

Señores

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA
SALA LABORAL**

M.P DR. FABIAN GIOVANNY GONZALEZ DAZA

E. S. D.

REF.: PROCESO : ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE : LUIS ALBERTO SILVA GAMARRA
DEMANDADO : AUSTIN INGENIEROS S.A
RAD INT : 71.512

Quien suscribe **HILLARY VELASQUEZ BARRIOS**, abogada, identificada como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi condición de apoderada sustituta de la empresa **AUSTIN INGENIEROS S.A.**, me dirijo respetuosamente a su despacho, dentro de la oportunidad procesal establecida para ello, con la finalidad de presentar **alegatos de conclusión**, para que sean tenidos en cuenta al momento de resolver el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de fecha treinta (30) de Agosto de dos mil veintiuno (2021), proferido por el Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Barranquilla, teniendo en cuenta lo siguiente:

ANTECEDENTES

Pretensiones de la demanda

El accionante solicita que: **(i)** Se declaré que el auxilio de sostenimiento (viáticos) cancelado mensualmente durante toda la relación laboral al demandante hacía parte del salario; Como consecuencia de lo anterior se reliquiden: **ii)** Se declaré la indemnización por retiro **iii)** Se declaré el pago de Prestaciones sociales y **iv)** los aportes a pensión desde el 24/04/2016 hasta el 29/08/2018 **(v)** Se declaré Que las empresas demandadas, son solidariamente responsables de las acreencias laborales adeudadas al actor. **(vi)** Que se condene a la INDEMNIZACIÓN MORATORIA por el no pago correcto de las prestaciones sociales. **(vii)**La indexación de los dineros dejados de cancelar oportunamente. **(viii)** Las costas del proceso

Sentencia de primera instancia

El Juzgado 14 Laboral del circuito de Barranquilla, decidió ABSOLVER a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda, en virtud de los siguientes argumentos:

Con el fin de determinar si el auxilio de sostenimiento que le era otorgado al accionante por su empleador constituye factor salarial, la Juez trajo a colación el artículo 128 del C.S.T, modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, el cual señala qué pagos no constituyen salarios, el cual consagra lo siguiente:

No constituyen salarió 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. [...]"

Adicionalmente indicó que con las documentales allegadas al expediente y con el interrogatorio de la parte demandante, se logró comprobar que el actor suscribió contrato de trabajo en la ciudad de Barranquilla para prestar sus servicios en la Mina ubicada en Cesar y que por ello debía trasladarse constantemente. Así también, se encuentra probado que, en la cláusula quinta del contrato de trabajo suscrito por el actor, se pactó expresamente, que en atención a las actividades que realizaría el trabajador en el cargo de Técnico A Construcciones Soldadas, las cuales implican su constante traslado, el empleador le otorgaría un auxilio mensual no constitutivo de salario de UN MILLÓN CIEN MIL PESOS (\$ 1.100.000.00).

Igualmente, la Juez indicó que, en la práctica de pruebas, el demandante aceptó haber suscrito el contrato de trabajo en mención y confesó que no fue coaccionado o forzado a firmarlo. En consecuencia, el pacto de exclusión salarial contenido en la cláusula quinta del contrato de trabajo resulta eficaz, al no evidenciarse vicios del consentimiento al momento de la firma de este.

En virtud de lo expuesto, el Juzgado 14 laboral resolvió:

- 1.Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada Austin ingenieros Colombia SAS.
- 2.Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada C.I. Prodeco.
- 3.Absolver a las demandadas de todas las pretensiones de la demanda.
- 4.Costas a cargo de la parte demandante.
- 5.Absolver a las llamadas en garantía Liberty y Confianza de todas las pretensiones.
- 6.Consúltese en caso de no apelarse.

ALEGATOS

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, me permito presentar mis alegatos de conclusión con el fin de que se confirme la decisión proferida por el A quo, en virtud de las siguientes consideraciones:

1.NO HAY LUGAR A LA RELIQUIDCION DE SALARIOS, NI PRESTACIONES SOCIALES

El apelante solicita se declare que el auxilio de sostenimiento por concepto de viáticos cancelado mensualmente durante toda la relación laboral al demandante hacía parte del salario, respecto a esta pretensión me permito manifestar que la misma no tiene animo de prosperar en virtud de lo siguiente:

Es menester traer a colación el artículo 128 del C.S.T, modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, señaló qué pagos no constituyen salarios, y sobre ello dispuso lo siguiente:

"[...] 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. [...]"

La Corte suprema de justicia (SL2425-2021) menciona sobre las condiciones que permiten considerar pagos no salariales, tienen los siguientes elementos:

- 1- Los ocasionales que por mera liberalidad se otorguen a los empleados.
- 2- Aquellos que se reconozcan para facilitar el desarrollo de funciones del trabajador y que por tanto no tienen como finalidad enriquecer su patrimonio, sino dotarle de recursos productivos que le permitan realizar su labor sin las trabas propias del quehacer operativo.
- 3- Los pagos, beneficios o auxilios que, aun siendo habituales, las partes acuerden expresamente que no constituirán salario y así lo consagren por las vías convencional o contractual, si no están relacionados con la prestación del servicio.

De manera más específica ha señalado la Corte que todo pago es **salario a menos que:**

- Se trate de prestaciones sociales
- De sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones
- Se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador
- 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.

Bajo las anteriores premisas y haciendo énfasis en los factores o pagos que no constituyen salario, cuando se acuerde un pago NO salarial, ese pago debe ser claro, preciso, expreso, de manera que se pueda identificar claramente de donde viene y hacia dónde va, no se requiere un análisis muy profundo ni una interpretación estricta para analizar la cláusula que suscribieron las partes, en donde se evidencia de manera clara, precisa y oportuna que el auxilio de sostenimiento por concepto de viáticos NO son constitutivos de salario, además que lo recibido no son para su beneficio, ni para su enriquecimiento personal, por lo tanto los argumentos de la parte actora no están llamados a prosperar bajo este entendido, la Corte se ha pronunciado y estipulo de manera clara el procedimiento y la claridad que se debe tener para aquellos pagos NO constituyan salario, mi representada cumplió a cabalidad y actuó conforme a la ley en cada uno de estos rubros, por lo que lo exigido por la parte accionante son pretensiones sin peso de ley.

Bajo ese orden de ideas, tenemos que la pretensión del actor radica en establecer si el auxilio de sostenimiento recibido por él constituye o no factor salarial, y, en consecuencia, si en virtud de ello deben reliquidarse sus prestaciones sociales. Pues bien, frente a lo anterior me permito indicar lo siguiente, si se analizan las nóminas de pago de salarios visibles en el expediente del plenario, se puede observar que el demandante en efecto si recibía en forma periódica un concepto denominado auxilio de sostenimiento, por el este alega que debe ser considerado como factor salarial, dado que era cancelado mensualmente.

En ese sentido, al verificarse el contenido de la cláusula segunda del contrato de trabajo aportado, tanto por el demandante como por la demandada, se advierte que en ella se estableció que **ninguno de los beneficios o auxilios en dinero o en especie que recibiere el trabajador otorgados unilateralmente en forma extralegal por el empleador, tales como alimentación que le suministre en las instalaciones de la empresa, los**

elementos de transporte, bonificaciones, primas extralegales de navidad, de vacaciones, viáticos o cualquier otra suma de dinero, cualquiera que sea la denominación que se le dé que por ocasionalmente o por mera liberalidad otorgue el empleador, cualquier otro beneficio extralegal, entre otros, constituye base salarial para liquidar derechos laborales, ni para aportes a la seguridad social, ni aportes parafiscales, ni para ningún otro efecto legal, cláusula la cual fue aceptada por el demandante en el desarrollo del interrogatorio de parte a él formulado.

En tal diligencia, también se aceptó por parte del demandante la suscripción de la cláusula de auxilio de sostenimiento y que el mismo era utilizado para su subsistencia en la mina donde prestaba el servicio, por lo que resulta indefectible concluir que los auxilios de sostenimiento, alimento y transporte percibidos por el actor y cuya inclusión pretende para la liquidación de sus prestaciones sociales, no constituyen factor salarial, pues en el contrato suscrito por las partes quedó establecido de forma expresa que los mismos no podían ser tenidos como tales aunado a que el promotor del juicio no allegó prueba que demuestre lo contrario. En consecuencia, se torna improcedente la reliquidación de las prestaciones sociales ante la improsperidad de la solicitud de inclusión de tal concepto como factor salarial

Respalda lo anterior, el criterio fijado por la honorable Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL5159-2018, en la que expresó:

"(...) 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 Radicación N° 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."

De otro lado, y en lo referente a la sanción moratoria solicitada, debe precisarse que no debe haber lugar a acceder a ello, ya que como se demostró a través de la documentales, mi representada canceló oportunamente las prestaciones sociales a que tenía derecho el demandante una vez finalizada la relación laboral.

Adicionalmente, no tiene virtud la pretensión de reliquidar prestaciones sociales que eventualmente conllevaría al reconocimiento de esa indemnización. En

virtud de lo anterior, no le asiste razón al demandante en los reclamos deprecados, por lo que resulta pertinente confirmar la absolución a mi poderdante de las pretensiones incoadas en su contra; y como a esa misma conclusión arribó el fallador de instancia, es dable concluir que se confirmara la decisión de primera instancia, en todas sus partes.

2.NO HAY LUGAR A SOLIDARIDAD ENTRE LAS DEMANDADAS

En lo que respecta a la solidaridad entre las demandas y mi representada me permito manifestar que en el presente caso no puede predicarse tal solidaridad entre Austin Ingenieros y C.I Prodeco, por cuanto la solidaridad que trata el artículo 34 del C.S.T. se predica del beneficiario del servicio respecto de los empleados del contratista independiente, cuando se trate de labores **afines** a las actividades normales y propias de éste, supuesto no se cumple en el caso sub examine, tal como me permito explicar a continuación:

- C.I. PRODECO se dedica la exploración y explotación de minerales, bien sea por el procedimiento a cielo abierto o por minería subterránea, su beneficio y transformación para uso comercial o industrial y la comercialización de tales productos en el país o fuera de él, como también al comercio internacional de artículos y productos colombianos en el exterior, la promoción de éstos en los mercados externos y la importación de bienes e insumo para abastecer el mercado interno.
- Austin Ingenieros Colombia por su parte, presta servicios de fabricación, soldadura y mecanizado en sitio, con total autonomía y completa independencia, con sus propios recursos, impartiendo las órdenes y directrices respectivas a su propio personal, asumiendo todos los riesgos inherentes a las actividades desarrolladas.
- Entre Prodeco y Austin Ingenieros se celebró un contrato de prestación de servicios en virtud del cual, Austin se obligó a prestar servicios de fabricación, soldadura y mecanizado en sitio, con sus propios elementos, personal y herramientas de trabajo.
- Austin Ingenieros Colombia S.A.S. presta servicios de fabricación, soldadura y mecanizado en sitio. Tales servicios han sido prestados con total autonomía y completa independencia, con sus propios medios, impartiendo las órdenes y directrices respectivas a su propio personal, asumiendo todos los riesgos inherentes a las actividades desarrolladas.
- El servicio prestado por Austin Ingenieros Colombia S.A.S. es diferente o ajeno a la actividad desarrollada por C.I. PRODECO, en consecuencia, no puede predicarse solidaridad

En virtud de todo lo anterior, al quedar plenamente demostrado, que en el caso que nos ocupa, no se cumplen los supuestos establecidos en el artículo 34 del C.S.T., solicito respetuosamente se confirme el fallo absolutorio de primera instancia y se mantenga absuelta a mi representada de todas las pretensiones de la demanda.

De esta manera dejo expuestos mis alegatos de conclusión.

Respetuosamente,

HILLARY VELÁSQUEZ BARRIOS

CC. 1.045.715.204 de Barranquilla

T.P 284.103 C.S de la J.

hillary.velasquez@chapmanyasociados.com