El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Asunto. Apelación sentencia

Proceso. Ordinario laboral

Radicación Nro. : 66001-31-05-003-2016-00346-01

Demandante: Roberth Hernan Cardona Calderón

Demandado: Telemark Spain SL Sucursal Colombia Zona Franca Permanente Especial

Juzgado de Origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**Temas: CONTRATO DE TRABAJO / TRABAJADOR DE DIRECCIÓN, CONFIANZA O MANEJO / CARACTERÍSTICAS / BONO POR ASISTENCIA A JORNADA LABORAL / CONSTITUYE SALARIO / INDEMNIZACIÓN MORATORIA / EXISTENCIA DE MALA FE / CONFIRMA -** . Ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que por disposición del artículo 32 del C.S.T., las personas que ejercen funciones de dirección o administración, entre las cuales se halla el cargo de gerente, director, administrador, son representantes del empleador, y como tales lo obligan frente a sus trabajadores; condición especial que los excluye de la regulación legal de la jornada laboral, por ser trabajadores de dirección, confianza y manejo, en virtud del artículo 162 ibídem.

(…)

Además, esta calificación de empleador de dirección, confianza y manejo, no se plasmó en el contrato de trabajo visible a folio 141, por el contrario, se pactó que se entendería remunerado el trabajo suplementario, cuando recibiera comisiones o salario variable; lo que excluye la condición de trabajador de dirección, confianza o manejo, por el contrario, se reconoce que no lo era.

(…)

En razón a lo anterior la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que no importaba la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial.

(…)

En ese orden de ideas, se tendría que concluir, de lo declarado por los testigos y confesado por el demandado, que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante; al confluir las características de periodicidad, duración y uniformidad en su monto, máxime cuando la asistencia al trabajo constituye el requisito necesario para su causación o lo que es lo mismo, la prestación personal del servicio, elemento esencial del contrato de trabajo, por lo tanto, es una consecuencia directa de la labor desempeñada.

(…)

En lo atinente a esta indemnización, ha de decirse que el ya citado artículo dispone que la misma se causa cuando a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas; cuya aplicación no es automática, como lo ha dicho reiteradamente el órgano de cierre de esta especialidad. Entonces, al tener naturaleza sancionatoria debe estar precedida del análisis del comportamiento que asumió el empleador moroso, para verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su incumplimiento y lo ubiquen en el terreno de la buena fe.

(…)

Más aún cuando en la misma línea, el órgano de cierre en materia laboral en la sentencia ya citada que “la práctica de entregar sumas de dinero al abrigo de figuras de desalarización o exclusión salarial, en fraude a la ley y con el ánimo de disimular su verdadera naturaleza salarial y, a la postre, liquidar sobre ellas prestaciones sociales, que luego son entregadas al trabajador con otros nombres o bajo otras denominaciones, evidencia un acto desprovisto de buena fe”.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Asunto.** Apelación sentencia

**Proceso.** Ordinario laboral

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-003-2016-00346-01

**Demandante:** Roberth Hernan Cardona Calderón

**Demandado:** Telemark Spain SL Sucursal Colombia Zona Franca Permanente Especial

**Juzgado de Origen:** Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**Tema a Tratar:** Trabajador de dirección, confianza y manejo; pagos que no constituyen salario; mala fe

En Pereira, a los trece (13) días del mes de marzo de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación frente a la sentencia proferida el 24 de enero de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Roberth Hernán Cardona Calderón** contra **Telemark Spain SL Sucursal Colombia Zona Franca Permanente Especial,** radicado 66001-31-05-003-2016-00346-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandado y su apoderado:

**TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende el señor Roberth Hernán Cardona Calderón, que se declare que entre él y Telemark Spain SL existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 10-06-2009 y el 29-07-2015; en consecuencia, se condene a la última a reconocerle y pagarle las horas extras desde marzo de 2011 hasta el 2012; las sumas de dinero dejadas de cotizar al sistema de pensiones y las cesantías durante los años 2011 a 2015; el auxilio de transporte y calzado y labor entre el 2009 a 2011 y la moratoria del artículo 65 del CST.

Fundamenta sus pretensiones en que: (i) desde el 10-06-2009 al 29-07-2015 estuvo vinculado con Telemark Spain SL a través de un contrato de trabajo a término indefinido, para trabajar como jefe de ventas con un salario de $900.000. (ii) Durante el mencionado periodo no le reconocieron la jornada ordinaria nocturna durante 15 días mensualmente, el trabajo dominical y festivos ocasionales, hora y media extra diaria, auxilio de transporte y dotación, todas a pesar de haberse causado.

(iii) Del 01-10-2010 al 31-12-2012 fue promovido al cargo de formador donde realizó turnos de 10 horas desde las 12:30 a.m.

(iv) El 12-05-2015 solicitó el pago de los conceptos adeudados, 2 meses después la relación laboral terminó sin justa causa y le pagaron la liquidación correspondiente.

(v) Desde el 20-06-2009 al 30-06-2014 recibió un bono de asistencia el cual no fue tenido en cuenta como factor salarial.

**Telemark Spain SL Sucursal Colombia Zona Franca Permanente Especial** aceptó la mayoría de los hechos.

Adujo que el cargo para el cual fue contratado inicialmente el actor era de coordinador, que el mismo era de dirección, manejo y confianza, al igual que el cargo de formador, los que no estaban sujetos a la jornada máxima legal al ser un horario variable.

Respecto del bono de asistencia señaló, que era entregado a aquellos trabajadores que no presentaban ninguna ausencia durante el mes, y que por no ser salario no se tenía en cuenta al momento de hacer los aportes o liquidar las prestaciones.

Frente a las pretensiones se opuso y propuso las excepciones de *“cobro de lo no debido”, “inexistencia de la causa y de la obligación”, “pago”, “buena fe”, y “prescripción”.*

**2. Síntesis de la sentencia objeto de apelación**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró que entre el 10-06-2009 y el 31-12-2012, el actor no era un trabajador de dirección, confianza y manejo, de la empresa demandada, por lo tanto, estaba sometido a una jornada ordinaria laboral; en consecuencia, condenó a la última al pago de horas extras y recargos nocturnos entre el 01-05-2012 y el 31-12-2012; asimismo, que la bonificación por asistencia tiene la condición de factor salarial, por lo que reajustó el pago de las cesantías para los años 2009 a 2012, el ingreso base de cotización para los pagos de pensiones en Porvenir; reconoció la indemnización moratoria y declaró parcialmente la excepción de prescripción.

Como fundamento de su decisión señaló que está fuera de discusión la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido para el cargo de coordinador y con un salario de $900.000 desde el 10-06-2009 (fl. 141). Asimismo, que fue formador de teleoperadores.

En relación con el calificativo que le dio la empresa de empleado de dirección, confianza y manejo indicó, que si bien en el contrato de trabajo no se estableció como tal, la prueba testimonial tampoco lo devela, pues el cargo de jefe de ventas no tenía poder decisorio, no participaba en reuniones de carácter directivo, ni modificaba su propio horario; por lo tanto, no era un representante del empleador, sino que simplemente desempeñaba una función ejecutiva, sin tener una jerarquía en la empresa.

Respecto a la bonificación de asistencia como factor salarial expresó, que la empresa hacía una calificación de la asistencia de los trabajadores y por ello reconocía la suma de $100.000, que frente a ello se les cercenaba el derecho a los trabajadores de ausentarse, por lo tanto era una limitación, pues si no iban por una razón justificable perdían $100.000, de ahí que no proviniera de la liberalidad y voluntad del trabajador, por el contrario era un medio de presión para que nunca dejaran de asistir al trabajo.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la mala fe, señaló que el trabajador no recibió como salario lo que le correspondía, como es la bonificación que era factor salarial, máxime cuando no se indica en el contrato de trabajo y el otrosí, que la bonificación fue excluida como factor salarial; por lo que siendo un pago habitual y permanente del 2009 a 2012, genera la responsabilidad a la empresa de incluirlo en su pago, y como no lo hizo, es merecedor de la sanción moratoria del artículo 65 del CST.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Contra la anterior decisión, la vocera judicial de la parte demandada interpuso el recurso de apelación, frente a 3 puntos:

(i) Considera que el trabajador era de dirección, manejo y confianza al desempeñar los cargos de coordinador y de formador, al ser jefe de su grupo en el cargo de coordinador; y como formador, tenía a su cargo formar al personal que ingresaba.

(ii) Respecto al bono de asistencia, del cual adujo la Jueza no tiene la connotación de salario, por no estar consagrado por escrito dentro del contrato, ni en otrosí, desconociendo que los testigos manifestaron que fueron advertidos que no era factor salarial.

(iii) Finalmente, por obrar de buena fe el empleador, quien no tuvo en cuenta el trabajo suplementario, al considerar al trabajador de dirección, manejo y confianza; aunado al hecho que está la prueba, que cuando advirtió la empresa que habían omitido el pago de dominicales y festivos, sin necesidad de reclamación, fueron cancelados a los trabajadores.

**CONSIDERACIONES**

**1. Problemas jurídicos**

De manera liminar se dirá que no es objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo entre el actor y Telemark Spain SL, teniendo en cuenta que las inconformidades radican en la calidad de trabajador de dirección, confianza o manejo, el bono de asistencia como factor salarial y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, por lo que la Sala se plantea los siguientes cuestionamientos:

(i) ¿Con la prueba obrante en el proceso se puede determinar que el actor era un trabajador de dirección, confianza o manejo?

(ii) ¿El bono de asistencia devengado por el trabajador constituye factor salarial?

(iii) ¿Existió razones serias y atendibles en el empleador que haga improcedente la indemnización moratoria del artículo 65 del CST al momento de terminar el contrato de trabajo?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1 Trabajador de dirección, confianza o manejo**

**2.1.1 Fundamentos jurídicos**

Ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[1]](#footnote-1) que por disposición del artículo 32 del C.S.T., las personas que ejercen funciones de dirección o administración, entre las cuales se halla el cargo de gerente, director, administrador, son representantes del empleador, y como tales lo obligan frente a sus trabajadores; condición especial que los excluye de la regulación legal de la jornada laboral, por ser trabajadores de dirección, confianza y manejo, en virtud del artículo 162 *ibídem.*

Categoría que la Corporación ya citada también ha establecido[[2]](#footnote-2) la ostentan solo un grupo de trabajadores de una naturaleza especial, cuyos intereses tienden a confundirse con los del propio empleador, por tener una capacidad de mando y dirección sobre los demás trabajadores de la empresa.

**2.1.2 Fundamentos fácticos**

El primer reparo del recurrente radica en el calificativo de dirección, manejo y confianza del actor, que desechó la Jueza de primer nivel por no tener éste la posibilidad de tomar decisiones, capacidad de manejo y jerarquía en la empresa; argumento que comparte la Sala, en tanto los cargos que ostentó el trabajador como coordinador y formador, a pesar de tener un grupo de personas a cargo para dirigir y formar, no le daban facultades disciplinarias y de mando frente a ellos, al existir un responsable del proyecto, quien finalmente decidía sobre el horario del actor, la operación a desarrollar en cada proyecto, y todo lo concerniente con las personas que estaban en el grupo de ventas o en formación; así, como la rotación de personal, solución de problemas que se presentaban, corrección de errores, entre otros; en este sentido declararon Diana Milena Otálvaro Marín, Jhon Marlon Molina Cortez y Diego Fernando Aristizabal Guerrero. Así las cosas, el señor Cardona Calderón no tenía el poder discrecional de autodecisión, sino que estaba supeditado al responsable del proyecto, de ahí, que sus actuaciones frente a los demás empleados, no obligaba en ningún caso al empleador, al no ser su representante.

Tampoco los mencionados cargos ocupaban una especial posición jerárquica en la empresa, ni le implicaba ejercer funciones de enlace entre los trabajadores y la organización ejecutiva de la empresa, con miras a cumplir funciones orientadas a representar al empleador.

Además, esta calificación de empleador de dirección, confianza y manejo, no se plasmó en el contrato de trabajo visible a folio 141, por el contrario, se pactó que se entendería remunerado el trabajo suplementario, cuando recibiera comisiones o salario variable; lo que excluye la condición de trabajador de dirección, confianza o manejo, por el contrario, se reconoce que no lo era.

En conclusión, resultó acertada la decisión que tomó la Jueza de primer nivel en éste aspecto, por lo que se despachará de manera desfavorable la apelación.

**2.2 Pagos que no constituyen salario**

**2.2.1 Fundamentos jurídicos**

Conforme 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, de lo que se colige que si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, es salario.

En razón a lo anterior la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[3]](#footnote-3) señaló que no importaba la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial.

Asimismo, que tampoco es válido para las partes, en virtud del artículo 128 *ibídem,* despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, teniendo en cuenta que la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, dejo de serlo; por lo tanto, sería ineficaz cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no corresponda con esa naturaleza salarial.

Por otro lado señaló el órgano de cierre en materia laboral[[4]](#footnote-4) que los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta, por lo tanto, le corresponde al empleador la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa.

**2.2.2 Fundamentos fácticos**

Al respecto, debe señalarse que la demandada en la contestación del libelo dijo que el bono de asistencia era un reconocimiento no salarial, que se entregaba a los trabajadores que no presentaban ausencia durante el mes, lo que se corrobora con la prueba testimonial[[5]](#footnote-5), que de manera uniforme refiere esto.

Pero no se probó para qué se entregaba, cuál era su finalidad o qué objetivo cumplía de cara a las funciones asignadas al trabajador; simplemente la demandada le niega el factor salarial a ese concepto sin más.

En ese orden de ideas, se tendría que concluir, de lo declarado por los testigos y confesado por el demandado, que se trata de un pago que tiene como causa inmediata retribuir el servicio subordinado del demandante; al confluir las características de periodicidad, duración y uniformidad en su monto, máxime cuando la asistencia al trabajo constituye el requisito necesario para su causación o lo que es lo mismo, la prestación personal del servicio, elemento esencial del contrato de trabajo, por lo tanto, es una consecuencia directa de la labor desempeñada.

Aunado a lo anterior, tal bonificación no es una de las señaladas en el artículo 128 del CST para que sea excluido como factor salarial por las partes, máxime cuando no obra ninguna estipulación contractual que se hubiere hecho en torno a ello, solo una advertencia verbal del empleador de no ser factor salarial, como lo afirmó el testigo Juan David Quintero Cardona.

Bajo estas consideraciones, tampoco sale próspero el recurso de apelación en este aspecto.

**2.3 Indemnización moratoria del artículo 65 del CST**

**2.3.1 Fundamentos jurídicos**

En lo atinente a esta indemnización, ha de decirse que el ya citado artículo dispone que la misma se causa cuando a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas; cuya aplicación no es automática, como lo ha dicho reiteradamente el órgano de cierre de esta especialidad[[6]](#footnote-6).

Entonces, al tener naturaleza sancionatoria debe estar precedida del análisis del comportamiento que asumió el empleador moroso, para verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su incumplimiento y lo ubiquen en el terreno de la buena fe[[7]](#footnote-7).

De igual modo, la Sala de Casación Laboral[[8]](#footnote-8) 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 del haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción.

**2.3.2. Fundamentos fácticos**

El hecho de considerar la empresa al trabajador de dirección, manejo y confianza, y por ello no reconocer trabajo suplementario, no es suficiente para enervar la imposición de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, al dejar de demostrar las razones serias y atendibles para ello y justificar así el incumplimiento en el pago de las horas extras.

Por el contrario, lo que se observó con potísima claridad fue que el demandante nunca tuvo tal talante, tan así, que la misma empresa ni siquiera lo estableció desde un inicio en su contrato, ni tampoco en la ejecución de sus funciones emergen dicha calidad.

Ahora, aún si se hubiere acreditado que el actor ostentaba un cargo de dirección, manejo o confianza, ello no eximía a la demandada de pagarle los días domingos y festivos, pues si bien los trabajadores de confianza y manejo pueden trabajar jornadas superiores o inferiores a la máxima legal, sin que tengan derecho al pago o reconocimiento de horas extras, tienen derecho a recibir la remuneración de este trabajo en días de descanso de conformidad con los artículos 179 y 180 del CST.

Por otro lado, en cuanto el carácter salarial del bono de asistencia. se advierte, tal como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[9]](#footnote-9), *“la forma contractual adoptada por las partes o el simple desconocimiento del carácter salarial de un pago, no es razón suficiente para eximir de la sanción moratoria, en la medida que, igualmente deben ser allegados al juicio otros argumentos y elementos que respalden la presencia de una conducta conscientemente correcta”,* la que es ausente en el proceso.

Más aún cuando en la misma línea, el órgano de cierre en materia laboral en la sentencia ya citada que “*la práctica de entregar sumas de dinero al abrigo de figuras de desalarización o exclusión salarial, en fraude a la ley y con el ánimo de disimular su verdadera naturaleza salarial y, a la postre, liquidar sobre ellas prestaciones sociales, que luego son entregadas al trabajador con otros nombres o bajo otras denominaciones, evidencia un acto desprovisto de buena fe”*.

Por lo que hay lugar entonces, a confirmar la decisión de primera instancia también en este punto.

**CONCLUSIÓN**

En armonía con lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia en lo que fue objeto de apelación.

Costas.Hay lugar a imponerlas a la demandada en favor del demandante al no salir avante el recurso.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Risaralda, Sala Segunda Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24-01-2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Roberth Hernán Cardona Calderón** contra **Telemark Spain SL Sucursal Colombia Zona Franca Permanente Especial.**

**SEGUNDO:** Condenar en costas en esta instancia a la demandada en favor de la parte demandante, por lo ya expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

1. Sentencia del 11-11-2015. Radicado 45068. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia del 20-08-2008. Radicado 34417. M.P. Luis Javier Osorio López. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia de 29-11-2017. Radicado 49967. M.P. Ernesto Forero Vargas. [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 18-05-2016. Radicado 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-4)
5. Diana Milena Otálvaro Marín; Jhon Marlon Molina Cortez; Diego Fernando Aristizabal Guerrero; Juan David Quintero Cardona. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sala de Casación Laboral. Sentencias del 01-07-2015. Radicación 44186. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y 18-05-2016. Radicación 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-6)
7. Sentencia del 26-04-2017. Radicado 50514. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia del 18-05-2016. Radicado 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo [↑](#footnote-ref-8)
9. *Ibídem.* [↑](#footnote-ref-9)