El siguiente es el documento presentado por el Magistrado 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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 25 de octubre de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-004-2018-00040-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Ledy Vanessa Mejía Gómez

Demandado: Telemark

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / SALARIO / NATURALEZA DE LOS FACTORES QUE LO CONSTITUYEN / LA BONIFICACIÓN POR ASISTENCIA AL LUGAR DE TRABAJO ES FACTOR SALARIAL / INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR NO INCLUIRLA EN LA LIQUIDACIÓN DE LAS PRESTACIONES SOCIALES / EN ESTE CASO NO ES ADMISIBLE ALEGAR BUENA FE.**

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. (…)

Tanto la Corte Suprema de Justicia como la 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.

Es así que para la Sala resulta relevante recordar las decisiones en las que Colegiatura se ha pronunciado sobre el bono de asistencia reconocido al personal de la aquí demandada TELEMARK, respecto a su carácter salarial y la respectiva reliquidación de prestaciones sociales. Para el efecto, como primer antecedente, en sentencia del 15 de mayo de 2014 radicado 2012-00218, con ponencia del Magistrado Francisco Javier Tamayo Tabares, la Sala consideró que al ser el bono de asistencia un pago reconocido al trabajador que bajo ninguna circunstancia faltara a trabajar en el mes, dicho pago era habitual y reconocido justamente por asistir a 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 sociales y aportes al sistema de seguridad social.

… debe decirse que esta Corporación ha exonerado a empleadores del pago de la sanción moratoria cuando en el proceso se ha demostrado que durante la relación laboral el empleador ha cancelado la totalidad de las acreencias laborales bajo el convencimiento absoluto de que la base salarial era menor a la ordenada judicialmente. En estos casos, por lo general no se han efectuado reclamos de ninguna índole al empleador y este por lo tanto no tiene certeza de su actuar equivoco.

No obstante, la discusión sobre el carácter salarial del bono de asistencia reconocido por TELEMARK a sus teleoperadores no es reciente, lo que implica que la demandada tuvo conocimiento de la irregularidad en la que estaba incurriendo, por lo menos desde el 15 de mayo de 2014 (fecha de la primera providencia reseñada)…

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Octubre 25 de 2019)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 8:45 am de hoy, viernes 25 de octubre de 2019, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso Ordinario Laboral instaurado por la señora **Ledy Vanessa Mejía Gómez** en contra de **Telemark Spain S.L**, propietaria de la **Sucursal Colombia Zona Franca Permanente Especial**.Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**SENTENCIA**

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación promovido por el vocero judicial de la parte demandada en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral de Pereira el pasado 29 de octubre de 2018.

**I – ANTECEDENTES**

Persigue la señora Ledy Vanessa Mejía Gómez que la justicia laboral declare que el bono de asistencia que percibió durante la relación laboral constituyó factor salarial y, por ende, debió tenerse en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales y cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones. En consecuencia, pretende que se condene a Telemark a pagar el respectivo reajuste, así como la indemnización moratoria consagrada en el art. 65 del C.S. del T.

Para fundar sus pretensiones manifiesta que suscribió con Telemark un contrato de trabajo que se prolongó entre septiembre de 2010 y agosto de 2016, durante el cual devengó un SMLMV y un bono de asistencia por valor de $100.000, que le era reconocido por no faltar a trabajar pero que nunca fue tenido en cuenta como concepto salarial para la liquidación de prestaciones sociales y la cotización al sistema de seguridad social en pensiones.

Telemark Spain S.L. se pronunció frente a los pedidos de la demandante precisando que el contrato de trabajo se desarrolló, a término fijo, entre el 13 de septiembre de 2010 y el 20 de septiembre de 2016, y que durante la relación laboral la señora Mejía Gómez siempre percibió el bono de asistencia, mismo que no constituía factor salarial, pues no se entregaba como contraprestación del servicio, sino con la intención de mitigar los gastos adicionales por desplazamiento de la demandante, tal como fue estipulado en la cláusula tercera del contrato y comunicado de forma verbal a la actora por el departamento de Gestión Humana de esa empresa.

En consecuencia, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de las obligaciones”, “Cobro de lo no debido” y “Buena fe”.

**II – Sentencia de primera instancia**

 El Juez de primera instancia declaró que el bono de asistencia percibido por la demandante durante toda la relación laboral que sostuvo con Telemark Spain SL fue constitutivo de salario y, en consecuencia, condenó a la entidad demandada a pagar por concepto de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones la suma de $1.572.151; asimismo, ordenó realizar el reajuste de los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, teniendo en cuenta la suma mensual adicional de $100.000, y condenó la accionada a reconocer y pagar a favor de la accionante, por concepto de sanción moratoria, la suma diaria de $26.315,16 a partir del 21 de septiembre de 2016 hasta el 20 de septiembre de 2018, y a partir del 21 de septiembre de 2018, intereses a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera.

Para arribar a dicha conclusión afirmó que estaba demostrado que el bono de asistencia fue cancelado a la demandante cada mes durante la relación laboral que la unió con la demandada y que, de acuerdo al contrato de trabajo, a los desprendibles de pago y a la prueba testimonial, no hubo un pacto escrito o verbal, expreso y claro en el que se excluyera como bonificación salarial, por lo que debía entenderse que el mismo constituyó salario, al ser retributivo de la prestación del servicio, si se tiene en cuenta que la comparecencia a la empresa era necesaria para desarrollar sus actividades, al no poder realizarlas en otro lugar.

Respecto a la sanción moratoria, consideró que si bien la misma no es automática, debía el empleador omisivo, con el fin de exonerarse de la misma, demostrar las razones atendibles que lo ubiquen en la esfera de la buena fe, como es el convencimiento de que la suma pagada durante la relación laboral no era salario, ya fuera por tener las características del artículo 128 del C.S. del T. o por haber pactado su exclusión con el trabajador, situación que no demostró la demandada, puesto que en la contestación de la demanda tan solo manifestó que dicho bono de asistencia era reconocido para el desplazamiento.

**III – RECURSO DE APELACIÓN**

El togado de la parte demandada atacó las conclusiones a las que arribó el despacho de primera instancia, arguyendo que el bono de asistencia no se pagaba como contraprestación del servicio, puesto que a la actora no se la contrató para asistir a la empresa, sino como teleoperadora de ventas, y aunque no vendiera en determinado mes, se le pagaba la bonificación siempre que hubiera asistido.

Reprocha la apreciación que hizo el a-quo sobre el testimonio de la señora Johana María Grajales Zapata, y que no tuviera en cuenta los alegatos de conclusión presentados por él, como fue lo argumentado sobre la presunción de buena fe, hasta el punto de que en la sentencia no se expresó de qué manera fue desvirtuada, ni hizo un análisis de la línea jurisprudencial presentada.

Reitera que la accionada siempre actuó de buena fe, toda vez que sus actos iban dirigidos a respetar los derechos de la demandante, hasta el punto que en el interrogatorio ella misma manifestó que le pagaron todo y no le quedaron debiendo nada.

Finalmente alega que el pacto desalarización efectivamente fue suscrito, y por ende, solicita al tribunal que revoque en su totalidad la sentencia recurrida.

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante…Por la parte demandada…

**Problema jurídico por resolver**

De acuerdo a los argumentos de la apelación, le corresponde a la Sala determinar si el bono de asistencia 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 y aportes a la seguridad social en pensiones. En caso positivo, es establecerá si es procedente imponer la sanción moratoria consagrada en el art. 65 del C.S. el T por el pago incompleto de las referidas prestaciones sociales.

**IV – Consideraciones**

**4.1. 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.

Asimismo, 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.

Retomando la disposición final del art. 128 del C.S.T., donde se consagrada la excepción a la generalidad salarial cuando las partes han suscrito un acuerdo de exclusión, 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.”*

**4.2. Precedente jurisprudencial horizontal**

Tanto la Corte Suprema de Justicia como la 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.

Es así que para la Sala resulta relevante recordar las decisiones en las que Colegiatura se ha pronunciado sobre el bono de asistencia reconocido al personal de la aquí demandada TELEMARK, respecto a su carácter salarial y la respectiva reliquidación de prestaciones sociales. Para el efecto, como primer antecedente, en sentencia del 15 de mayo de 2014 radicado 2012-00218, con ponencia del Magistrado Francisco Javier Tamayo Tabares, la Sala consideró que al ser el bono de asistencia un pago reconocido al trabajador que bajo ninguna circunstancia faltara a trabajar en el mes, dicho pago era habitual y reconocido justamente por asistir a 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 sociales y aportes al sistema de seguridad social.

Los anteriores argumentos se mantuvieron en las sentencias del 20 de octubre de 2015, radicado 2013-00766 y del 1 de diciembre de 2016, radicado 2014-00106, en esta última se extendió la connotación salarial del referido bono, 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.

Más recientemente, en sentencia del 13 de marzo de 2018 radicado 2016-00346 con ponencia de la Magistrada Olga Lucia Hoyos Sepúlveda, esta Corporación nuevamente se ocupó del bono de asistencia reconocido por Telemark a sus empleados, concluyendo que 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. para pactarse su exclusión por las partes, el mismo tenía una clara connotación salarial, derivándose las consecuencias monetarias pertinentes.

 **4.3 Caso concreto**

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 bono de asistencia reconocido por Telemark a sus trabajadores, de acuerdo a las siguientes razones:

1. En la contestación de la demanda TELEMARK aceptó el pago habitual del bono de asistencia a la demandante y así lo corroboraron las deponentes Johana María Grajales Zapata y Dalia Jeaneth Giraldo Pineda, esta última citada por la parte demandada.
2. La señora Dalia Jeaneth Giraldo Pineda aseguró que el pluricitado bono de asistencia era reconocido a los teleoperados y coordinadores que no faltaran a trabajar ningún día al mes y no estaba dispuesto para cubrir gastos de transporte, desplazamiento o gasolina, contrario a lo que argumentó la accionada en la contestación de la demanda. Es decir que se reconocía la suma de $100.000 mensuales a quienes asistieran a trabajar sin falta, lo que en otras palabras es una contraprestación del servicio prestado, pues sin acudir a la empresa no era posible realizar las labores de teleoperadora.
3. Si bien en el parágrafo 2 de la cláusula tercera del contrato de trabajo suscrito entre las partes el 13 de septiembre de 2010 (fls. 73 y 74) se plasmó que *“no constituyen salario para ninguno de los efectos legales las sumas que ocasionalmente o por mera liberalidad reciba el trabajador del empleador como primas, regalos, premios, bonificaciones, gratificaciones, participación de utilidades, salario en especie como habitación, vestuario, transporte, alojamiento, etc.”.* Dicha disposición de carácter general no permite la interpretación extensiva al bono de asistencia que no fue taxativamente incorporado en ella, en los términos de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia referenciada.
4. La parte demandante en el interrogatorio rendido no aceptó haber suscrito un acuerdo diferente al contrato laboral para excluir del salario el bono de asistencia, tampoco confirmaron la existencia de un pacto en ese sentido las testigos escuchadas, pues al respecto la señora Giraldo Pineda solo manifestó vagamente que a los trabajadores se les informaba sobre las políticas de lo que pasaba con el bono, lo que a juicio de la Sala más que un acto consensuado implica una decisión unilateral del empleador que no estaba facultado para tomar.

En ese orden de ideas, al encontrarse probado el carácter salarial del bono de asistencia, la parte demandada debe soportar las consecuencias jurídicas que su omisión le impone, que no es otra que la reliquidación de las prestaciones sociales y el reconocimiento del mayor valor de los aportes efectuados al sistema de seguridad social en pensiones, mismos que no fueron objeto de apelación en cuanto al monto liquidado en primera instancia, por lo que se confirmará en ambos aspectos la sentencia recurrida, restando únicamente lo concerniente a la indemnización moratoria como punto central del recurso.

**4.3.1 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, TELEMARK 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 bono de asistencia por valor de $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, tal como lo aceptó la demandante en el interrogatorio.

En principio, debe decirse que esta Corporación ha exonerado a empleadores del pago de la sanción moratoria cuando en el proceso se ha demostrado que durante la relación laboral el empleador ha cancelado la totalidad de las acreencias laborales bajo el convencimiento absoluto de que la base salarial era menor a la ordenada judicialmente. En estos casos, por lo general no se han efectuado reclamos de ninguna índole al empleador y este por lo tanto no tiene certeza de su actuar equivoco.

No obstante, la discusión sobre el carácter salarial del bono de asistencia reconocido por TELEMARK a sus teleoperadores no es reciente, lo que implica que la demandada tuvo conocimiento de la irregularidad en la que estaba incurriendo, por lo menos desde el 15 de mayo de 2014 (fecha de la primera providencia reseñada), momento para el cual se encontraba vigente la relación y, a pesar de ello, continuó con su actuar irregular, aunque el 20 de octubre de 2015 fue reiterada la condena por ese concepto.

Es así que, 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 mínimo como base, no es de recibo que siendo advertida por esta misma Corporación, en casos de similares características, sobre la omisión en la que estaba incurriendo, 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.

En consecuencia, deviene la confirmación de la sanción moratoria impuesta en primera instancia y con ello la sentencia recurrida. Las costas en esta instancia correrán a cargo del recurrente por no haber prosperado el recurso.

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

**RESUELVE:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia objeto del recurso de apelación.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso. Liquídense por la secretaría del juzgado de origen.

**Notificación surtida en estrados.**

**Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.**

La Magistrada ponente,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrada Magistrado