo 141 numeral 2do.

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 01 de abril y el 24 de septiembre del mismo año, fecha en que terminó el vínculo por despido indirecto; que se omitió pagarle conceptos laborales como trabajo suplementario y no se incluyó como factor salarial de liquidación el bono técnico de \$315.000 y el auxilio de manutención de \$204.000 que afirma percibió de manera habitual; consecuentemente que se ordene: “la indemnización plena u ordinaria por los daños y perjuicios causados en razón del despido indirecto y en subsidio el pago de indemnización por despido injusto”; la reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones; indemnización moratoria; actualización de las sumas, costas procesales y condena ultra y extra petita.

Como sustento de sus pretensiones señaló que suscribió un contrato de trabajo por obra o labor con la demandada, con fecha de inicio 01 de abril de 2016 al 24 de septiembre del mismo año consistente en la operación y mantenimiento del gasoducto transcaribeño “Antonio Ricaurte” de interconexión binacional Venezuela- Colombia; que como contraprestación percibió un salario base de \$3.324.000 y un salario promedio no inferior a \$3.843.000; que durante la ejecución de su labor realizó jornadas de trabajo dominical y festivo sin que le fuera remunerado; que en desarrollo del contrato de trabajo percibió el pago de un bono técnico por valor de \$315.000 y un auxilio de manutención por \$204.000 de manera habitual; que en ejercicio de su labor se presentó un altercado con el ingeniero jefe de la demandada, señor DIEGO NIÑO, quien afirmó lo trató de forma “desobligante y déspota”, que con base en lo precedente, presentó carta motivada de renuncia el día 24 de septiembre de 2016 y que al momento de la liquidación definitiva del contrato, la demandada no tuvo en cuenta ninguno de los factores salariales o de liquidación trabajados por el actor.

1.1. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada dio respuesta señalando que la terminación del contrato de trabajo se dio por vencimiento del contrato de obra o labor contratada con la empresa CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED y en virtud de lo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre SEPECOL LTDA y SINTRACARBON.

Afirmó que el último salario devengado lo fue el mínimo legal vigente y que el servicio de transporte fue suministrado a los ex trabajadores de manera gratuita por parte de SEPECOL LTDA durante toda la relación laboral.

Igualmente que la empresa incluyó como factor salarial, liquidó y canceló el auxilio de transporte en la liquidación de cesantías durante toda la relación laboral y además les canceló al término del contrato una reliquidación de prestaciones sociales, que incluye el valor del auxilio de transporte dejado de liquidar.

Finalmente señaló que no la empresa empleadora no realizó descuentos ilegales a los actores, por cuanto las deducciones que alegan fueron debidamente autorizadas por

los mismos con cargo a la nómina de SEPECOL LTDA, consistente en una protección exequial de ellos y su grupo familiar.

Se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones: inexistencia de las obligaciones, pago de las obligaciones laborales, buena fe en el pago de las obligaciones laborales, buena fe, cobro de lo no debido, prescripciones de prestaciones sociales, prescripción de la sanción contemplada en el artículo 99 inciso 3 de la Ley 50 de 1990, prescripción de intereses a las cesantías, prescripción de intereses de cesantías, prescripción de primas de servicios, prescripción de auxilio de transporte, prescripción de reembolsos de dineros y compensación.

1.2. LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO.

El A quo, mediante providencia del 26 de septiembre de 2019, resolvió ABSOLVER a la demandada, por la totalidad de condenas peticionadas en la demanda.

Para arribar a dicha conclusión precisó que no es posible realizar la liquidación de horas extras pretendidas en tanto no fueron allegadas pruebas sobre la fecha en que se causaron, siendo improbable fijarlas con base en suposiciones o conjeturas.

Respecto a la reliquidación prestacional por falta de cálculo de las bonificaciones canceladas al trabajador señaló que, dicha pretensión debía desestimarse con base en lo señalado en el artículo 128 del CST, y complementó indicando que el pacto de exclusión allí previsto podía darse de manera escrita o verbal, como a su juicio, ocurrió en el caso concreto.

Con relación a la pretensión encaminada a obtener sanción derivada del despido indirecto, manifestó que si bien en la carta de renuncia presentada al empleador por parte del trabajador éste indicó su inconformidad al respecto, con todo, no siguió el procedimiento establecido en la Ley 1010 de 2006, y complementó señalando que el trabajador debió acudir a tal trámite y no al ordinario laboral, el cual caducó por “cuanto los hechos se presentaron 1 año con posterioridad a incoarse la demanda laboral”.

APELACIÓN

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

Interpongo recurso de apelación contra el fallo que se acaba de proferir en los siguientes términos con la finalidad de que el Superior funcional la sala de decisión laboral del Tribunal de Riohacha se sirva disponer la revocatoria absoluta del mismo y se acceda a las pretensiones de mi cliente bajo las siguientes premisas:

Lo primero está relacionado con la terminación del contrato de trabajo; ha habido una distracción también provocada por la parte demandada en cuanto a que la discusión

se concentró en alegar en si hubo un acoso laboral, y en efecto si se analizan los hechos de la demanda, aquí estamos diciendo que hubo unas actuaciones de maltrato, ofensas que se le hicieron al trabajador, y de ninguna manera se ha hecho un planteamiento desde la perspectiva de la Ley 1010, no se hizo un planteamiento en esos términos y está previsto en el artículo séptimo del decreto 2351 de 1965 entre otras causas de la terminación del contrato, el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones graves del empleador, está prohibido el maltrato físico y moral contra el trabajador, está previsto como justa causa de terminación del contrato esa causal.

Se le ha reprochado dentro del proceso que mi cliente no expuso los motivos en los términos del artículo 66 del CST, cuando quiera el demandante es claro y contundente en señalar con la comunicación, que el motivo está relacionado con la forma en que fue tratado por parte del señor NIÑO, de manera déspota y ofensiva delante de todos los compañeros de trabajo, él hace énfasis en ese punto y dentro de las pruebas del proceso, tanto en la demanda, en la contestación de la demanda y en las pruebas que se practicaron esta mañana, en los testimonios está absolutamente probado, establecido que este comportamiento se produjo, que es de reproche se produjo en una reunión de trabajo, entonces es claro que él expuso la razones y motivo que es un maltrato laboral, el maltrato déspota y ofensivo en la reuniones de obra específicamente la que se dio el día 23 y 24 de septiembre sobre lo cual hay pronunciamiento expreso en la contestación de la demanda tal como se dijo en los alegatos, justamente al pronunciarse la parte demandada sobre el hecho undécimo y sobre el hecho decimocuarto, hay allí afirmaciones que hace la parte demandada donde reconoce no solamente los términos en que el ingeniero NIÑO se dirigió al demandante sino también la forma que dio lugar a que el demandante se considerara maltratado desde el punto de vista psicológico o moral, o como se quiera denominar en razón a que el ingeniero lo puso en duda y dijo que estaba saboteando el trabajo; en esos términos está claramente establecida la causa o motivo de la terminación del contrato para el despido indirecto, dejando claro que de manera alguna se ha hecho alusión dentro del cuerpo de la demanda del término acoso laboral, pues la fundamentación jurídica presentada en la demanda, estaba fundamentada en el artículo 7 del Decreto 1051 del 65 que hace referencia a las justas causas para la terminación del contrato, existe una justa causa de carácter legal y los motivos o los hechos son los que acabo de decir; en este sentido está establecido, al menos planteado procesalmente la razón por la cual mi cliente dio por terminado el contrato por la llamada vía indirecta.

Tengo conformidad en el fallo en cuanto a la absolución relacionado con horas extra, dominicales y festivos en tanto no hubo posibilidad procesal, probatoria de establecerlo y en eso tengo conformidad, pero en este preciso momento difiero en lo que tiene que ver con las pretensiones relacionadas indirecta y directamente con la reliquidación de la liquidación del contrato de trabajo, prestaciones, vacaciones en razón de que no se computó, no se tuvo como factor de salario el bono técnico de \$315.000 y el auxilio de manutención; el fundamento en que fundamento en que hay un graso error de la providencia que ha sido notificada, es que efectivamente el artículo 128 del código sustantivo de trabajo dice que no reconsidera salario y a renglón seguido la norma establece otros aspectos que no considera salario: las prestaciones sociales de que trata los títulos 7,8 y 9 y dice: la corte declaró exequible, ni los beneficios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente o acordados de forma g

cuando las partes han dispuesto expresamente que no constituyen salario, tales como subsidio de alimentación, habitación, vestuario, primas extralegales, de navidad, etc.

Señores magistrados ustedes que van a conocer de la apelación ¿dónde está probado en el proceso que hubo un acuerdo expreso verbal o escrito entre el trabajador y la empresa frente a esto? aquí hubo un testimonio muy genérico que en manera alguna, el señor ha dicho la circunstancia de modo tiempo y lugar que haya presenciado que puntual y textualmente el señor Gutiérrez haya pactado expresamente con la empresa que esos conceptos no son salario; por consiguiente si bien es cierto como lo anotó el colega que la norma no hace referencia, que debe estar, por escrito, eso es cierto, también lo es, que la expresión de ser expresamente, tiene un significado puntual y concreto y es determinante en el sentido de que debe determinarse dentro del proceso, en qué momento se produjo ese acuerdo explícito; ahora el hecho que el trabajador sea ingeniero, mal puede una sentencia laboral perder el norte de los principios de interpretación de la norma laboral, la cual es proteccionista; de manera alguna el hecho de que mi cliente haya dicho que su sueldo era de \$3.000.000 y más no implica una confesión porque él no conoce el concepto jurídico de lo que implica un bono técnico o por alimentos, cuando a él le preguntan cuál era su sueldo dijo \$3.000.000 y pico, pero la discusión que está centrada él no está llamado a decir yo admito o acepto, eso en ninguna parte ha aparecido, que yo pacté que esos dos conceptos no eran salario, él no dijo eso;

A través del principio de la favorabilidad, de la condición más beneficiosa y el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales, a mi juicio, el entendimiento que debe darse es que a falta de ese acuerdo expreso, esos dos conceptos deben tenerse como factor salarial.

Si yo me voy al artículo 127, que dice que los habituales constituyen salarios; en el proceso está establecido que la empresa aportó las nóminas por todo el periodo que laboró el demandante, ahí aparece que todos los meses le pagaron estos dos conceptos, lo que quiere decir que son habituales, lo que no está probados en el proceso, es de qué manera se pactó que no era factor salarial.

La flexibilidad que pacto la Ley 50 y normas posteriores en relación a los pagos que se le hacían al trabajador es muy precisa al señalar, en el artículo 128 que si no hay una vocación explícita y expresa de manera clara y contundente del trabajador y la empresa de excluir ese beneficio, no puede ser que se sacrifique el principio de la favorabilidad y el principio de la irrenunciabilidad de los derechos, para desconocerle el reajuste que estamos solicitando en esta demandada.

Adicionalmente como se dijo en esta mañana, la empresa lo aporta y no lo aporta para que no produzca ningún efecto de la empresa, cuando la empresa se defiende aporta el reglamento interno de trabajo que cuestionamos desde el punto de vista por la falta de solemnidad para acreditar la vigencia y la validez de ese documento, no se trata de un ataque porque yo no puedo tachar ese documento, porque el documento no proviene de mi cliente, es un documento que aporta la empresa apócrifo que no acreditó si era de antes de la ley 1429 de 2010 o si era con posteridad de esa ley; de manera que no acreditó la legalidad y la vigencia o la formalidad de la vigencia de ese documento interno de trabajo, cuando la empresa lo aporta, que no lo aporta simplemente para aportarlo porque pareciera que simplemente ese documento se

aportó y listo, sobre cual no hay ninguna discusión, no, se presenta para oponerse a la pretensiones nuestras y se está oponiendo de qué manera? Se está diciendo que tiene toda la validez probatoria con la finalidad de acreditar que a través del reglamento interno de trabajo que es una extensión del contrato está pactado, el trabajador aceptó que esos dos conceptos no son factores salariales.

Pero al demostrarse desde el punto de vista procesal no se sabe ni cuando lo publicaron ni aparece la circular de cuando entró en vigencia y al carecer ese documento nos vamos al interrogatorio de parte, quien manifestó que es nueva, que desconoce algunas cosas, lo cual va en contravía del 198 del CGP, porque debe tener conocimiento absoluto de los hechos y pretensiones de la demanda.

Nos queda el interrogatorio de parte, de ninguna manera dijo cómo se pactaron las condiciones de trabajo.

Así las cosas, no está demostrado que el trabajador hubiere pactado que esos dos conceptos no eran salariales, y en manera alguna puede entenderse que el trabajador confesó que los conceptos alegados fueron pactados como exclusión salarial.

En estos términos debe producirse una revocatoria del fallo, para concluir que sí hubo un despido indirecto de acuerdo a las previsiones del artículo 65 del CPT y SS; en segundo lugar se debe declarar que el bono técnico y alimentación son factor de liquidación que la empresa no tuvo en cuenta al momento de liquidar las prestaciones por ende debe nombrarse liquidación de prestaciones sociales y que se proceda a reliquidarlas y como sanción accesoria, en razón a la mala fe, imponer la sanción moratoria del artículo 65 porque no hizo el pago de la totalidad de las acreencias debidas al momento de la terminación del contrato.

Así mismo que se imponga condenas por costas procesales y agencias en derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

PARTE DEMANDANTE:

Se pronunció así:

*“(..)**está probado dentro del expediente (a)** que el demandante fue trabajador dependiente de la demandada entre el 1º de abril de 2016 y el 24 de septiembre del mismo año. (Ver folios 26 a 34, 45, entre otros); **(b)** que el vínculo laboral se rigió por un Contrato [por Duración] de la Obra o Labor [Contratada]. (Ver folio 26); **(c)** que la terminación del contrato de trabajo se produjo mediante carta debidamente motivada por el demandante (ver folio 44), por cuya narración de lo acontecido [los días 23 y 24 de septiembre de 2016], registrada entre los hechos 10 y 16 del libelo demandador (ver folio 10) y contrastada con las respuestas que dio la demandada (ver folios 65 a 714), con las admitió tales hechos como ciertos o parcialmente ciertos, se advierte que, en efecto, se produjeron las circunstancias de tiempo, modo y lugar que originaron el despido indirecto de que aquel fue víctima y cuya declaratoria deprecamos; y, **(d)** que señor **Ramiro Ferreira** (ver el video de la Audiencia de Pruebas, realizada el 26/09/2019, a partir del minuto 09:52:30), único testimonio rendido en el plenario, cuando el apoderado de esta le preguntó (ver minutos 09:54:24 a 09:54:45 del video en mención): “Ehhhh...., señor Ramiro, por favor, eh, cuénteles al Despacho, pues de manera más detallada que pueda, por favor, en todo lo relacionado sobre lo que sepa y le conste acerca de*

la terminación del contrato de trabajo de Rafael Gutiérrez”, contestó: “Bueno...., eh, a raíz de una reunión de obra que se efectuaban diariamente, inicialmente, después se trasladó a hacerlo semanalmente, hubo una discusión como en todas las reuniones, (...). Y para mí, eh, lo que pasó en esa reunión que hace mención Rafael Gutiérrez, que lo intrató (sic) el señor Niño, pues eso pasaba...., eso lo hacían, hasta se jugaban, mamando gallo, cosas y después yo lo vi como algo normal; inclusive, ambos fueron a mi Despacho, Rafael Gutiérrez fue a mi Despacho a decirme que había recibido mal trato de Niño. Después yo llamé a Niño, me dijo que era un asunto de..., de..., de..... digamos de temas y de palabras de la reunión de obras, es más, yo le dije “hombre, pero arreglen ese..., tema..., ese chico y pónganse a trabajar, eso pasó ahí. Después el día eh, como a los dos días se presentó Rafael con la carta, que él no podía seguir porque no iba a estar bajo esa presión con ese señor. Eso fue lo que pasó.” (El resaltado es propio).

Es decir, conforme a las pruebas reseñadas en precedencia, están demostrados los supuestos correspondientes al despido indirecto, por lo que resulta legalmente procedente declararlo así, revocar la decisión de la Juez A-Quo en lo pertinente, y condenar a la parte demandada al pago de la correspondiente indemnización por despido indirecto de quien ostentó un contrato por duración de la obra o labor (...)

(...)no se pretendió que la Justicia Ordinaria Laboral declarara que el actor fue víctima de acoso laboral, sino de un acto de violencia o malos tratamientos por parte de su empleadora, tal como está tipificado en el numeral 2. del literal b) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), subrogado por el artículo 7º del D. L. 2351 de 1965. En consecuencia, la primera instancia inaplicó indebidamente la Ley 1010 de 2006, que es una norma ajena al caso que nos ocupa, lo cual la llevó a incurrir en el error jurídico procesal de declarar que caducó la acción de mi cliente, en la medida que -reitero enfáticamente- se ubicó en dicha Ley 1010 y no en las justas causas para terminar el contrato de trabajo por parte del trabajador (en la modalidad de despido indirecto) de que trata el D. L. 2351 de 1965, en su artículo 7º. **(Ver a partir del minuto 15:18:45 del video de la Audiencia de Juzgamiento del 26/09/2019).** Sin embargo, en cualquier caso, vale considerar que la Juez A-Quo habría dado por establecido que los hechos de violencia alegados por mi cliente como constitutivos de justa causa para haber terminado su contrato (despido indirecto) “si ocurrieron”, solo que en su criterio no hubo lugar a la prosperidad de esta pretensión debido a que, según la valoración que hizo, “caducó” la acción por acoso laboral

(...)En cuanto al segundo punto materia de debate, esto es, si el Bono Técnico de \$315.000 y el Auxilio de Manutención de \$204.000 que el demandante recibió “periódicamente” durante la vigencia de su contrato como bonificaciones o pagos habituales son o no factores salariales o de liquidación **(ver folios 35 a 40 y 126 a 136)**, también me remito a las razones que expuse en la apelación de la sentencia materia de este ataque. En todo caso, adicionalmente, desde ya, resulta conveniente para los derechos e intereses de mi asistido traer a colación la Sentencia SL1798-2018, dictada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 16 de mayo de aquel año, con Ponencia de la Magistrada, Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cuyos aspectos relevantes para lo que aquí nos interesa

(...) para que “determinados” conceptos económicos se tengan como no salariales o como factores de liquidación dentro de la relación laboral, es requisito *sine qua non* que medie un **acuerdo** entre el empleador y el trabajador de carácter **expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija**, sin importar a que sea verbal o escrito. En el presente caso, la parte

demandada **no probó la existencia de ese acuerdo**, pues, incluso, tal como erradamente lo apreció la Juez A-Quo, tanto la Representante Legal como el único testimonio que se recibió en el plenario, coincidieron en que en la empresa “se socializaba”, “verbalmente” que el pago de los Bonos Técnicos y el Auxilio de Manutención no constituían factores de liquidación. Mejor dicho, estos declarantes, “fuera de contexto” y sin exponer las razones de sus dichos y de manera “generalizada”, sin referirse puntual y concretamente al demandante hablaron de esa supuesta actuación de la demandada, **sin precisar quién lo hizo, cuándo, cómo y dónde. En todo caso, ello se habría tratado de una actuación “unilateral” y no “bilateral y “consensual”.** En manera alguna quedó probado las circunstancias de tiempo, modo y lugar bajo las cuales entre la demandada y mi cliente se produjo tal acuerdo expreso, claro, preciso y detallado de excluir dichos bonos Técnico y de Manutención como factor de liquidación.

(...)

Reglamento Interno de Trabajo, visible entre los folios 139 y 194, no es más que la compilación “apócrifa” de un articulado carente de fecha de elaboración y publicación, sin la prueba de su aprobación, del que nada se supo en el proceso de cuándo entró en vigencia, esto es, si fue antes o después de la Ley 1429 de 2010. Por consiguiente, **esta documental arrimada al plenario es inane**, por un lado, acorde con el artículo 269 del CGP, ni mi cliente ni el suscrito podíamos “tacharla de falsa”, tal como lo exigió el apoderado de la demandada; y, por el otro, tampoco puede o debe ser apreciada como prueba para ningún efecto legal-procesal en el presente caso. En consecuencia, no cabe la menor duda que, **en relación con el pago habitual y periódico de los Bonos Extralegales en comento, la demandada no probó que estos hubieran sido pactados entre las partes en litigio bajo los parámetros jurisprudenciales transcritos en precedencia”.**

*Finalmente censuró la actitud de la Juez del proceso, así “basta chequear, por ejemplo, la actitud que registró a partir de los minutos **09:24:07 y 10:09:15 y siguientes del video de la audiencia de práctica de pruebas**, entre otros momentos, en la que se le aprecia alterada, emotiva y prejuizando, lo cual tuvo grave incidencia en la concentración y el deber de respeto y decoro que como Profesional del Derecho estoy obligado a observar ante la Majestad de la Justicia”. Lo que a su juicio limitó el pleno ejercicio de su derecho a la defensa.*

Y respecto de su contraparte, precisó “apréciese la actitud temeraria, sugestiva y poco decorosa, para decir lo menos, que observó “desde cuando apenas estuve formulado la primera pregunta del interrogatorio de parte”. Es más, ni siquiera había terminado de formularla cuando abruptamente interrumpió mi intervención (**ver los minutos 09:24:07 y 10:09:15 y siguientes del video de la audiencia de práctica de pruebas**), y, a partir de entonces, contó con el respaldo de la Funcionaria en esa misma línea, con lo cual -repito- se violentaron, además del Principio de la Imparcialidad (...)

2. CONSIDERACIONES.

Se encuentran reunidos los presupuestos para resolver de fondo la apelación interpuesta por el apoderado judicial del demandante, 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 entre las partes existió un acuerdo verbal de exclusión de factor salarial de los conceptos alegados por la pasiva como tal, y si consecuentemente resultó acertada la decisión de negar la reliquidación prestacional pretendida; de revocarse la decisión en este sentido, se deberá estudiar si procede la indemnización moratoria por pago deficitario de prestaciones sociales.

De otra parte, en el caso concreto ha de analizarse si resultó acertada la decisión de primera instancia al negar el despido indirecto alegado y si en efecto lo pretendido por el actor correspondía a un trámite por acoso laboral.

DE 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 pacto**¹.

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

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

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 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 pruebas, que en lo relevante se sintetizan así:

Certificados de nómina desde el 01 de abril de 2016 al 15 de septiembre de 2016, en virtud de los cuáles se observa el pago habitual de los conceptos: “prima técnica no salarial y auxilio no salarial de manutención (FIs 126-136).

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 voces de lo expuesto por la jurisprudencia nacional cuando se trate de dineros cuyo factor es extralegal, deben tener una destinación, 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 era autónomo en emplear esos recursos para 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 dada a los rubros entregados era la alegada por la empresa, sin embargo dicha tesis se derriba en tanto tales recursos podían ser empleados de acuerdo a como lo estimara pertinente el actor, es decir, la sola enunciación de los dineros bajo el rótulo de prima técnica no salarial y auxilio no salarial de manutención, no implica que en realidad fueran invertidos en función del nombre otorgado, pues la carga de probar tal

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

circunstancia recaía en cabeza del empleador, no obstante ello no ocurrió **y por ende se procederá a modificar la sentencia en este sentido.**

Para sustentar lo dicho 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.

Así y siendo que el empleador no demostró que los rubros bajo el rótulo de extralegales cancelados, 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 modificarse la decisión de primera instancia adoptada en este sentido, y en su lugar se condena a la pasiva a cancelar los siguientes emolumentos, que deberán ser debidamente indexados:

DINERO DEJADO DE COMPUTAR	PERÍODO: DEL 01 DE ABRIL AL 24 DE SEPTIEMBRE DE 2016	CESANTIAS	INTERESES A LAS CESANTÍAS	PRIMA DE SERVICIOS	VACACIONES	TOTAL
\$5.536.000	144	\$2.214.400	\$106.291,2	\$2.214.400	\$1.107.200	\$5.642.291,2

DEL FENÓMENO PRESCRIPTIVO.

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

Con base en las disposiciones del artículo 151 del CPT y SS y 489 del CST, se tiene que entre el instante en que feneció la relación laboral (24 de septiembre de 2016: extremo final aceptado por la pasiva al momento de dar contestación a la demanda) y la fecha de presentación de la demanda que ocurrió el 21 de septiembre de 2017, no transcurrió un lapso superior a 1 año, razón por la que no se materializó el fenómeno prescriptivo.

SOBRE LA SOLICITUD DE PAGO 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)).

Sobre el punto ha de señalarse que a consideración de esta Sala, sí se advierten actuaciones que permiten entrever la buena fe de la pasiva, pues confiaba en que su actuar se enmarcaba dentro de los lineamientos legales, ello es así y resáltese que el testigo traído a juicio señor RAMIRO FERREIRA, señaló que los trabajadores conocían de antemano las condiciones laborales, pues previo a “iniciar sus labores” les socializaban verbalmente el contrato, haciendo referencia a las condiciones salariales.

Aunado a lo anterior, se tiene que en el reglamento interno de trabajo, arrimado al plenario, se advierte que allí se estipuló como pacto de exclusión salarial dichas bonificaciones; así 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.

Así las cosas, 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 hoy son 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 los emolumentos (prima extralegal y auxilio extralegal de manutención) enunciados obedecieron al pago de conceptos distintos a remunerar el servicio prestado del demandante, sí se advierte que con el pacto de desalarización efectuado en el reglamento interno (FI 148) creyó estar actuando conforme a Ley.

Resáltese que si bien la parte demandante pretende desacreditar el reglamento interno de trabajo arrimado al expediente por considerar que el mismo no tiene fecha de vigencia, esto es, que no existe prueba de su aplicación para el momento de existencia

del vínculo laboral entre las partes, ha de decirse que se desestiman las manifestaciones del apelante tendientes a desacreditar la prueba relativa al reglamento interno de trabajo, pues contaba con las oportunidades procesales pertinentes para derruir la fuerza probatoria del documento y no obstante ello, en dicho instante asumió una actitud pasiva, por consiguiente, se desacredita su argumentación en este sentido.

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, indefectiblemente ha de concluirse que la intención de la demandada es realizar una conducta contraria a Ley de manera reiterada.

DEL DESPIDO INDIRECTO.

Inicialmente resáltese que en efecto, se advierte un indebido análisis de las pretensiones de la demanda por parte del A quo, toda vez que, en ningún acápite de la misma se alegó la materialización de un acoso laboral; sin embargo, igualmente se torna improcedente derivar las consecuencias propias de la declaratoria de un despido indirecto por las razones que pasan a exponerse.

A folio 106 del expediente obra documento suscrito por el actor, mediante el cual “dio por terminado su contrato de trabajo a partir del 24 de septiembre de 2016, por sentirse amenazado en su integridad personal”, como sustento de su manifestación señaló que el señor DIEGO NIÑO, “lo trató de manera déspota y ofensiva en las reuniones de obra y delante de todos los compañeros de trabajo”, lo que consideró un “menosprecio a su condición de trabajador y persona”.

Al respecto ha de señalarse que si bien como lo afirma la parte demandante en su recurso, la pasiva reconoció conocer la materialización de un presunto altercado entre el demandante y el señor DIEGO NIÑO adscrito a la empresa demandada, pues incluso así fue manifestado por la representante legal de la empresa demandada, quien señaló que la discrepancia obedeció a una diferencia de opiniones respecto de la definición de horarios laborales, lo cierto es que ello no implica *per se*, que se haya aceptado por parte de la pasiva que en efecto su empleado, señor DIEGO NIÑO, excedió las funciones de su cargo y en representación de la empresa realizó actos que soslayaran la dignidad humana del trabajador demandante, esto es, no existe confesión por parte de la demandada tendiente a señalar que en efecto el motivo de la renuncia del actor obedeció al menoscabo de sus derechos fundamentales como trabajador, y en contravía de su integridad psicológica y/o moral, pues incluso tal hecho fue igualmente negado con el documento obrante a folios 85-86 del plenario; así, la circunstancia alegada por el actor, debía ser probada por éste, pues tratándose del despido indirecto, la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole probar la causa al trabajador; ello ha sido expuesto por la jurisprudencia nacional, entre otras en la sentencia CSJ SL14877-2016.

Sustento de lo expuesto se sintetiza en la sentencia de la Corte suprema de justicia radicado 42919 del 10 de octubre de 2019 con ponencia del magistrado Gerardo Botero así:

«En cuanto a la indemnización por despido indirecto, debe recordarse que de manera pacífica esta Sala ha sostenido, que cuando es el trabajador quien da por terminado el contrato de trabajo aduciendo una justa causa imputable al empleador, atribuyéndole el incumplimiento sistemático de sus obligaciones, es la parte actora quien tiene la carga probatoria de demostrar ante el juez del trabajo, que efectivamente los hechos generadores del finiquito contractual ocurrieron.»

Aunado a lo anterior se tiene que el artículo 62 del código sustantivo del trabajo señala las justas causas por las que el trabajador puede terminar el contrato de trabajo, y en su numeral 10 , literal b prevé:

“El incumplimiento sistemático sin razones válidas por parte del {empleador}, de sus obligaciones convencionales o legales.”, incumplimiento sistemático que no se avizora en el material probatorio obrante en el plenario.

Con base en lo expuesto, no se advierte de las probanzas allegadas al plenario, que se haya probado efectivamente la causa alegada por el trabajador como despido indirecto y por ende se confirmará la sentencia en este sentido.

Condenar a la demandada a las costas en ambas instancias.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Riohacha, en sentencia del 26 de Septiembre de 2020, para en su lugar CONDENAR a la demandada al pago de reliquidación prestacional y por vacaciones en los siguientes montos así:

DINERO DEJADO DE COMPUTAR	PERÍODO: DEL 01 DE ABRIL AL 24 DE SEPTIEMBRE DE 2016	CESANTIAS	INTERESES A LAS CESANTÍAS	PRIMA DE SERVICIOS	VACACIONES	TOTAL
\$5.536.000	144	\$2.214.400	\$106.291,2	\$2.214.400	\$1.107.200	\$5.642.291,2

Las anteriores sumas deberán ser indexadas.

SEGUNDO: ABSOLVER a la pasiva de las pretensiones restantes.

TERCERO: CONDENAR en COSTAS en ambas instancias a la demandada. En la liquidación que habrá de realizar la Primera Instancia en forma concentrada se incluirán como agencias en derecho la suma de DOS (02) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, según el contenido del numeral 1º del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016, a cargo de cada una de ellas.

CUARTO: El presente fallo queda legalmente notificado en estrado a las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

APROBADO
CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado Ponente

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada (Con impedimento)

APROBADO el día 28 de septiembre de 2020
JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado

Sentencia verificada a las 08:00 a.m. del 28 de septiembre de 2020- suscriptor del servicio Carlos Villamizar. Documento cifrado con clave de seguridad.