



PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO

Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, catorce (14) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en acta N°56

Radicación N° 44-430-31-89-001-2017-00023-01. Proceso Ordinario Laboral. **JUVENAL ANTONIO FERNANDEZ BIRTO** contra **EMPRESA MAMUT DE COLOMBIA**, hoy **MAXO S.A.S.** y solidariamente **CARBONES DEL CERREJÓN.**

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, JOSÉ NOÉ BARRERA SAENZ y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1° y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la partes demandadas, contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Maicao, La Guajira, verificada el treinta y uno (31) de octubre del dos mil dieciocho (2018).

ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

Por intermedio de apoderado judicial, el señor JUVENAL ANTONIO FERNANDEZ BRITO demandó a la empresa MAMUT DE COLOMBIA SAS y solidariamente a CARBONES DEL CERREJÓN, pretendiendo se declare que existió entre las partes un contrato de trabajo por duración de la obra o labor que inició el 14 de diciembre de 2010, y terminó el 11 de mayo de 2015 por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador; que en consecuencia, se condene a la demandada a pagar al actor la indemnización por despido injusto consagrada en el art. 64 del C.S.T.; que se reliquide y pague las cesantías adeudadas, al igual que las

primas, parte de salario no cancelado en los periodos de abril a diciembre de 2014, enero a febrero de 2015, descuento ilegal efectuado; que se declare la ineficacia al OTRO SI No. 1 del contrato de trabajo por desmejora de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, la indemnización moratoria contemplada en el art. 99 inciso 3 de la Ley 50 de 1990, sanción moratoria del art. 65 del C.S.T.; que se declare que CARBONES DEL CERREJÓN es responsable solidariamente junto con la empresa MAMUT DE COLOMBIA SAS del pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones laborales que se le deben al demandante, que se falle extra y ultra petita y por último, se condene en costas al demandado.

Como sustento de sus pretensiones indicó que estuvo vinculado con la demanda desde el 14 de octubre de 2010, por medio de un contrato de trabajo por duración de obra o labor contratada, desempeñando el cargo de Operador de grúa, y ejerciendo las últimas labores en el complejo carbonífero El Cerrejón, devengando un salario básico de \$2.500.000; que durante los meses de trabajo en los años 2011 a 2014, la demandada venía liquidando irregularmente el salario; que fueron consignadas de manera irregular las cesantías del trabajador, al igual que las primas, tampoco le cancelaron en debida forma el trabajo dominical y festivo; que el contrato fue terminado sin justa causa por el empleador el 11 de mayo de 2015 y al momento de la terminación, el empleador realizó descuentos ilegales.

2.2 LA SENTENCIA APELADA

El Juez de conocimiento profirió sentencia en la que **DECLARÓ** que entre el demandante, señor **JUVENAL ANTONIO FERNANDEZ BRITO** y la empresa **MAMUT DE COLOMBIA** hoy **MAXO S.A.S.**, existió un contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada, con extremos temporales comprendidos entre el 14 de diciembre de 2010 y el 11 de mayo de 2015, el cual terminó sin justa causa; declaró la ineficacia del OTRO SI No. 1 incluido en el contrato de trabajo suscrito entre las partes; declaró no probadas las excepciones formuladas; condenó a **MAXO S.A.S.**, anteriormente **MAMUT DE COLOMBIA S.A.S.**, a pagar al actor

los valores relacionados en la sentencia por concepto de cesantías, primas, reembolso descuento, sanción moratoria por pago deficitario de cesantías, sanción moratoria contemplada en el art. 65 del C.S.T., indemnización por despido injusto, indemnización a la terminación del contrato, se absolvió a la demandada de las demás pretensiones, se declaró solidariamente responsable a **CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED** de las obligaciones que **MAXO S.A.S.**, anteriormente **MAMUT DE COLOMNA S.A.S.**, tenía para con el demandante y se condenó en costas a las partes vencidas.

2.3 RECURSO DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria de la sentencia de primera Instancia, los apoderados judiciales de la parte demandada interpusieron recurso de apelación en contra de la decisión adoptada con los siguientes argumentos:

Apelación MAMUT DE COLOMBIA.

“Por considerar que el señor juez omitió valorar alguna de las pruebas que de haber sido tenidas en cuanta no hubieren dado lugar a las condenas proferidas en contra de mi representada, así como la condena al pago en costas y agencias en derecho.

En primero término, existe inconformidad respecto a la declaratoria de terminación del contrato de trabajo del demandante sin junta causa y de la consecuente condena a pagar por la indemnización por despido sin justa causa. En la sentencia se ha desconocido que el demandante se vinculó a MAMUT mediante contrato de duración por obra o labor contratada, que voluntariamente y conscientemente suscribió; el demandante sabía, tal como lo reconoce en su declaración, que había sido contratado para ejecutar una labor en el desarrollo del contrato suscrito entre MAMUT y CARBONES DEL CERREJÓN, por ello en la cláusula 5ª de su contrato de trabajo se indicaba que la terminación del mismo estaba sujeta a la terminación de la obra o labor contratada, era la operación de grúa en forma segura cumpliendo con las normas de seguridad de la compañía y las recomendaciones del cliente; es decir, CARBONES DEL CERREJÓN, por consiguiente no puede pregonarse una terminación injusta del contrato de trabajo por parte de MAMUT, pues fue la terminación de las labores para las cuales había sido contratado el trabajador, esto es operador de grúa, la que dio lugar a que se terminara el contrato de trabajo. Según lo pactado por las partes, MAMUT suministró a CARBONES DEL CERREJÓN el personal para que desarrollara varios cargos dependiendo de los equipos

que pudiera suministrar, tal como lo admitió el señor FABIÁN ALBERTO MARTÍNEZ CÓRDOBA en su testimonio, igualmente indica en el minuto 44:40 de la audiencia que MAMUT contrataba al personal que se requería en diferentes cargos mediante contrato de obra o labor y que no contrataba simultáneamente, más adelante igualmente admite que el personal contratado por MAMUT correspondía a las necesidades de CERREJÓN.

Del testimonio del señor ROBERTO ROMERO, quien es el Jefe de Proyectos de MAMUT, queda claro que el objeto del contrato entre MAMUT y el CERREJÓN era el suministro de equipos dependiendo del equipo suministrado por el CERREJÓN. MAMUT colocaba el personal, por eso el número de trabajadores dependía del número de equipos que requiriera el CERREJÓN, claramente dice el testigo a la hora y 3 minutos del audio, que MAMUT contaba con el personal requerido mediante contrato de trabajo por la duración de la obra o labor y pone como ejemplo cuando el CERREJÓN iba a abrir un frente de trabajo y solicitaba una grúa de montacargas MAMUT suministraba el montacargas con un operador de grúa y su aparejador para el montacargas. Igualmente frente a la pregunta del apoderado del CERREJÓN respecto al motivo que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajado al demandante, manifestó el señor ROBERTO ROMERO que se habían culminado los trabajos en Puerto Bolívar, que ya no se requerían más los equipos en ese lugar y al pedir el CERREJÓN el retiro de los equipos, eso dio lugar a que se retirara el personal de la obra (...) la anterior afirmación es confirmada por el demandante quien al ser interrogado admitió que su último sitio de trabajo había sido en Puerto Bolívar, que el mismo había montado la grúa que había operado en la plataforma del tren para que fuera enviada a la mina del CERREJÓN para (...) por instrucciones de MAMUT y admitió que él se fue después de haber entregado todo en Puerto Bolívar, lo anterior consta en la hora y 47 min del audio, esto confirma que este frente de trabajo de Puerto Bolívar fue cerrado.

Precisamente, otra prueba que evidencia que el contrato se dio por terminado por la terminación de la obra o labor contratada, es la copia del correo de fecha 7 de mayo de 2015 dirigido por el señor CARLOS OSVALDO GONZÁLEZ URBINA a CESAR FRÍAS MALDONADO y hacia MARCELA GIRALDO CUEVAS con copia a otros empleados de MAMUT, el señor GONZÁLEZ en su calidad de encargado de operaciones de MAMUT, era la persona que coordinaba con CARBONES DEL CERREJÓN la ejecución del contrato suscrito y requería los requerimientos de suministro de retiro de equipos que tal empresa hacía, esto lo confirma el señor ROBERTO ROMERO en su testimonio obrante a la 1:06 minutos del audio, por esta razón en el correo electrónico citado, el Coordinador de Operaciones informaba al área administrativa de MAMUT las novedades asociadas al contrato de CERREJÓN incluido el listado del personal vinculado al contrato en mención que debía ser retirado con fecha 11 de mayo de 2015, en ese listado reportó como novedad el retiro de dos operadores de grúa

incluido el demandante y dos aparejadores, todo a partir de la misma fecha, situación que no corresponde a una coincidencia, sino al hecho que los equipos que operaban para los cuales habían sido contratados ya no se requerían como bien lo dijo el señor FABIAN ALBERTO en su testimonio el Aparejador era el señalero del operador de grúa y trabajaba con él, pues era el responsable en tierra de hacer señalización al operador en grúa para que este pudiera manejar la carga.

La solicitud de retiro de los dos operadores de grúa y de los dos aparejadores se evidencia que la labor que ejercen estos trabajadores ya no la requería en la ejecución del contrato suscrito por MAMUT y CARBONES DEL CERREJÓN, según requerimientos de la empresa dicho correo fue (...)

Mal puede pretenderse que un contrato de obra y labor como el suscrito por el señor JUVENAL, con la específica finalidad de operar una grúa en el contrato en el desarrollo del contrato suscrito entre MAMUT y el CERREJÓN deba tener una vigencia determinada pues esto dependía de lo que CARBONES DEL CERREJÓN requería por parte de MAMUT.

Otro aspecto a impugnar es la declaración de ineficacia del OTRO SI No. 1, no existe razón alguna para restarle eficacia al documento que el demandante admitió haber firmado y haberlo hecho en pleno uso de sus facultades y cuyo texto claramente denota que las partes acordaron que el auxilio de localización no sería factor salarial, el art. 128 del C.S.T. reformado por el art. 15 de la ley 50 de 1990 permite que este tipo de auxilios no se considere salario, cuando así lo hubiesen pactado las partes, lo que efectivamente se dio, pues dicho auxilio no pretendía reconocer la labor que desempeñaba el trabajador, sino como ya lo admitió el despacho, pretendía dar mejor calidad de vida a la que tenía fuera de su lugar de casa, es decir, dentro de la mina del CERREJÓN.

Igualmente, impugno la sentencia de la condena interpuesta a mi representada en la obligación de mi mandante de reintegrar al demandante el descuento de MAMUT por la suma de \$449.450 pesos, la suma alegada por el apoderado como un descuento ilegal en realidad corresponde a un ajuste efectuado por MAMUT por concepto de salarios de 4 días pagados en exceso al trabajador y que no se causó, lo anterior, en razón a que el demandante laboró hasta el 11 de mayo de 2015, fecha en el cual terminó su contrato de trabajo y la primera quincena de mayo había sido cancelada en su totalidad, esto quiere decir 15 días laborales acreditó lo afirmado con el comprobante de nómina correspondiente que se adjuntó a la contestación de la demanda como anexo f; es decir, que la suma que el demandante reclama como descuento injustificado en realidad corresponde a 4 días de salarios pagados de más por el demandante, pues este no los trabajó, por lo tanto, no le correspondía dicho monto de dinero.

Otro punto que impugno (...) es la indemnización por mora, como MAMUT realmente no le quedó debiendo suma alguna al trabajador por concepto de salarios, prestaciones sociales o ningún otro concepto laboral causado durante la vigencia del contrato o que se le adeudara al demandante a la terminación del contrato no había lugar a interponer sanción alguna, su liquidación de acreencias laborales fue pagada en su totalidad de acuerdo con lo que de buena fe MAMUT creyó deberle al trabajador, no es fundamento alguno para creer que la empresa demandada hubiera obrado de mala fe y con ello condenarla al pago de indemnización moratoria prevista en el art. 65 (...)

(Impugna por condena a la indemnización por pago irregular de cesantías) (...), teniendo en cuenta que MAMUT realizó el pago de las cesantías causadas cada año con base en el salario realmente pactado y efectivamente devengado por el trabajador, por lo expuesto solicito respetuosamente señor juez que me conceda el recurso de apelación.

Apelación CARBONES DE CERREJON.

Voy a empezar por el recurso de apelación contra el numeral 6 de la parte resolutive de la sentencia a través de la cual el despacho declara que existe responsabilidad solidaria de CARBONES DEL CERREJÓN en el pago de las obligaciones laborales (...) de acuerdo con el fallo el señor juez trae a colación una sentencia del año 2017 en la que extrae que cuando la obra o labor que ha sido contratada a una empresa no sea ajena o extraña a su giro de negocios se presenta la solidaridad y que no es parte fundamental de eso el objeto social que tenga cada una de las compañías, así mismo trae a colación un precedente del Tribunal Superior de Riohacha de un caso que fue conocido por este mismo distrito judicial de Maicao en caso (...) sea lo primero señalar que para poder hacer uso de un precedente judicial es necesario si los hechos que se tuvieron en cuenta para fallar un caso son los mismo o similares al que se está debatiendo.

Ahora bien, dado que los principales extractos que tuvo en cuenta el señor juez para declarar la solidaridad fue hacer mención a que cuando la actividad de la empresa contratista estaba directamente relacionada con la actividad empresarial, palabras textuales del señor juez, había solidaridad, sin embargo, en el fallo no hubo ningún ejercicio de análisis para efectos de establecer cómo es que la actividad de manejo e izaje de cargas tiene una relación con la actividad económica que desarrolla carbones del cerrejón; es decir, la extracción de carbón, el transporte de carbón y la exportación de carbón, no hay un análisis fáctico a través del cual se señale como es que la actividad de izaje de carga desarrollada por el demandante al manejar una grúa que no hace parte del proceso productivo de CERREJÓN, que no hace parte los servicio que comercializa CERREJÓN, pues ninguno de sus empleador, ninguno de sus trabajadores hacen la actividad de izaje de cargas, de hecho MAMUT hoy MAXO es una

empresa reconocida y especializada en ese manejo, no es parte del objeto social de CERREJÓN, y esa es justamente la razón por la cual se ve en la necesidad de contratar un servicio que es totalmente ajeno al giro normal de sus negocios y a su actividad económica haciendo énfasis en esto último, toda vez, que este parece ser el principal argumento utilizado por el despacho para considerar que entre el izaje de cargas y la explotación minera hay una relación de causalidad que derive en la solidaridad, pues si esa es la teoría que se tiene tendría que concluirse que cualquier tipo de contrato que celebre CERREJÓN con una empresa contratista, independientemente de la instancia que haya en la actividad económica y en la actividad práctica que realice tanto el contratista como tal como la persona demandante estaríamos siendo condenados a que siempre hubiera solidaridad (...) no existe ningún elemento de tipo fáctico para establecer que los precedentes judiciales que en contextos diferentes o hechos diferentes generan la procedencia de la solidaridad aquí tengan cabida.

(...) más aun cuando se desdibuja totalmente el contenido del art. 34 del C.S.T., el cual señala que únicamente cuando hay una conexión directa entre el servicio que se contrata el objeto social de la contratada podría haber solidaridad, si bien ese aspecto normativo ha sido ampliamente desarrollado e inclusive se ha dado un alcance más amplio al que la norma textualmente señala, lo cierto es que en el presente caso no hubo el menor esfuerzo por parte del a quo para efectos de establecer cuáles son los hechos que quedaron demostrados en el proceso para efectos de determinar que se dan las circunstancias fácticas o jurídicas para determinar que la actividad de CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED está directamente ligada con la actividad que ejercía el demandante en el manejo e izaje de cargas al manejar una grúa de propiedad de su empleador.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el despacho señala que existe solidaridad por parte de CERREJÓN y no obstante el desconocimiento de la misma como se acaba de presentar en el recurso, nos asiste interés jurídico en las condenas que le fueron impuestas al demandante y por eso presento recurso de apelación contra las condenas económicas que le impusieron a la parte demandada MAMUT.

Frente a ello, tengo que decir en relación con la invalidez que le da el despacho al OTRO SI firmado entre el demandante y la demandada MAMUT, al efecto valga decir que se ha dejado de lado con las sentencia la facultad que el art. 15 de la Ley 50 de 1990 le da a las partes para que de común acuerdo puedan establecer que los pagos que reciba el trabajador estén exentos de carácter salarial o sean factor salarial para cualquier caso como así se hizo. En ninguna parte la norma rechaza que los pagos que se acuerden como no salariales sean de aquellos que tengan una continuidad o frecuencia de pago mensual, de hecho esa no es una

condición, y si bien el despacho se apoyó en una sentencia no hubo ningún esfuerzo para encontrar todas aquellas de la abundante jurisprudencia que existe en donde se le reconoce validez a los pactos de exclusión salarial contra pagos que son mensuales, ejemplos cuando se pagan arriendos (...) no hubo un análisis dentro de la sentencia para efectos de establecer si se daban los hechos que le daban veracidad o no a pactar un pago por relocalización. El señor demandante, tal como quedó probado, prestaba sus servicios en Puerto Bolívar. Puerto Bolívar es una zona del departamento de La Guajira en donde no existe una ciudad un municipio aledaño a él; es decir, necesariamente todas las personas que trabajan en ese sitio se han tenido que desplazar necesaria y objetivamente de su lugar de residencia para poder prestar servicios en Puerto Bolívar y eso es lo que le compete al juzgador verificar, si el pago acordado tiene un fundamento razonable y objetivo o simplemente pretende remunerar el servicio prestado, cuando se establece entre las partes un auxilio o una prima de relocalización, asociado a que un trabajador tiene que desmovilizarse y localizarse en un sitio diferente al de su residencia para efectos de prestar el servicio, ello constituye la esencia para saber si un empleador y un trabajador que voluntariamente suscribe un acuerdo de esta naturaleza lo hace con el efecto de evadir una consecuencia jurídica y económica o por el contrario para hacer uso de una disposición legal como la que consagra el artículo 15 de la ley 50 de 1990.

Es así señor juez que de haberse analizado la teleología del acuerdo suscrito atendiendo las pruebas que no fueron analizadas en ningún momento, pues como lo señaló la parte demandada MAMUT en el momento de presentar su recurso de apelación, brilla por su ausencia el análisis de los testimonios, interrogatorios en la decisión que tomó, en ninguna parte se tuvo en cuenta esos argumentos claros y fehacientes de la defensa para efectos de establecer como era el desarrollo de la relación laboral, en donde se desarrolló, así pues su señoría que se declaró la nulidad de un pacto perfectamente válido, que estuvo vigente entre 2010 y 2015. Que en ese periodo de tiempo se haya encontrado o demostrado que el demandante haya hecho reclamación alguna por efecto del pago o la incidencia o no salarial que debía tener y eso señala la conciencia que él tenía o que él tuvo en todo momento del porqué ese pago si tenía una razón de ser y tiene que ver con un hecho objetivo de público conocimiento por lo menos para quienes habitamos en La Guajira y es el lugar donde queda ubicado puerto Bolívar.

Ahora bien, en cuanto a la condena por el reembolso del descuento de la liquidación final, en el que también trajo a colación el a quo, jurisprudencia para soportar su condena desafortunadamente no tuvo en cuenta aquella jurisprudencia clara reiterada y de la que pareciera no debiera haber duda y es que los descuentos de la liquidación final no tienen la misma categoría que los que se hacen en vigencia del contrato de trabajo y eso es porque la liquidación final es un acto posterior a la terminación del contrato de

trabajo cuando el mismo ya no se encuentra vigente lo ha decantado la misma Corte Suprema de Justicia que ha emitido las varias sentencias que se trajeron a colación en este fallo y que únicamente tenían por objeto poder apoyar las condenas que se dieron a favor de la parte demandante, es así como la Corte ha señalado que no se requiere una autorización para efectos de dos cosas: (i) una autorización para descontar un mal pago a un trabajador, si existe aún en vigencia de la relación laboral un error en el pago por parte del trabajador no se requiere permiso por parte del trabajador para recuperar ese dinero porque no es un descuento, no se permite el enriquecimiento sin justa causa con base en el error del empleador, ya lo ha decantado la corte y también lo ha decantado que para efectos de los ajustes o cuadros de cuentas sobre la liquidación final no se requiere la autorización, se produce como ya lo señale con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo sentencias que también pudieron haber sido tenidas en cuenta por el despacho para proferir su fallo.

En cuanto a las condenas por indemnización moratoria por cesantías y pago de salario y prestaciones sociales, que se basan en la existencia de un elemento subjetivo como es la mala fe, hay que señalar que resulta que un contrato de trabajo que estuvo vigente durante casi cinco años entre el 2010 y el 2015 con unas condiciones en virtud de las cuales las partes nunca tuvieron discusión sobre los componentes de los pagos que se hacían en donde además el empleador no cumplió solo con la obligación asociada al pago de salarios y prestaciones sociales sino que también hizo lo propio en relación con las obligaciones relacionadas con la seguridad social y en virtud de eso hizo los pagos y liquidaciones y pagos puntuales al derecho de cesantías que le asiste al trabajador, señaló el a quo en esta parte que no se trata solo de pagar oportunamente sino de pagar todo lo que se debe, y es que la demandada probó todo lo que creía deber porque solo hoy 31 de octubre de 2018, tres (3) años después de acabada la relación laboral, en donde se le está diciendo a la parte demandada mamut que el acuerdo que celebró con su empleado con base en una norma jurídica art. 15 de (...) carece de toda validez y efecto, entonces con la declaratoria que se hace tres años después de terminado el contrato de trabajo se le dice que tuvo mala fe en la relación laboral entre 2010 y 2015, simplemente no pareciera tener sentido que la mala fe se derive de no darle validez a un instrumento jurídico que la ley nos ha dicho que a empleadores y trabajadores que es válido, y es : si usted pacta que un beneficio de carácter extralegal no tiene connotación salarial eso es válido y si ese pago lo es por una circunstancia diferente a la retribución del servicio como lo era en este caso por la razón objetiva de que si requería una relocalización del trabajador para prestar el servicio aún más claridad tendría para las partes la posibilidad legal de hacerlo, luego señalar que carece de mala fe el empleador al haber pagado lo que creyó pagar en donde también participa la persona de la cual hoy se beneficia; es decir, hoy al trabajador se le beneficia con una condena que se deriva de un

documento suscrito por el con su empleador para restarle el valor salarial lo cual se hace con base en una norma jurídica y en ninguna parte del expediente hija estado probado que se afectó la voluntad o fue encontrar de la voluntad la suscripción de este documento así pues que derivar la mala fe de la declaratoria de ineficacia es decir que durante los años 2010 a 2015 el empleador tuvo la conciencia y voluntad y dolo de afectar los derechos laborales por la declaratoria de ineficacia de un documento que hasta el día de hoy tuvo validez jurídica pareciera carecer de fundamento.

Para concluir presente apelación también sobre la indemnización por la supuesta terminación del contrato de trabajo sin justa causa. Lo anterior con base en que se confunde por parte del despacho la vigencia de la relación civil o comercial entre CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED y el pacto de duración de la obra entre su empleador y el demandante, dos circunstancias diferentes no hay identidad y no tiene por que haberlo entre la duración del contrato civil entre CERREJÓN y el contrato por obra labor laboral entre la demandada MAMUT y su trabajador. Es así como se extrañan también la apreciación de las pruebas traídas a colación por para parte demandada MAMUT en su recurso de apelación sobre los testimonios que daban claridad de la terminación de los servicios contratados por parte de CERREJÓN a la compañía de MAMUT en puerto bolívar razón por la cual se termina el vínculo laboral contractual entre el demandante y MAMUT sin que ello implique necesariamente la terminación del vínculo civil o comercial entre MAMUT y CERREJÓN en el entendido de que existía otros servicios que permanecían pero no aquellos para los cuales fue contratado el demandante así pues que la finalización de la obra y servicio debía haberse verificado con los elementos que se encuentran probados en el expediente y que son que el servicio contratado para lo cual fue contratado el demandante que es el manejo de izaje de cargas en puerto bolívar feneció, servicio que no tiene ninguna relación con la tarea de exportación de carbones del cerrejón.

El no recurrente solicita que se tenga en cuenta el largo y extenso recurso de apelación que no se limitó a apelar la condena por la declaración de solidaridad, sino que se extendió a apelar asuntos que no le atenia a él por ser condenas en contra de MAMUT, tal como se hizo en el proceso de FREDY JOSE POLO contra TRAVELER.

El apoderado de CARBONES DEL CERREJÓN manifiesta que no es lo mismo porque en aquella oportunidad CARBONES DEL CERREJON no había sido condenado en solidaridad.

CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales.

Del estudio del plenario se determina que los requisitos indispensables para su formación y desarrollo normal representados en la demanda en forma, competencia del funcionario judicial y capacidad de las partes tanto para serlo como para obrar procesalmente, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite decidir de fondo mediante una sentencia de mérito, ya que tampoco se vislumbra causales de nulidad que invaliden lo actuado.

2. Problemas jurídicos.

Se conoce el proceso en segunda instancia por apelación formulada por los apoderados judiciales de las partes demandadas, lo que otorga competencia al Tribunal para revisar únicamente los puntos de inconformidad expuestos por los apelantes respecto de la sentencia de primera instancia.

En el presente caso no se discute la existencia de la relación laboral entre las partes y los extremos temporales, de manera que corresponde a la Sala dilucidar: 1) Si hay lugar a la declaratoria de terminación del contrato de trabajo sin justa causa y a consecuencia de ello procede la imposición de la indemnización ordenada por dicho concepto 2) Si el auxilio de localización reconocido durante la relación laboral que unió a los contendientes procesales constituyó factor salarial y, en consecuencia, debió tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales. En caso positivo, se establecerá si es procedente imponer las condenas impuestas por sanciones moratorias consagradas en los artículos 65 del C.S. el T por el pago incompleto de las referidas prestaciones sociales y Ley 50 de 1990, 3) Si es procedente la devolución de los descuentos no autorizados y 4) Si existe la solidaridad declarada por el fallador de primer grado.

1. Terminación del contrato de trabajo sin justa causa. Indemnización por despido injusto.

El despido es una de las formas de terminación del contrato de trabajo que tiene su expresión en dos variantes, bien sea en su concepción propia de decisión unilateral del patrono o en su equivalente jurídico de

razones que obligan al trabajador a terminar el vínculo, conocida como despido indirecto. Si la terminación es con justa causa, por parte del patrono o del trabajador, no hay lugar a reparación de perjuicios, pero sí cuando se da otro despido no amparado en una justa causa. La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de abril de 1972, ha establecido que de los modos de terminación del contrato laboral que consagra el artículo 61 C. S. del T., subrogado por el artículo 5° Ley 50 de 1990, sólo constituye despido el de su literal h), que preceptúa: *“h) por decisión unilateral en los casos de los artículos 7° del Decreto-Ley 2351 de 1965, y 6° de esta ley”*.

Para comprender la noción de despido injusto, debemos precisar cuándo el despido es justo, para ello se transcribe el aparte siguiente: *“Para que pueda calificarse como justo el despido de un trabajador no solamente es indispensable motivarlo en causal reconocida por la ley, probar en juicio su veracidad, si hay litigio, sino cumplir de manera celosa las formalidades o ritos que para ciertos casos exigen las normas laborales. Si no se acredita el justo motivo, será ilegal intrínsecamente el despido. Y si no se han observado los procedimientos o requisitos que el legislador o la convención colectiva de trabajo prevén para ciertas hipótesis, el despido será formalmente ilegal aunque se haya inspirado en móviles legítimos.”* (C. S. J. Casación Laboral, sentencia del 17 de julio de 1986).

Tiene sentando la jurisprudencia laboral que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador probar su justificación. De tal manera que para poder calificar como justo el despido de un trabajador no solamente es necesario motivarlo en una causal reconocida por la ley, demostrar en juicio su veracidad, si hay litigio, sino también cumplir con las formalidades o ritos que para ciertos casos exigen las normas laborales; porque de no ser así, será ilegal el despido.

Sabido es que el reclamo de la indemnización por despido injusto requiere la reunión de dos condiciones, siendo estas: 1) Que el trabajador sea despedido y que haya sido el empleador quien produzca la ruptura

del vínculo de trabajo; 2) que no hubiere mediado justa causa en la ruptura del contrato.

La primera de dichas condiciones debe procesalmente acreditarla la parte actora, es decir, el trabajador que aspira al reconocimiento de la indemnización; cumplido esto se desplaza la carga probatoria hacia el empleador, a quien correspondería justificar su determinación de finalizar el contrato.

Entonces, referente a la condena por concepto de indemnización por despido injusto, ha de señalarse que el contrato de trabajo, suscrito entre MAMUT COLOMBIA S.A. y el actor, el 14 de diciembre 2010 (F1 21-24), tenía como término del contrato *“hasta cuando se finalice la obra, pero podrá darse por terminado por cualquiera de las partes, cumpliendo con las exigencias legales al respecto”*, igualmente se fijó como funciones del trabajador *“Operador de grúa, ejecutando labores como: operar el equipo en forma segura, el cumplimiento de las normas de seguridad de la compañía y las recomendaciones del cliente y las anexas y/o complementarias”*.

Así mismo se observa a folio 26 del expediente, que la labor del actor feneció el 11 de mayo de 2015, según consta en el documento enunciado como *“terminación contrato por obra o labor contratada”* aduciéndose el fenecimiento por causa de la cláusula quinta del contrato por obra o labor.

De lo anterior se infiere que en atención a que se estableció que el contrato del demandante duraría por el tiempo de la realización de la obra o labor contratada que consistía en *“Operador de grúa”*; por consiguiente, como en efecto lo alega la pasiva, se concluye que el contrato pactado entre las partes, debía mantenerse hasta tanto finalizaran las labores implementadas en este sentido.

Al respecto ha mencionado la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, en sentencia de radicado No. 39050 del 06 de marzo de 2013, MP. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve: *“Ha de tomarse en cuenta, como de antaño lo ha sostenido esta Corporación, que la duración*

de estos contratos no depende de la voluntad o el capricho del empleador, sino que corresponde a la esencia misma del servicio prestado, habida cuenta que razonablemente la duración de una obra o labor especial depende de su naturaleza. Por ello cuando se echa mano de esta clase de contrato la ley entiende que el convenio va a durar tanto tiempo cuanto se requiera para dar fin a las labores determinadas.

Ahora, y siendo que entre CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED y la empleadora demandada, se suscribió contrato No. 05102009 del 22 de octubre 2010, con el objeto de “Dar alcance al anexo A-Alcance de los servicios (suministro y operación de equipos mecánicos para izaje y manejo de equipos y/o cargas) y de otra parte, se estableció que la duración de tales servicios sería por “*el término de 24 meses contados a partir de la fecha de iniciación fijada en el acta de iniciación de los SERVICIOS, la cual deberá suscribirse dentro de los 5 días siguientes a la firma del contrato*”. Acto seguido se indicó “*CERREJÓN tendrá la opción de prorrogar la duración de los SERVICIOS hasta por un término de 24 meses adicionales, para lo cual será suficiente el aviso escrito en este sentido al CONTRATISTA con una anticipación no menor a 30 días calendario antes de la fecha de terminación inicial de los servicios*”.

Pues bien, como puede observarse del documento en cita, se advierte que en principio la contratación de los servicios “*suministro y operación de equipos mecánicos para izaje y manejo de cargas*”, obra para la cual fue contratado el demandante (F1 21) se mantendría por un período de 24 meses que podría ser prorrogado por un lapso igual.

Ahora, se tiene que no obra acta de iniciación, ni de finalización del contrato en cita, pero sí se observa otrosí al contrato No 05102009, en virtud del cual se estipuló que el contrato cuyo objeto consistió en “*servicios de suministro y operación de equipos mecánicos para izaje y manejo de cargas (...) en la Mina y Puerto Bolívar de CERREJÓN*”, inició el 20 de octubre de 2010 y venció el 28 de Julio de 2015, así mismo se resolvió extender la vigencia del mismo desde el 29 de Julio de 2015 al 28 de Julio de 2017 (F1 232).

La empresa demandada aduce que ese objeto contractual feneció y que actualmente mantiene vínculos comerciales con CERREJÓN LIMITED, pero en cumplimiento de otras funciones, no obstante, nada se probó al respecto como quiera que, no se allegó al plenario acta de liquidación definitiva del contrato a fin de demostrar que en efecto a la fecha de terminación del contrato laboral entre las partes, feneció igualmente el vínculo suscrito entre la empleadora y CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED para el cumplimiento del objeto para el que fue contratado el actor.

Contrario a ello, lo que se prueba, es que la vigencia del vínculo entre CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED y la empresa empleadora, se extendió al menos hasta el 28 de Julio de 2017 (F1 232), según la prueba documental obrante en el expediente.

Entonces, es claro para la Sala que el contrato por obra o labor estaba sujeto a una obra cierta, determinada con fecha de inicio de labores el 14 de diciembre de 2010, igualmente que el objeto de la labor y la duración de la misma, así como el desarrollo de la actividades estaban sujetas a una obra o labor determinada -el contrato con CERREJÓN LIMITED-, y para la fecha en que la parte pasiva dio por terminado el contrato pactado con el actor, esto es, 11 de mayo de 2015, aún no había agotado la obra contratada, como quiera que se encontraba vigente el OTRO SI No. 09 del 16 de febrero de 2015, en el cual las partes acordaron extender la vigencia del mismo hasta por cuatro meses desde el 29 de marzo de 2015 hasta el 28 de julio del mismo año, como bien lo adujo el juez a quo.

Por ello, se determina en el presente asunto, que el 28 de julio de 2015, era la fecha aplicable al trabajador, toda vez, que el rompimiento se da en el curso de la mencionada prórroga, luego la voluntad de los obligados, para el momento de terminación del contrato laboral con el actor se había extendido sólo hasta ese día (28 de julio de 2015) y las garantías del OTRO SI daban cobertura por dicha ampliación del plazo.

Así las cosas, y como quiera que la parte pasiva, no logró demostrar la extinción de la labor desarrollada por el trabajador en el marco del contrato suscrito entre ésta y CARBONES DEL CERREJÓN, procede la

condena impuesta por indemnización por despido injusto, por ende, la sentencia objeto de alzada no merece reproche alguno sobre este particular.

2. Factores no constitutivos de salario.

El artículo 127 del C.S. del T. consagra como regla general que constituye salario todo lo que reciba el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado. Seguidamente el artículo 128 del estatuto laboral establece en qué casos lo percibido no integra el salario, tales como: (i) prestaciones sociales; (ii) 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 y; (iv) los beneficios o auxilios habituales que las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Igualmente, en la legislación laboral existen otros pagos que por disposición legal no constituyen tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación de acuerdo al art. 130 del C.S. T.

Ahora bien, el art. 128 del C.S.T., consagra la excepción a la generalidad salarial cuando las partes han suscrito un acuerdo de exclusión y al respecto expresó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1798-2018, con ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO que: *“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 retributivo.”

Pues bien, tanto la H. Corte Suprema de Justicia como la H. Corte Constitucional han coincidido en considerar que el precedente jurisprudencial horizontal (aquel emanado del mismo funcionario o corporación) tiene fuerza vinculante atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución, en los casos en que se presente identidad de circunstancias fácticas.

Así mismo, este Tribunal con ponencia del H. Magistrado CARLOS VILLAMIZAR SUAREZ, en un proceso similar al aquí se debate: RAD. 2018-00026-01. ORDINARIO LABORAL de RAFAEL BRITO CARDENAS vs EMPRESA MAMUT DE COLOMBIA S.A.S. HOY MAXO DE COLOMBIA, manifestó:

“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.

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

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 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 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.

Precisado lo anterior, se tiene que entre las partes se firmó un “otrosí No 1 al contrato de trabajo celebrado entre MAMUT DE COLOMBIA SA y JOSÉ RAFAEL BRITO CARDONA” estipulándose en su cláusula primera: “convienen las partes que a partir del 11 de noviembre de 2010, el empleador reconocerá al empleado en su cargo de operador de grúa al suma de \$1.530.000 en forma mensual como AUXILIO DE LOCALIZACIÓN, el cual por acuerdo mutuo de las partes no constituye salario ni es factor del mismo para ningún efecto laboral, de conformidad con la facultad dispuesta en el artículo 15 y siguientes de la Ley 50 de 1990”. Tal y como se observa a folio 18 del expedientes.

Pues bien, como se expuso, si bien la Ley faculta a las partes en el marco de un contrato laboral que se pacten cláusulas de exclusión salarial, lo cierto es que corresponde “al empleador probar su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio”.

Es así, que para la Sala resulta relevante señalar que al ser el auxilio de localización un pago reconocido al trabajador, dicho desembolso era habitual y reconocido justamente por laborar, lo que lo hace una contraprestación directa del servicio en los términos del art. 127 del C.S.T. y, por ende, factor salarial para la liquidación de prestaciones

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

sociales y aportes al sistema de seguridad social, incluso en los casos en que existiera un acuerdo de exclusión del mismo, al considerar que un convenio en ese sentido carece de validez por no ajustarse a las previsiones del apartado final de art. 128 del C.S. del T., pues al tener como causa el retribuir el servicio del trabajador, confluir las características de periodicidad, duración y uniformidad en su monto, y no coincidir con algunas de las bonificaciones señaladas en el artículo 128 del C.S. del T., el mismo tiene una clara connotación salarial, derivándose las consecuencias monetarias pertinentes.

Descendiendo al caso de marras y de cara al material probatorio que obra en el proceso, la Sala no encuentra razones de peso para apartarse del precedente horizontal reseñado y confirmar la connotación salarial del auxilio de localización reconocido por la demandada al ex trabajador, de acuerdo a las siguientes razones:

1. En la contestación de la demanda MAMUT DE COLOMBIA S.A.S aceptó el pago habitual del auxilio de localización al demandante.

2. Si bien en el OTRO SI No. 1 del contrato de trabajo suscrito entre las partes el 14 de diciembre de 2010 (fl. 25) se plasmó que *“el empleador reconocerá al empleado en su cargo de OPERADOR DE GRUA la suma de \$1.100.000 en forma mensual como AUXILIO DE LOCALIZACIÓN, el cual por acuerdo mutuo de las partes no constituye salario ni es factor del mismo para ningún efecto laboral, de conformidad con la facultad dispuesta en el artículo 15 y siguientes de la Ley 50 de 1.990”*. Dicha disposición de carácter general no permite la interpretación extensiva al auxilio de localización que no fue taxativamente incorporado en ella, en los términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia referenciada.

En ese orden de ideas, al encontrarse probado el carácter salarial del auxilio de localización, la parte demandada debe soportar las consecuencias jurídicas que su omisión le impone, que no es otra que la reliquidación de las prestaciones sociales, por lo que se confirmará en este aspecto la sentencia recurrida.

De la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la sanción moratoria no es automática y por ende debe el operador judicial constatar en cada caso si el demandado omitió suministrar elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe, es decir que no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta (CSJ SL8216-2016 SL390-2019).

De igual modo, El Tribunal de cierre de la jurisdicción laboral ha estimado que *“la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción”* (CSJ SL9641-2014).

En ese orden de ideas, la demandada aduce que su conducta estuvo desprovista de mala fe pues contaba con la convicción absoluta de que actuaba dentro del marco legal al pagar un auxilio de localización por valor de \$1.100.000 que consideró no retribuía el servicio prestado y era dado por mera liberalidad. Asimismo argumenta en la apelación que una clara muestra de la buena fe en su actuar es que cumplió con la totalidad de las obligaciones laborales impuestas.

Sobre el particular, aunque la Sala no desconoce que la demandada cumplió con el pago oportuno de los salarios, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social con el salario por ella reconocido como base, no es de recibo que pretenda ahora exonerarse de las consecuencias del impago, invocando la presunción de buena fe consagrada en la constitución nacional, cuando es claro que como toda presunción no es absoluta y es posible de desvirtuar, pues muy a pesar que la parte demandada creyó estar cancelando lo debido, las pruebas obrantes al plenario, convenio o pacto contractual no son el único elemento para

determinar la ausencia de mala fe, toda vez que la jurisprudencia laboral tiene dicho que es indispensable la verificación de otros aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado y en este caso la mala fe no se presume, se debe comprobar. Y en efecto, la forma contractual adoptada por las partes para excluir derechos a los trabajadores como es el Otro sí No. 1 derivó en el deficiente pago del mencionado auxilio de localización, entre las demás prestaciones reclamadas, sin tener en cuenta el salario promedio devengado por el ex trabajador, igual suerte llevó la exclusión de otros conceptos para calcular liquidación de cesantías anualizada, luego, el haberse generado ese pacto contractual no exonera a la pasiva de la sanción, porque es precisamente pacto, el que desmejoró los derechos del ex trabajador y hace que proceda la reliquidación de prestaciones sociales por el pago deficitario de las mismas, por ello la mala fe deprecada de la demandada en su proceder.

En consecuencia, deviene la confirmación de la sanción moratoria impuesta en primera instancia y con ello la sentencia recurrida.

3. Descuentos no autorizados.

Ciertamente, el artículo 149 del C.S.T. consagra una de las más importantes herramientas para evitar que el empleador abuse de su posición dominante frente a su trabajador y por eso le prohíbe a aquel **“deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial... Tampoco se puede efectuar la retención o deducción sin mandamiento judicial, aunque exista orden escrita del trabajador, cuando quiera que se afecte el salario mínimo legal o convencional o la parte del salario declarada inembargable por la ley”**. La Corte Constitucional en sentencia C-710 de 1996 señaló con vehemencia que entre los descuentos que el empleador le puede hacer al trabajador se encuentran **“... los autorizados por el trabajador, siempre y cuando no se afecte el monto del salario mínimo legal o convencional ni la porción de este considerada inembargable, y cuando la deuda no exceda tres veces el monto de su salario. Autorización que siempre debe de constar por escrito”**.

Debe decirse que en el presente asunto la inconformidad del recurrente va encaminada al reembolso del valor de \$449.935 ordenado por el juez de primera instancia y sobre el particular, se advierte que si bien sobre el salario pueden efectuarse descuentos, esto es, los de orden legal no requieren autorización alguna del trabajador, no lo es menos, que los demás descuentos si requieren la aceptación de este, por cuanto dicha prohibición está contenida en el art. 59 del C.S.T., y al no acreditarse dicho consentimiento en el plenario fue acertada la decisión del a quo para ordenar su reintegro, atendiendo que no basta con el solo hecho de asegurar que se trata de un ajuste de sueldo, sino que debe mediar el beneplácito expreso del actor para proceder a su devolución.

4. Solidaridad.

Pues bien, el art. 34 del C.S. del T.en tratándose de solidaridad, es claro al señalar que el origen de ella no es la relación directa entre trabajador y responsable solidario, sino la calidad de éste último como beneficiario de la obra o labor que desempeña el primero, es más, la existencia de un vínculo directo entre ellos haría inaplicable este postulado, pues en ese caso, la responsabilidad del beneficiario sería directa y no solidaria, ya que acudiría a juicio como verdadero empleador.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia del 24 de abril de 1997, expuso: *“... En lo que hace al beneficiario del servicio o dueño de la obra, es claro que no es patrono en términos formales o reales con respecto de los trabajadores requeridos por el contratista, ya que no ejerce la subordinación laboral frente a aquellos o este, de suerte que sólo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio. Con todo, la ley laboral lo hace responsable solidario por la remuneración, prestaciones, indemnizaciones y derechos laborales correspondientes a los trabajadores del contratista...”*

Se tiene entonces que, la responsabilidad solidaria se desprende no de la condición de empleador, sino de la de ser beneficiario de la labor desarrollada por el trabajador al servicio su empleador, el cual a su vez es contratista de quien se pretende vincular. Esto indica entonces que, para la prosperidad de esta pretensión debe probarse que para el

momento de los hechos el empleador del demandante era contratista de MAMUT y que el empleado se encontraba desempeñando una labor de la cual era beneficiario ese tercero propia del giro ordinario de sus funciones.

Con todo, frente a ese tema (solidaridad), la jurisprudencia tiene dicho que para tal figura se necesita la concurrencia de 3 elementos a saber: primero, la existencia de vínculo contractual entre el beneficiario de la labor y el empleador del demandante; segundo, el contrato de trabajo entre el actor y el contratista del beneficiario y tercero, que la labor contratada sea del giro ordinario de las actividades del beneficiario, elementos estos que el despacho encuentra acreditados en el plenario por las siguientes razones:

1. Relación entre empleador y beneficiario.

En el caso sub examine, se encuentra demostrado la suscripción de un contrato de obra No. 05102009 del 22 de octubre de 2010 celebrado entre MAMUT DE COLOMBIA S.A.S y CARBONES DEL CERREJÓN LLC, cuyo objeto era “Dar alcance al anexo A-Alcance de los servicios (suministro y operación de equipos mecánicos para izaje y manejo de equipos y/o cargas)”; además este contrato cumple con las condiciones de la norma en cita para considerar a MAMUT de COLOMBIA como contratista y a CARBONES DEL CERREJÓN como contratante beneficiario.

Lo anterior, atendiendo: que se trata de un contrato en virtud del cual el empleador, aparece como contratista de una labor en beneficio de un tercero.

2. Contrato de trabajo celebrado entre el demandante y la demandada principal.

En esta oportunidad, está demostrada la relación laboral entre el ex trabajador y la demandada, pues así se dejó ver de las pruebas documentales obrantes en el plenario, más específicamente, el contrato laboral visto de folios 21 a 24 del expediente, donde se indica que el señor FERNANDEZ BRITO fue contratado por la demandada para prestar sus servicios de Operador de Grúa, ejecutando labores como operar el equipo

de forma segura, el cumplimiento de las normas de seguridad de la compañía y las recomendaciones del cliente y las anexas y/o complementarias.

3. La labor desempeñada por el demandante pertenece al giro ordinario de las actividades del responsable solidario.

En el sub lite, se tiene que tanto el objeto del contrato de obra suscrito por la demandada, como las funciones específicas que de éste se desprenden y que realizaba el demandante, corresponden al giro ordinario de las actividades del CERREJON LLC “OPERADOR DE GRUA”, cuyo **objeto** social principal es la exploración, explotación, transporte y comercialización de carbón, además de la compra, extracción, explotación, procesamiento, distribución, venta y comercialización en general de carbones, otros minerales y de todo tipo de combustibles.

Así las cosas, y como quiera que el sub examine se cumplen los elementos exigidos para acreditar la solidaridad predicada, no resta más que confirmar la decisión recurrida, pues si el CERREJON LLC eligió a quien sería el contratista, por tratarse del giro ordinario de sus funciones, tiene una posición de garante que no puede evadir en juicio.

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 de Colombia y por autoridad de la ley, **FALLA:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Maicao, La Guajira el 31 de octubre de 2018, en el asunto de la referencia, por lo expuesto en los considerandos de este proveído.

SEGUNDO: Costas en segunda instancia a cargo de la parte demanda. Fijense agencias en derecho en la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: NOTIFICAR por estado esta providencia.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

JOSÉ NOÉ BARRERA SAENZ
Magistrado
Con Salvamento de Voto

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado