

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA

Magistrado Ponente

Valledupar, Cesar, diez (10) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Referencia: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ORLANDO RAFAEL GOMEZ ESPAÑA
Demandado: DIMANTEC LTDA
Radicación: 201783105001 **2018 00084 01**
Decisión: CONFIRMA SENTENCIA

SENTENCIA

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Chiriguaná, el 9 de agosto de 2019.

I. ANTECEDENTES

Orlando Rafael Gómez España, a través de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral en contra de la sociedad Dimantec Ltda., para que se declare la existencia de un contrato de trabajo que inició el 13 de abril de 2011 y terminó el 10 de junio de 2015, y como consecuencia de ello se condene al pago de la indemnización por despido injusto, la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, al haberse liquidado con un salario inferior al realmente devengado, así como al pago de la sanción moratoria por el pago incompleto de prestaciones sociales y las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 13 de abril de 2011 suscribió con la empresa TEC Solutions Ltda, la que a su vez fue absorbida por Dimantec Ltda.

Contó que siempre laboró como almacenista, de manera personal, subordinada e ininterrumpida hasta el 10 de junio de 2015, cuando la empresa lo despidió alegando una justa causa.

Refirió que el salario pagado era “*variable constaba de un básico de \$857.296, promedio de horas extras de \$492.112 y un auxilio de sostenimiento y transporte por valor de \$1.299.178*”.

Adujo que, al momento de liquidar las prestaciones sociales y vacaciones, la demandada no tuvo como factor salarial la suma pagada por concepto de “*auxilio de sostenimiento y de transporte*”.

Al dar respuesta a la demanda, **Dimantec Ltda**, aceptó lo relacionado al contrato de trabajo, su modalidad y extremos temporales, negando que la pagada mensualmente como “*auxilio de sostenimiento y de transporte*” constituyera salario, por cuanto este se pagaba para cubrir gastos de alimentación, lavandería, medicamentos, llamadas telefónicas, transporte y vivienda y se pactó como no constitutivo de salario en las políticas extralegales de beneficios y en la convención colectiva de trabajo, por lo que no estaba destinado a enriquecer al trabajador.

Para enervar las prestaciones de la demanda, propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó “*cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación*”, “*improcedencia de la reliquidación de las cesantías e intereses, primas de servicios y vacaciones solicitadas por el actor*”, “*inexistencia de la obligación de cancelar indemnización moratoria*” “*buena fe*”, “*pago*”, “*cobro de lo no debido*”, “*prescripción*” y “*compensación*”.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Chiriguaná, mediante sentencia de 9 de agosto de 2019, resolvió:

“PRIMERO: *declárese que entre la empresa Dimantec Ltda, identificada con nit 800.066.192-2, representada legalmente por Álvaro Popero Prada o quien haga sus veces, y el demandante Orlando Rafael Gómez España, existió un contrato de trabajo desde el 13 de abril de 2011 hasta el 10 de junio de 2015.*

SEGUNDO. *Declárese ineficaz el acuerdo de exclusión salarial suscrito entre el demandante Orlando Rafael Gómez España y la empresa demandada Dimantec Ltda.*

TERCERO. *Condénese a la empresa Dimantec ltda, identificada con nit800.066.199-2 representada legalmente por Álvaro Ropero Prada, o quien haga sus veces, a pagarle al demandante Orlando Rafael Gómez España, la suma de \$13.955.307 m/cte., por concepto de reliquidación de prestaciones sociales. indéxese este valor al momento de su pago.*

CUARTO. *condénese a la empresa Dimantec Ltda, representada legalmente por Álvaro Ropero Prada, o quien haga sus veces, a pagarle al señor orlando Rafael Gómez España, la suma de \$77.632.560 m/cte., por concepto de sanción por la no consignación completa de las cesantías en un fondo.*

QUINTO. *condénese a la empresa Dimantec Ltda, representada legalmente por Álvaro Ropero Prada, o quien haga sus veces, a pagarle al señor Orlando Rafael Gómez España, la suma de \$71.882 m/cte., diarios por cada día de retardo a partir del 11 de junio de 2015 hasta por 24 meses. a partir de la iniciación del mes 25 pagará intereses moratorios a la tasa máxima legal vigente.*

SEXTO. *absuélvase a la empresa Diamntec Ltda, identificada con nit 800.066.192-2, representada legalmente por Álvaro Ropero Prada, o quien haga sus veces, de las demás pretensiones invocadas por el demandante Orlando Rafael Gómez España.*

SÉPTIMO. *declárense no probadas parcialmente las excepciones de fondo propuestas por la empresa demandada. exclusive la de prescripción, que se declara no probada.*

OCTAVO. *condénese en costas a cargo de la demandada Dimantec Ltda, identificada con nit 800.066.192-2, representada legalmente por Alvaro Ropero Prada, o quien haga sus veces. por secretaria líquidense las costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$10.034.003 m/cte. las partes quedan legalmente notificadas en estrados”.*

Para llegar a esa conclusión, la a quo adujo que, al no existir controversia en la existencia del contrato de trabajo, su modalidad y extremos temporales, se hace procedente su declaración.

En cuanto a la reliquidación de prestaciones sociales, encontró que en efecto al trabajador además del salario básico mensual se le cancelaba por concepto de bonificación por concepto de auxilio de sostenimiento y transporte el cual era muy superior al salario básico pagado lo que lo hace constitutivo de salario.

En virtud de lo anterior, ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones pagadas al actor. Y al no haberse pagado estos de manera completa a la terminación del contrato de trabajo, condenó a la demandada al pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST y por la no consignación de las cesantías a un fondo.

Finalmente absolvió a la encartada del pago de las restantes pretensiones.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con esa decisión la apoderada judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación solicitado la revocatoria en lo que respecta a las condenas impuestas, alegando para ello que el auxilio de sostenimiento y transporte pagado mensualmente al actor no tenía un carácter salarial, por cuanto en la convención colectiva como en el contrato de trabajo se dispuso como una herramienta de trabajo por lo que no era retributiva del servicio, además que se pactó que el mismo no constituía salario ni iba dirigido a enriquecer el patrimonio del trabajador sino para que el trabajador lo empleara para el uso de vivienda, medicamentos, llamadas telefónicas, lavandería, y alimentación.

Expuso además que debe ser absuelta del pago de la sanción moratoria en tanto que su actuar siempre estuvo revestida de buena fe.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De los antecedentes planteados, conforme a los claros términos de los recursos de apelación, se tiene que, los problemas jurídicos puestos a consideración de esta Sala, se contraen a determinar **i)** si la suma mensual pagada al actor por concepto de “*auxilio de sostenimiento y transporte*”, constituye o no factor salarial para liquidar los derechos laborales que le pertenecen **y ii)** si se dan las exigencias fácticas, legales, jurisprudenciales y probatorias para condenar o no a la demandada a pagarle a Orlando Rafael Gómez España la sanción moratoria.

No hace parte del debate probatorio en esta instancia, por haber sido declarados en la primera instancia y no ser objeto de reparos que entre Orlando Rafael Gómez España y Dimantec Ltda, existió un contrato de trabajo a termino indefinido que inició el 13 de abril de 2011 y terminó el 10 de junio de 2015, no que en el ultimo año de servicios prestado al actor se le pagaba un salario básico en la suma de \$857.296, mas un promedio de horas extras de \$492.112 y un auxilio de sostenimiento y transporte de \$1.299.178.

1. De la naturaleza salarial del “*auxilio de sostenimiento y transporte*”, pagada mensualmente al trabajador.

Para resolver sobre el tema que causa controversia, sirve de marco legal el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra que constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino **todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte** como primas, sobresueldo, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones.

Asimismo, el Artículo 128 ibidem prescribe que:

“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.”

De las normas sustanciales referidas, se desprende entonces que, por regla general, todos los pagos recibidos por el trabajador por su actividad subordinada son salario, a menos que:

1. Se trate de prestaciones sociales
2. Sean 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
3. Se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador
4. Los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen un 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
5. 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.

De suerte que, al trabajador le basta con demostrar que el pago era realizado por su empleador de manera constante y habitual, y a éste, con el fin de no quedar compelido a asumir los efectos jurídicos que le son propios a un estipendio de esta naturaleza, **deberá demostrar que esos pagos**

estaban dirigidos a otro propósito, menos la retribución directa del servicio¹.

En consecuencia, las prestaciones sociales se deben liquidar sobre la totalidad del salario, incluyendo todos los conceptos contemplados en el artículo 127 de código sustantivo del trabajo, como son las horas extras, los recargos por trabajo nocturno, los pagos por trabajo dominical o festivo, que son días de descanso remunerado, y **cualquier otro pago que remunere al trabajador**, sin considerar el nombre que las partes le hayan dado, tal y como lo tiene decantado la jurisprudencia vertical de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencias como la SL22242-2017, dijo:

“Se sigue de lo anterior, que los llamados «PL o PR EXTRA» y «PL o PR EXTRA SEMESTRAL», son, sin duda, pagos constitutivos de salario, no sólo porque la demandada reemplazó con este nombre la retribución que hacía por horas extras, recargos nocturnos y dominicales y festivos, sino adicionalmente porque en relación con ellos, no hubo un acuerdo expreso conforme al artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 15 de la Ley 50 de 1990”.

En igual sentido ese alto tribunal en sentencias como las SL12220-2017, SL5159-2018, reiteradas en la SL4342- 2020, dijo:

“Conviene recordar que es al empleador a quien corresponde demostrar la destinación específica de cada pago, 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 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, carga que acá no se verificó”. (Subrayado y negrilla por fuera del texto original).

En el *sub examine*, en el acápite de hechos del escrito introductorio, el promotor del debate, afirmó que “el valor del auxilio de sostenimiento y de transporte del último año laborado fue por valor de \$1.299.178, constituía

¹ SL4866-2020

salario y no se tuvo en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales durante toda la duración del contrato”.

A ese hecho la encartada respondió “No es cierto. El auxilio de sostenimiento se realizaba de manera anticipada por la empresa, y en caso en que el mismo no se causara el trabajador autorizaba expresamente para descontarlo en el próximo pago, desvirtuándose que esto era un pago salarial, toda vez que se entregaba como un anticipo para que el trabajador pagara el transporte para llegar a prestar el servicio, pagara la habitación en donde se iba a hospedar en los proyectos mineros, pagara la alimentación que debía consumir para poder prestar el servicio en los turnos asignados y que estaba en una ciudad distinta a la de su residencia...”.

Asimismo, se acreditó con los desprendibles de nómina aportados entre folios 119 a 165, que, desde el mes de junio de 2011 a mayo de 2015, al actor se le pagó una suma mensual por concepto de “auxilio de sostenimiento”, el cual variaba dependiendo la cantidad de días laborados tal y como pasa a verse:

- **Año 2011:**

Abril – cantidad 20 - \$246.900 (fº 117)
Mayo -cantidad 22 - \$271.590 (fº 118)
Junio -cantidad 20 – \$771.380 (fº 119)
Julio -cantidad 20 – \$771.380 (fº 120)
Agosto - cantidad 20 – \$771.380 (fº 121)
Septiembre -cantidad 23 - \$887.087 (fº 122)
Octubre – cantidad 20 - \$771.380 (fº 123)
Noviembre – cantidad 22 - \$848.518 (fº 124)
Diciembre - cantidad 20 – \$771.380 (fº 125)

- **Año 2012:**

Enero - cantidad 20 – \$771.380 (fº 126)
Febrero – \$1.164.084 (fº 127)
Marzo - \$1.080.155 (fº 128)
Abril - \$1.200.172 (fº 129)
Mayo - \$1.200.172 (fº 130)
Junio - \$1.200.172 (fº 131)
Julio - \$520.075 (fº 132)
Agosto - \$1.200.172 (fº 133)
Septiembre - \$1.200.172 (fº 134)
Octubre - \$1.200.172 (fº 134)
Noviembre - \$1.200.172 (fº 135)
Diciembre - \$1.160.166 (fº 137)

- **Año 2013:**

Enero - \$1.229.456 (fº 138)
Febrero - \$1.229.456 (fº 139)
Marzo - \$1.188.474 (fº 140)
Abril - \$1.129.456 (fº 141)
Mayo - \$1.129.456 (fº 142)
Junio - \$1.106.510 (fº 143)
Julio - \$1.229.456 (fº 144)
Agosto - \$1.229.456 (fº 145)
Septiembre - \$1.106.510 (fº 146)
Octubre - \$1.229.456 (fº 147)
Noviembre - \$1.229.456 (fº 148)
Diciembre - \$1.229.456 (fº 149)

- **Año 2014:**

Enero - \$1.253.307 (fº 150)
Febrero - \$543.100 (fº 151)
Marzo - \$1.253.307 (fº 152)
Abril - \$1.253.307 (fº 153)
Mayo - \$1.211.531 (fº 154)
Junio - \$1.211.531 (fº 155)
Julio - no pagado por “**suspensión -Huelga**” (fº 156)
Agosto - \$1.253.307 (fº 157)
Septiembre - \$1.253.307 (fº 158)
Octubre - \$1.253.307 (fº 159)
Noviembre - \$1.127.977 (fº 159)
Diciembre - \$1.211.531 (fº 160)

- **Año 2015:**

Enero - \$1.299.178 (fº 161)
Febrero - \$1.299.178 (fº 162)
Marzo - \$1.299.178 (fº 163)
Abril - \$303.142 (fº 164)
Mayo - \$1.299.178 (fº 165)

Entonces, al haber aceptado la demandada haber cancelado mes a mes a su entonces trabajador unas sumas por concepto de “**auxilio de sostenimiento**”, es su obligación probatoria, acreditar que la misma no fue entregada como contraprestación directa de los servicios del trabajador; sino, como lo afirma por mera liberalidad.

En la cláusula “NOVENA”, del contrato de trabajo aportado entre folios 74 a 77, las partes pactaron:

“Las partes convienen en reconocer que NINGUNO de los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados unilateralmente de forma extralegal por EL EMPLEADOR enumerados en el artículo 15 de la ley 50 de 1990, modificado por el Artículo 128 del C.S. del T., tales como alimentación, habitación o vestuario, canon pagado por concepto de arrendamiento de herramienta, incentivos como parte del programa de mejoramiento continuo, bono de localización, capacitación del empleado, auxilio educativo del empleado, seguro de protección familiar, y seguro de muerte accidental del empleado, dineros que no son cubiertos por el ISS u otra EPS, son asumidos por la Empresa cuando se presentan incapacidades por parte de los empleados, auxilios de tal naturaleza, constituye base salarial para ningún efecto y en especial para la liquidación de las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX del CST(...)”.

También se aportó a folio 83 “cláusula de auxilio de sostenimiento”, suscrita el 13 de abril de 2011, por el actor y su empleador en que se dispuso:

“Las partes acuerdan que, a partir de la fecha, EL TRABAJADOR recibirá \$ 12.345 diarios los cuales cubren los gastos en que este incurra por conceptos de lavandería, elementos de aseo, llamadas telefónicas, gastos varios como refrigerios y medicamentos única y exclusivamente mientras El Trabajador preste sus servicios en la localidad del proyecto LA LOMA (Cesar), en el cual mantiene operaciones La Empresa y mientras éstas existan.

El Auxilio de Sostenimiento, aquí establecido es temporal en cuanto que solo será devengado por el trabajador durante el tiempo que permanezca laborando en el proyecto de LA LOMA. Por tanto, dejará de recibirlo en el momento que se determine su traslado a cualquier otro lugar donde opere La Empresa.

Teniendo en cuenta que este pago se efectúa anticipadamente, en caso de no hacer uso de este anticipo durante todo el tiempo por el cual se le otorgó, EL TRABAJADOR firmante autoriza a LA EMPRESA para que el mayor valor pagado sea descontado de salario siguiente a la fecha de pago del anticipo y en caso de retiro de la liquidación final de acreencias laborales tales como, salario, cesantías, intereses de cesantías, primas, vacaciones, indemnizaciones, incentivos y cualquier otro concepto que se pague por la relación laboral.

Las partes convienen en reconocer que de acuerdo con lo establecido en el artículo 128 del código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, este auxilio de sostenimiento no constituye salario para ningún efecto

Entre folios 241 a 248, la demandada aportó convención colectiva de trabajo suscrita entre DIMANTEC Ltda y la organización sindical “SINTRAIME”, para la vigencia 1° de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2013, depositada ante el Ministerio el trabajado el 13 de febrero de 2012 (f° 240), que en su cláusula “DECIMO SEPTIMO”, se pactó:

“... A partir de la firma de la presente convención colectiva la empresa concederá como herramienta de trabajo un auxilio de sostenimiento y de transporte para todos los trabajadores cubiertos por la convención colectiva que se acojan a ella y que laboren en los proyectos mineros de la Guajira y Cesar, \$1.100.000 mensuales que cubrirá los gastos correspondientes para que el trabajador pueda trasladarse y vivir dignamente en los diferentes frentes de trabajo; y en la medida de lo posible aportando los recibidos de los pagos que por este concepto lleven a cabo los empleados... Este auxilio se incrementará para el segundo año de vigencia de la convención colectiva en el IPC certificado por el DANE al 31 de diciembre de 2012”.

Y. en el “ARTICULO TRIGESIMO”, se dispuso que las partes acuerdan que los auxilios, beneficios y primas otorgados en la presente convención colectiva de trabajo no constituyen salario para ningún efecto legal o extralegal de acuerdo a lo prescripto por el artículo 128 del CST.

Asimismo, la demandada trajo al proceso los testimonios de Bruno Campanella (*supervisor administrativo de operaciones de Dimantec desde junio de 2008*), Omar Maldonado (*supervisor de operaciones desde hace 24 años*), Ramon Romero (*almacenista en Dimantec desde octubre de 2011*) y Lisbeth María Noriega Padilla (*especialista en talento humano - nomina - Dimantec desde el año 2000*), quienes manifestaron que el auxilio de sostenimiento que se le pagaba al actor no constituía factor salarial tal y como se dispuso en el contrato de trabajo y en la convención colectiva y que este se pagaba siempre y cuando este asignado a un proyecto minero.

A esos testigos se le otorga pleno valor probatorio debido a que laboran para la demandada en la mina calenturitas donde el actor prestó sus servicios.

Al analizarse en su conjunto esas pruebas, para la sala el pago del “*auxilio de sostenimiento y transporte*”, se pagaba de manera permanente, habitual y en proporción al tiempo o cantidad de trabajo del actor es decir, que se retribuía de manera directa los servicios prestados por Gómez España máxime si se tiene en cuenta que estos se pagaron de manera continua durante la vigencia de todo el contrato de trabajo, y en una suma mensual, que variaba en proporción a la cantidad de trabajo ejecutado por el trabajador lo que descarta el carácter no retributivo que aduce la encartada como quiera que en los periodos en que el trabajador laboraba menos días, el valor pagado por ese concepto disminuía tanto es eso así que en el mes de julio de 2014 (fº 156) no se le pagó la suma correspondiente al auxilio de sostenimiento debido a que el actor no prestó sus servicios personales en virtud de una “*suspensión por huelga*” lo que relleva su carácter retributivo del servicio.

En esa línea de pensamiento, dada la habitualidad y naturaleza retributiva del servicio, del plurimentado auxilio de sostenimiento pagado al actor mes a mes, ratifican su carácter salarial y el hecho que en el contrato de trabajo y en la convención colectiva se hubiera estipulado de manera genérica que los auxilios pagados por la empresa no constituían salario no cambia su naturaleza salarial; pues se *itera* que este se pagaba en proporción al tiempo de servicio o lo que es lo mismo, en retribución de los servicios prestados por el trabajador.

Causa extrañeza a la Sala, la manifestación que hace la demandada al contestar la demanda, cuando afirma que lo pagado por auxilio de sostenimiento no iba dirigido a enriquecer el patrimonio del trabajador, toda vez que en la realidad conforme a la certificación expedida por Dimantec Ltda a folio 17, se evidencia que por lo menos en el ultimo año de servicios mientras el salario básico se pagó en la suma mensual de \$857.296, lo pagado por el auxilio lo era en valor de \$1.299.178, suma mucho mayor al salario básico y de donde se podría concluir que era el mayor ingreso recibido por el trabajador por su fuerza de trabajo y por ende dirigido a enriquecer el patrimonio de este.

Al respecto la Sala de Casación Laboral De La H. Cortes Suprema De Justicia en sentencia 45853 del 19 de septiembre de 2018, dijo:

*“En ese orden, y a fin de determinar la connotación salarial de las denominadas bonificaciones o bono incentivo por el empleador, bajo la premisa de que cada asunto debe analizarse de manera particular, estima la Sala que a pesar de que las sumas que pagó el demandado variaban dependiendo de cada trabajador, y que de acuerdo con las probanzas, en unos casos era más regular y habitual que en otros, **lo cierto es que el desembolso de las bonificaciones a este grupo de trabajadores dadas las condiciones de ese pago, entre ellas, su habitualidad o periodicidad, disposición de acrecentar los ingresos del trabajador, permiten concluir que estaban dirigidos a retribuir directa e inmediatamente el servicio prestado**”.* (Negrilla por fuera del texto original).

Entonces, para esta colegiatura, la suma pagada por concepto de “auxilio de sostenimiento y transporte” constituye salario; eso al haberse entregado al trabajador como retribución de los servicios prestados y por haberse pagado mes a mes durante la vigencia del contrato de trabajo, razón por la que se debe atener a la regla general del artículo 127 del CST, que establece que todo lo que recibe el trabajador dirigido a retribuir sus servicios personales constituye salario, de ahí que la Sala encuentra acierto en la decisión de la juez de primer grado de declarar que la suma pagada al demandante por concepto de ese auxilio, constituye factor salarial; razón esa por la que la misma se confirma en esta instancia.

2. De la buena fe y la sanción moratoria.

La Ley 789 de 2002 que modificó el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, contempla las obligación del empleador frente al trabajador, de cancelar al momento de finalizar el contrato de trabajo los salarios y prestaciones sociales debidos. La referida sanción consiste en el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de los referidos emolumentos.

La citada sanción moratoria no opera de forma automática, pues para su procedencia, se debe indagar si el comportamiento omiso del empleador estuvo revestido de buena o mala fe. (CSJ SL458-2013; CSJ SL589-2014; CSJ SL11591-2017; CSJ SL17429-2017; y CSJ SL912-2018). Así, lo ha

referido la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, al advertir que **“Las sanciones moratorias (arts. 65 CST, 99 Ley 50/90) proceden cuando el empleador no aporta elementos de convicción o razones satisfactorias y creíbles de su conducta, es decir, que obró de buena fe pese a incurrir en mora en el pago de salarios y prestaciones del trabajador”**. (CSJ SL1439-2021).

En cuanto al pago de esta sanción por el pago incompleto de prestaciones sociales por no incluir un factor salarial, la Jurisprudencia Laboral tiene decantado en sentencias como la SL648 de 2023, que:

*“En consecuencia, al contrastar lo expuesto en el expediente como en el contrato mismo, **se concluye además, que el empleador disfrazó las bonificaciones e incentivos analizados con la exclusión del carácter salarial por mera liberalidad; no acreditó que su actuar obedeció a una política impuesta por Reficar o algún motivo razonable que lo eximiera de dicha responsabilidad** —así se hubiera presentado el desistimiento de pretensiones respecto de esta—; pues como bien lo reconoció en su momento la empleadora, el pago se realizaba luego de evaluar el aporte del trabajador en el cumplimiento del cronograma de su equipo y del «desempeño del trabajador [...]», aspectos que hacen de la labor ejecutada, una de directa prestación por parte del empleado.*

*Dicho ello, **es claro que la decisión primigenia de imponer el reconocimiento de la mencionada sanción al extremo pasivo por la falta de retribución oportuna e integra de los salarios y demás emolumentos que dejaron de liquidarse correctamente dada la cláusula en disputa, como los mencionados incentivos sin prueba de no retribuir el servicio, resulta procedente, toda vez que tal como se aludió en su oportunidad, la buena fe no se predica a partir de actos parciales ni puede ser fraccionada, siendo evidente que en el asunto y con total conocimiento, se impuso en el contrato de trabajo la condición que impidió en su momento liquidar como correspondía y de forma definitiva, al trabajador, así como se omitió incluir para lo pertinente, los factores a lugar**” (negritas y subrayas por fuera del texto original).*

En el caso bajo estudio, es evidente la mala fe del empleador, debido a que no aportó elemento de convicción alguna que justifique su actuar omisivo. Por el contrario, nótese como su defensa siempre giró en señalar que la suma pagada al trabajador por concepto de *“auxilio de sostenimiento y transporte”* no constituía factor salarial; sin embargo, tal y como se precisó anteriormente esa suma en efecto constituía factor salarial para liquidar prestaciones sociales, las que fueron pagadas de manera deficitarias al

trabajador, lo cual constituye una conducta tendiente a desconocer los derechos laborales de este, ubicándolo lejos de la buena fe requerida para ser absuelto por esta sanción, al igual que por no haber consignado de manera completa las cesantías a un fondo², razón por la que se confirma la sentencia acusada por Dimantec Ltda.

Al confirmarse en su integridad la sentencia fustigada por la demandada, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 365 del Código General del Proceso, aplicable al trámite laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la seguridad Social, se condena a pagar las costas por esta instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR – SALA N°1 CIVIL-FAMILIA-LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Chiriguaná, el 9 de agosto de 2019.

SEGUNDO: Condenar a la demandada a pagar las costas por esta instancia. Fíjese por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV; liquídense concentradamente en el juzgado de origen.

² CSJ SL2886-2022 - “De otra parte, las condenas impuestas se causaron con ocasión de la no consignación del auxilio de cesantía de los años 2013 y 2014 y, ha dicho la Sala que esta indemnización se causa por la no consignación de las mismas o por consignarse un valor inferior.”

Así, en sentencia CSJ SL403-2013 esta Corporación señaló que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación del valor pleno del auxilio de cesantía, como por su aporte deficitario o parcial. Por lo tanto, al demostrarse que, en los años 2007, 2008 y 2009 el empleador pagó al fondo de cesantías un valor inferior al debido, resulta procedente la imposición de la sanción en cita”.

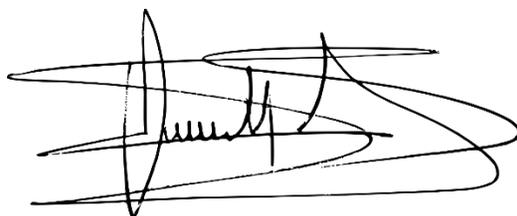
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA

Magistrado Ponente



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH

Magistrado