

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA, SALA LABORAL DE DECISION.

Magistrado Ponente: LUIS JAVIER AVILA CABALLERO

Rad.: 13001-31-05-0 06-2017-00353-01

Clase de Proceso: **Ordinario laboral.**

Demandante: ROBINSON CRISMATT MONTALVO, JUAN HERNANDEZ BALNCO, GUSTAVO REDONDO MORA, OTONIEL SANTANDER BARRIOS y ELIADES SOSA LARA.

Demandado: CBI COLOMBIANA S.A., ARMOTEC COLOMBIA S.A., MECOR C.A. y REFICAR S.A.

ELIANA TRIVIÑO OROZCO, mayor de edad, abogada en ejercicio, identificada como aparece al pie de mi respectiva firma, actuando en calidad de apoderada judicial de las demandadas consorciadas: **ARMOTEC COLOMBIA S.A.**, y **MECOR C.A.** dentro de la oportunidad procesal me permito descorrer traslado para presentar mis alegatos dentro del trámite de recurso de apelación que fuere presentado en representación de mis poderdantes contra la sentencia de fecha 23 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito, lo anterior en los siguientes términos:

Tal y como se planteó dentro del recurso de apelación presentado en el trámite de la primera instancia, nos partamos de la decisión del fallador en cuanto a las condenas impuestas, por lo que solicitamos a esta en esta sede de segunda instancia se revoque el fallo apelado y se absuelva a mis apadrinadas de todas y cada una de las condenas impuestas, para tal fin pasaremos a analizar cada una de estas y los reparos que se hacen sobre las mismas.

1. SOBRE LA RELIQUIDACION DE HORAS EXTRAS, PRESTACIONES SOCIALES Y APORTES A PENSION INCLUYENDO EL BONO DE ASISTENCIA - BONO DE POLITICA SALARIAL.

Con relación a esta condena que llevó al juez a reliquidar prestaciones sociales y aportes a pensión, nos permitimos manifestar nuestra inconformidad teniendo en cuenta que las condiciones del reconocimiento de este bono de asistencia fueron suficiente y claramente plasmadas en el contenido del contrato, contenido que se encuentra sujeto a las reglas de la política salarial de Reficar extensiva a contratistas y subcontratistas del proyecto de expansión. Estas condiciones que se plantearon en

el contrato fueron revisadas y suscritas por las partes (empleador y trabajador) sin que las mismas representen una vulneración a derechos laborales consagrados en nuestro ordenamiento legal. Se equivocó el A quo al considerar que no era posible desalarizar el bono de política salarial a efectos de liquidar ciertos emolumentos, lo cual es totalmente apartado de nuestra realidad jurídica laboral, tal y como ha venido siendo planteado por la Sala Laboral de esta Magistratura.

En este punto es necesario analizar el contenido del contrato para establecer con claridad que el bono política salarial si tenía incidencia salarial a efecto de liquidación de prestaciones sociales y pago de aportes al sistema General de seguridad social, No es cierto que el bono de política salarial no hiciera parte del salario, porque la misma cláusula 14 del contrato da cuenta de su incidencia salarial, lo que realmente se duelen los demandantes es que este factor (es decir el bono de asistencia) no fuera tenido en cuenta a efectos de liquidar las horas extras y/o trabajo suplementario, situación que no le resta eficacia al acuerdo pues a la luz de lo establecido en el art. 128 del CST. y de la interpretación que hace nuestro máximo órgano de cierre es posible que las partes acuerden que un factor salarial sea excluido como base de un pago (ya sea una prestación social, indemnización e inclusive remuneración de trabajo suplementario como ocurrió en este caso)

Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia Sala de casación laboral entre otras en sentencias (64255 de 17 de julio de 2019, SL 1399 de 2019, Sl 177 de 2020 entre otras) recalcando que desalarizar no significa quitarle naturaleza salarial a un pago que por esencia lo es, pues el art. 128 lo que permite es que las partes puedan pactar que un pago que es salario no sea tenido en cuenta como factor para la liquidación de ciertas prestaciones, siempre y cuando no atente contra la remuneración mínima , vital y móvil, lo cual no es del caso evidentemente si se tiene que las partes dentro de este proceso percibían salarios por encima de la media salarial de los trabajadores de su ramo y/o profesión. Así las cosas, es totalmente transparente los manifestado por mis apadrinadas en el sentido que jamás le restaron incidencia salarial al bono referenciado de hecho se encuentra incluido dentro de las liquidaciones de prestaciones sociales y aportes al sistema e incluso dentro de las vacaciones reconocidas a los trabajadores.

Por otro lado se debe recalcar que los requisitos para su reconocimiento estaban fijados por la contratante del consorcio por lo que eran reconocidos si y solo si se cumplía con los allí estipulado, no bastaba con la sola prestación del servicio para su causación (dejándose establecido en el contrato como se evidencia de las documentales que la bonificación dependía de la asistencia puntual como aporte del trabajador en el cumplimiento del cronograma del equipo de trabajo además de la observancia de las normas HSE también del equipo de trabajo por lo que es realmente cierto que esta bonificación no iba a retribuir directamente el servicio prestado sino a incentivar al grupo)

Es claro que este bono de política salarial se pagaba una vez verificadas las condiciones para su reconocimiento, esto es, la asistencia puntual de los trabajadores a su sitio de trabajo, circunstancia que se verificaba con el registro de entrada que hacían los trabajadores con su carné a las instalaciones del proyecto, además de la verificación del cumplimiento de las normas de higiene y seguridad en el trabajo, circunstancia esta que verificaba el equipo Hseq tanto del consorcio como de la contratista, de igual manera la contratista verificaba el avance de la obra a efectos de reconocer este bono de política salarial, por lo que no se puede decir que era automático con la prestación del servicio.

Por otro lado, y si se verifican las documentales aportadas, se puede establecer que aun existiendo periodos de incapacidad para los demandantes (verificable en sus finiquitos de pago) estos recibían el valor completo del bono de política salarial por todos los días del mes, por lo que se cae la teoría de que estos eran causa de la contraprestación directa del servicio prestado, porque de ser así debieron haber sido descontados estos días a efectos del reconocimiento de dicho bono.

2. SOBRE LA RELIQUIDACION DE HORAS EXTRAS, PRESTACIONES SOCIALES Y APORTES A PENSION INCLUYENDO LOS BENEFICIOS EXTRALEGALES PACTADOS EN EL CONTRATO.

Nuevamente se equivoca el operador judicial de primera instancia al considerar que los beneficios extralegales pactados por las partes dentro del contrato de trabajo, constituyen factor salarial porque según sus consideraciones no tienen ningún tipo de justificación para haber sido desalarizados, en este caso los pactados en las cláusulas 15 a 18 de cada uno de los contratos de los trabajadores, refiriéndose en especial a la prima técnica, y al incentivo HSE.

Se hace necesario aclarar que estos beneficios extralegales por expreso acuerdo de voluntades no tendrían incidencia salarial amparados en el art. 128 del CST. es transparente que la misma ley permite desalarizar conceptos reconocidos por mera liberalidad del empleador y que van encaminados a redundar en beneficios al trabajador, sin que su reconocimiento implique una burla a la ley o un intento de engaño al sistema como han querido mostrarlo los demandantes en este proceso.

Estos beneficios extralegales encuentran sustento en el hecho de que van encaminados a incentivar la satisfacción del trabajador con su trabajo y las buenas prácticas laborales, sin que esto implique una contraprestación directa por el servicio prestado como mal lo entendió el Juez de primera instancia.

Para el caso de la PRIMA TECNICA, que el juez consideró como una simple contraprestación del servicio sin ahondar más allá de las circunstancias de reconocimiento, esta era reconocida con base en una escala fijada en la misma política salarial que se le aplicaba a todos los trabajadores vinculados a la expansión de la refinería. Esta prima se planteó en el marco de la necesidad de mantener a

personal calificado en la obra, procurándole unas condiciones que le hicieran más atractivo al trabajador permanecer en la prestación del servicio. Este reconocimiento se dio dentro de las especiales circunstancias que envolvieron el proyecto de expansión de la Refinería, que como es de público conocimiento, se trató de uno de los proyectos de mayor envergadura del país, y que debido los retrasos presentados se hizo necesario incentivar a los trabajadores de los contratistas y subcontratistas para lograr la terminación rápida del proyecto, en este entendido y teniendo en cuenta que no se contaba con el suficiente personal en las obras se plantearon una serie de beneficios, este en especial fue planteado por el conocimiento técnico o KNOW HOW de ese personal que aunque no era profesional, si se trataba de personal técnico y con labores que no son tan fáciles de desarrollar aunque se les llame en muchos casos “mano de obra no calificada” como es el caso de los andamieros, soldadores, aisladores etc., actividades que no son tan fáciles de desarrollar y para las que no hay suficiente personal en el mercado, así las cosas y con el fin de mantener a este personal en esta obra, para que no se fueran a otros proyectos o empresas similares en el sector, se planteó esta prima técnica, que contrario a lo que consideró el juez de instancia no es una contraprestación directa por el servicio prestado sino un incentivo para mantener a un personal vinculado al proyecto, no se estaba buscando defraudar, ni mucho menos engañar al trabajador disfrazando un beneficio, mucho menos se actuó de mala fe con este reconocimiento extralegal.

Por otro lado, el INCENTIVO HSE, era reconocido al grupo de trabajo y de verificación posible, no pudiendo aducirse que también se trataba de contraprestación directa por el servicio prestado, este estaba sujeto a que no se diera ningún incidente o accidente en las unidades de trabajo para incentivar como su nombre lo indica las buenas prácticas y se atendieran todas las indicaciones del Departamento de Seguridad y salud en el trabajo, esto es, para ayudar a la terminación de la obra con el menor índice de accidentabilidad y para que los grupos o equipos de trabajo hicieran uso de los elementos de protección, procurando cada uno de los integrantes de cada frente, el bienestar del otro, porque del resultado grupal dependía el reconocimiento de este incentivo, si uno de los integrantes del equipo fallaba, influía en el reconocimiento del incentivo para los demás miembros, así las cosas es imposible pensar que este beneficio extralegal fuera encaminado a la retribución directa del servicio prestado por el trabajador, porque su misma naturaleza lo ligaba a un buen comportamiento del colectivo no de un solo trabajador.

Los demás beneficios extralegales reconocidos tales como bono de alimentación tampoco debe ser considerado de carácter salarial pues no va encaminado a retribuir de manera directa el trabajo sino a redundar en beneficios al trabajador, y se ha entendido que el reconocimiento de bonos sodexo pass no representan un quebrantamiento a las normas de carácter legal.

Así las cosas no es viable la solicitud de los demandantes en cuanto a la reliquidación de prestaciones sociales y aportes al sistema pues se repite, mis poderdantes siempre incluyeron dentro de las liquidaciones tanto de salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema, todos los factores salariales que por ley deben ser incluidos, y aquellos que fueron pactados conforme al art. 128 del CST es obvio que no entran dentro de estas liquidaciones porque precisamente la ley le permite a las partes acordar de manera voluntaria la exclusión de los mismos. y lo más importante, en el presente caso jamás se buscó engañar o burlar derechos laborales, por el contrario, los beneficios extralegales fueron planteados para el beneficio de todos los colaboradores dentro del proyecto de expansión.

3. SOBRE LA BUENA FE Y LA NO PROCEDENCIA DE LA SANCION MORATORIA PRETENDIDA.

Sobre el particular me permito manifestar que me aparto de las consideraciones esbozadas por el Aquo para condenar a mis apadrinadas al pago de la sanción moratoria originada en la reliquidación de horas extras y prestaciones sociales.

En el presente caso, el juez de instancia no tuvo en cuenta ninguna de las consideraciones señaladas por mis apadrinadas para excluir la mala fe en su actuar, de hecho sus consideraciones de entrada se centraron en la mala fe, argumentando una serie de engaños o disfraz de las cláusulas de exclusión salarial, manifestando que las mismas al no tener validez llevaban a que se endilgara una mala fe en el actuar de las empresas, cuestión totalmente ilógica si se tiene que de las reliquidaciones planteadas por el despacho se logra observar que se trata de sumas mínimas, que se encuentran por debajo de los salarios y sumas percibidas durante toda la relación laboral por los demandantes. No es posible considerar que mis apadrinadas pretendieran de manera engañosa burlar derechos laborales cuando es claro que durante toda la relación laboral se pagaron todos los conceptos pactados e incluso una vez finalizada la relación laboral, nótese que todos los conceptos se pagaron de manera puntual, cosa distinta es que de una interpretación que hace el juez, se llegue a la conclusión que no se incluyeron conceptos que claramente el empleador concebía como no salariales, totalmente convencido en lo pactado dentro del contrato y según lo permitido por el art. 128 del CST.

Mis apadrinadas siempre tuvieron la conciencia de legalidad, jamás buscaron engañar y mucho menos sacar provecho de una situación, por lo que la mala fe no debe ser presumible en este caso, como lo hizo el juez de primera instancia. Me permito hacer una reflexión en esta instancia para manifestar que, si no existe unanimidad de criterios dentro de los despachos judiciales para determinar el carácter o no de salarial de un beneficio conforme al art. 128, ¿Qué nos lleva a pensar que el empleador cuanta con un espectro más amplio para determinar que su actuar apegado al art 128 del cst no se reviste de legalidad? ¿Porque condenar a un empleador que tiene la percepción de que lo consagrado en el código sustantivo del

trabajo es legal? Condenarlo de esta forma sería presumir la mala fe de entrada contrariando el principio que todos los actos se presumen de buena fe y que esta debe ser desvirtuada, lo cual es claro no ocurrió en el presente proceso.

Traigo a colación el principio de la buena fe teniendo en cuenta que mi representada siempre ha actuado dentro del marco legal, amparándose su actuar dentro de la normatividad legal vigente, existió una convicción total de que al desalarizar los conceptos pactados en el contrato con base a lo establecido en el art. 128 no se estaba defraudado ni se buscaba sacar provecho de una situación, no solo mi representada si no un número considerable de empresas aceptaron la política salarial impuesta por la contratante atendiendo a un principio de que su actuar era supervisado por las entidades de vigilancia del Estado y que en tal sentido nunca tuvieron un requerimiento por parte de la UGPP que dieran a entender una posible evasión de cargas parafiscales o de aportes al sistema de seguridad social integral.

Al respecto en varias oportunidades la sala laboral de la corte suprema se ha pronunciado, y en la sentencia de marzo 16 de 2005 expediente 23987 ha dicho:

«La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud"»

Defendemos la buena fe y la reafirmamos en el hecho de que hoy por hoy existen distintas interpretaciones del art. 128 del CST. no solo dentro del Tribunal Superior de Cartagena sino también en el órgano de cierre Corte Suprema de Justicia, por lo que no es posible concluir de manera expresa y sin reparos que estas cláusulas que han sido objeto de distintas interpretaciones con base en el art. 128 del CST. den lugar indiscutiblemente a un acto de mala fe por parte de las empresas contratistas. Pues es claro que ninguna de estas empresas sacó provecho alguno de dicha desalarización y mucho menos cuando las pretendidas reliquidaciones nos llevan a sumas pequeñas, no hubo en ningún caso intención o el dolo para causarle daño a los trabajadores, por el contrario mis representadas siempre consideraron que tanto el bono de política salarial como los factores no salariales redundaban en beneficios a los trabajadores cuyas labores sea de paso decir se pagaban por encima de la media laboral del país.

Si se llegara a la reliquidación del trabajo suplementario, resultaría abiertamente inferior a las sumas que mensualmente recibía el trabajador por bono de asistencia y abiertamente ínfima con relación a lo recibido como prestaciones sociales y aportes al sistema por lo que es evidente que no se buscaba afectar el mínimo vital o los derechos de los trabajadores.

Es evidente que el Consorcio AMC en ningún momento desconoció el carácter de salario del bono, sino que limitó su inclusión como factor para liquidar el trabajo suplementario tal y como lo autoriza la norma.

Por otro lado y si en gracia de discusión se llegaré a considerar que efectivamente mi apadrinada incurrió en una clausula ineficaz debemos entender que estos pagos de política salarial venían directamente contemplados por la contratante final, esto es REFICAR S.A. por lo que el consorcio estaba casi que obligado al reconocimiento de esta remuneración a los trabajadores que hacían parte del proyecto de expansión por lo que es evidente que no hay animo de sustraerse de obligaciones prestacionales y mucho menos animo de no pago pues el grueso de los emolumentos (prestaciones y aportes al SGSSI) se hicieron con base en todo lo percibido por el trabajador.

Por todo lo antes expuesto solicito a este Honorable Tribunal Absolver a mis apadrinadas de todas y cada una de las condenas impuestas, y en especial la atinente a la mala fe y su consecuente sanción moratoria pues en el presente caso es evidente que no hubo tal conducta en el actuar de mis apadrinadas

Atentamente,



ELIANA TRIVIÑO OROZCO

C.C. No. 45544895

T.P. No. 168.605