

Proceso: Ordinario Laboral
Radicación No: 66001310500320180009101
Demandante: Jannin Andrea Urquijo Álvarez
Demandado: Telemark Spain SL.
Magistrada Ponente: Dra. OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Magistrada que salva voto: **Dra. ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto mi inconformidad frente a la providencia mayoritaria, por las siguientes razones:

1. DE LOS PAGOS QUE CONSTITUYEN FACTOR SALARIAL

El artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo dispuso que: *“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.*

Del mismo modo, el Convenio 95 de la OIT, convertido en legislación interna mediante la Ley 54 de 1952, estableció en el artículo primero: *“A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar”.*

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia SL5159 de 2018 M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, determinó el alcance de los factores constitutivos de salario, enunciando que: *"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”.

De otra parte, en sentencia SL12220 de 2017, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo la Corte Suprema de Justicia hizo notar que *"No es válido tampoco para las partes, en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado (...)”.*

Ya de antaño la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 35771 de 2011, M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza había explicado lo relativo a los pactos no salariales, de la siguiente manera:

"la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos

que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado”.

A propósito de tener como factor salarial el bono de asistencia en un caso similar, ya se había pronunciado esta Sala **(en la que también participó la Magistrada OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA)**, en sentencia del 14 de mayo de 2021, bajo el radicado 2018-00334, dentro del proceso promovido por Luisa Fernanda Rodríguez Yepes en contra de Telemark Spain S.L., se anotó:

“Atendiendo lo anterior y dado a que la demandada desconoció el carácter salarial del bono de asistencia sin otorgar una razón atendible para haber omitido su pago al momento de reconocer las vacaciones, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, de manera alguna lo eximen de la sanción moratoria, en la medida que tampoco sustentó otros elementos de juicio que respaldaran su actuar.

Además de ello, tal y como ya ha insistido la Sala en otras oportunidades, “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”.

Obligado resulta, entonces, la prosperidad del recurso y la consecuencial condena al reconocimiento de la indemnización moratoria, para lo cual se tomará en cuenta que la demandante devengaba más del salario mínimo al incluir el valor correspondiente al bono de asistencia, por lo que, según las voces del artículo 65 del C.L., al haber presentado la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la finalización del contrato de trabajo, el valor a que tiene derecho corresponde una indemnización equivalente a un día de salario

por cada día de tardanza (\$26.315) a partir del 31-08-2016 y hasta el 30-08-2018 por los 24 primeros meses de mora, ascendiendo a la suma de \$18.973.211 y, a partir de allí, se generan a su favor los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, sobre las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales, y hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación, aspecto que conlleva a que se adicione la parte resolutive de la sentencia para condenar a la demandada al pago de dicha sanción”.

La misma tesis se timó en la Sentencia del 14 de mayo de 2021, en el proceso de SUSAN YOHANA ARCE VS TELEMAR SPAIN S.L. en donde también participó la Magistrada Olga Lucía Hoyos Sepúlveda.

Con base en las anteriores premisas y **precedentes horizontales**, la suscrita Magistrada pasará a demostrar que el bono de asistencia cancelado a la demandante constituye factor salarial y que este debía tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones y vacaciones, motivo por el cual la empresa Telemar Spain S.L. tenía la obligación de cancelar la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T a favor de la demandante.

2. CASO CONCRETO

En la ratio decidendi de la sentencia de la cual me aparto, se señaló que el bono de asistencia no es constitutivo de salario por las siguientes razones:

- 1) El incentivo de asistencia *"tenía por objeto lograr la asistencia cumplida del personal contratado, esto es, a modo de gratificación, más no de retribución de la función realizada, de allí que el empleador bien podía considerar que no hiciera parte del salario”.*

2) Así mismo, manifestó que *“aun cuando en primer grado se hubiera condenado al empleador por dicho factor como salarial, no desvanece ahora su buena fe, pues tal como explicó habían razones serías y atendibles del empleador para no incluir dichos \$100.000 como factor para liquidar las prestaciones sociales de la trabajadora”*.

Sin embargo, la suscrita difiere de esa valoración, como quiera que la prueba documental obrante en el plenario contiene pruebas suficientes que acreditan que el bono de asistencia tenía la connotación de tener carácter salarial.

Pues bien, se observa en las nóminas arrimadas a fls. 97-125 y repetidas a folios 224-252 del expediente digital, incrementos en el salario por concepto de bono de asistencia. Prueba documental, que emerge con claridad que el bono de asistencia por valor mensual de \$100.000 era un reconocimiento que se entregaba a los trabajadores para que cumplieran con la prestación personal del servicio en el horario y sitio de trabajo dispuesto por el empleador para que se cumpliera con la labor contratada y, además, su propósito también era permitirle a la empresa cumplir con los diferentes clientes que así se lo exigían. Tales aspectos, sin lugar a dudas, denotan que la razón esencial de tal emolumento era retribuir el servicio subordinado de la actora, siendo del caso puntualizar que dicha contraprestación resultó habitual y su finalidad, a la luz del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 14 de la Ley 50 de 1990, era una contraprestación directa del servicio que lo enmarca en el concepto de salario.

Ello se afirma, porque justamente la asistencia a las instalaciones del empleador es un requisito esencial para que se pueda ofrecer la prestación personal del servicio a cargo del trabajador, tanto así, que el no hacerlo, representa un incumplimiento de las obligaciones por parte de éste. De suerte que, el solo hecho de generar un pago adicional de \$100.000, destinado a retribuir el servicio personal, constituye un

elemento esencial del contrato de trabajo y por ende, una consecuencia directa del cargo desempeñado y, por ello mismo, tal emolumento constituye factor salarial para el pago de prestaciones, vacaciones y la seguridad social, pues adicional a lo anterior, cumple con la característica de la habitualidad, como ya se anotó, sin que tal emolumento pudiera ser excluido del concepto de salario por el simple acuerdo de voluntades, en la medida que no se enmarcó en lo establecido en el artículo 128 del C.S.T.

En suma, tal y como se indicó en la jurisprudencia traída a colación, se advierte que el concepto al que se le quitó incidencia salarial, en verdad constituye una remuneración directa del servicio, es habitual o permanente, ingresa efectivamente al patrimonio de la trabajadora y beneficia directamente al empleador, como aquí sucedió.

Así las cosas, resulta viable reajustar las vacaciones, prestaciones sociales y aportes en pensión teniendo en cuenta un valor adicional de \$100.000 como factor salarial, tal y como lo concluyó la A-quo.

Finalmente, hay que recalcar que la Magistrada Ponente, Dra. OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA se aparta de dos precedentes de esta Corporación en los que ella participó, sin una razón que justifique su cambio de postura con lo cual se viola el derecho a la igualdad de la demandante.

En estos términos, sustento mi salvamento de voto.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ana Lucía Caicedo Calderón'. The signature is fluid and cursive, with a large, prominent loop at the end.

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Magistrada