



PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO

Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, dieciséis (16) de junio de dos mil vientos (2023)

Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en Acta N°036

Radicación N° 44-650-31-05-001-2021-00033-01. Proceso Ordinario Laboral. RAFAEL FRANCISCO OTERO contra ASEOS COLOMBIANO S.A “ASEOCOLBA S.A.”

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1° y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante, contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, verificada el tres (3) de mayo de 2022.

ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

RAFAEL FRANCISCO OTERO mediante apoderado judicial instauró proceso ordinario Laboral de Primera Instancia contra la empresa ASEOS COLOMBIANOS S.A – ASEOCOLBA S.A, pretendiendo que se declare que entre él y la empresa **ASEOS COLOMBIANOS S.A. -ASEOCOLBA S.A.** existió un contrato de trabajo por la duración de la obra o labor contratada que inició el 1° de junio de 2011 y terminó el 31 de mayo de 2019 por decisión unilateral y sin justa causa del empleador. Que la empresa sea condenada al pago de la reliquidación de las cesantías del año 2019, reliquidación de intereses de cesantías correspondientes a todo el periodo laborado, reliquidación de primas de los años 2017, 2018 y 2019 y que le pague el auxilio de transporte no cancelado en el tiempo laborado. Que la demandada le pague la indemnización moratoria contemplada en el art. 99 inciso 3 de la ley 50 de 1990 por la consignación irregular de las cesantías a un fondo a su nombre, la del art. 65 del C.S.T. por el no pago de la totalidad de las prestaciones sociales al término de la relación laboral, condena que debe extenderse hasta el momento en que se haga efectivo el pago, y la del art. 64 del C.S.T. por el despido injusto. Además, que se condene a la demandada a la reliquidación del trabajo en días domingos y festivos, al pago de las costas y se falle extra o ultra petita.

De manera subsidiaria, solicita se declare la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, en consecuencia, se condene a la demandada al pago de los salarios y prestaciones debidas al trabajador mientras permanezca cesante.

2.2 LA SENTENCIA APELADA

El Juez de conocimiento profirió sentencia en la que resolvió:

“PRIMERO: Declarar que entre el demandante RAFAEL FRANCISCO OTERO y la empresa ASEOS COLOMBIANOS S.A. ASEOCOLBA S.A se celebró un contrato de trabajo, de acuerdo a lo manifestado en la parte considerativa de esta providencia. SEGUNDO: Condenar a la empresa ASEOS COLOMBIANOS S.A. ASEOCOLBA S.A., a pagar al señor RAFAEL FRANCISCO OTERO las siguientes sumas de dinero por los siguientes conceptos: a) Por Prima de Servicios \$87.001 b) Por intereses de cesantías \$4.240 c) Por concepto de sanción del art. 99 de la ley 50 de 1990, \$4.154.325 d) Por concepto de Indemnización Moratoria, una suma igual a un día de salario por cada día de retardo en el pago de la obligación, a razón de \$39.421 diarios contados a partir del 1º de junio de 2019 hasta por el término de veinticuatro (24) meses, y a partir del inicio del mes 25 deberá pagar al ex trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificado por la superintendencia financiera. TERCERO: Absolver a la demandada ASEOS COLOMBIANOS S.A. ASEOCOLBA S.A. de las demás pretensiones de la demanda. CUARTO: DECLARAR parcialmente probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación propuestas por el apoderado de la demandada. QUINTO: Costas a cargo de la demandada ASEOS COLOMBIANOS S.A. ASEOCOLBA S.A y a favor de la demandante RAFAEL FRANCISCO OTERO. SEXTO: Se fijan Agencias en derecho en contra de la demandada en \$1.631.434 M/L. Todo de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído”.

2.3 RECURSO DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria de la sentencia de primera instancia, la apoderada judicial de la parte demandada interpuso recurso de apelación en contra de la decisión adoptada con los siguientes argumentos:

“Por medio del presente me permito presentar recurso de apelación contra el fallo proferido por su despacho en este día para que el superior jerárquico revoque la parte resolutive que corresponde al numeral 1 y sus literales a,b,c,d y también se revoque el numeral 5 y 6 en lo que corresponde en las costas y agencias en derecho condenadas a pagar a la parte demandada, lo anterior lo soporto ante la siguiente manera: como se puede observar en el

expediente que se allego oportunamente en los acumulados, los volantes de pago se puede observar con meridiana claridad que la empresa demandada cancelo todos los emolumentos que incluyo para efectos de liquidar las primas de servicios y los intereses de cesantías igualmente que el auxilio de cesantía incluidos todos los emolumentos constituidos de salario, que si se puede observar de manera metódica podemos observar que si bien no aparece en el volante de pago el auxilio de transporte no era porque no se incluía, sino porque no había derecho a cancelar la obligación mejor a cancelar el auxilio de transporte en los volantes de pago, pero al momento de cancelar las primas de servicios, el auxilio de cesantías si se incluían todos los emolumentos incluido el auxilio de transporte y el auxilio de sostenimiento, si bien es cierto, de pronto existe una diferencia entre la operación matemática que realizó el juez, este no estaba de manera meridiana clara por parte del demandante no presento una operación aritmética para demostrar que no estaban incluidos estos emolumentos que tenía derecho el trabajador al momento de ingresar a la empresa, entonces no podríamos como así lo ha establecido la honorable corte suprema de justicia en sala laboral que no le es dado al operador establecer la suma aritmética para validar si existe una diferencia o no si no lo hace el demandante en la presentación de la demanda ya que le corresponde la carga de la prueba al demandante demostrar que no se le cancelaron en su totalidad los emolumentos que había adquirido el trabajador durante la vinculación que tuvo con la empresa demandada, y también soporto el hecho de que su señoría nos sancione con salarios moratorios en atención que si se puede observar a todo lo largo en el periodo en que estuvo desde el 2011 al 2019 el demandante en este proceso se le cancelaron todas las acreencias, todos los salarios, todas las prestaciones sociales adquiridas y por tanto no existe una mala fe por parte del empleador porque no omitió ningún pago que pudiese darnos la obligación que podamos nosotros tener en este proceso, pues entonces solicitamos al honorable tribunal superior de Riohacha para que revoque en su calidad la condena proferida por este despacho y tenga en cuenta la sumatoria o la operación aritmética que tenga todos los acumulados, todos los volantes de pago para determinar de que no exista una forma clara para señalar o afirmar que al demandante no se le cancelaron todas las prestaciones sociales y con ello también solicitamos que al absolverse a la empresa también se debe revocar el numeral 5 y 6 de este fallo proferido, gracias.”

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto del 14 de abril de 2023, la magistratura resolvió correr traslado a las partes que presentaran sus alegatos de conclusión, quienes se pronunciaron de la siguiente forma:

a.- Presentados por el apoderado judicial de la parte demandada.

Manifestó que “De los elementos probatorios allegados al plenario en debida forma, tales como los Acumulados del periodo 01 de febrero de 2013 al 30 Mayo de 2019, para promediar los ingresos y demostrar que está incluido el auxilio de Transporte, recargos nocturnos, dominicales y festivos, auxilio de sostenimientos para la cesantías y Primas de servicios en ese periodo y toda acreencia laboral. También se aportó, acumulado del periodo 09 de junio de 2011 al 30 de enero de 2013, para promediar los ingresos y demostrar que está incluido el auxilio de Transporte, y otros ingresos en la primas de servicios y Auxilio de Cesantías y los Volantes de pago de los años en que estuvo vinculado el actor, lo anterior para demostrar los emolumentos salariales que devengaba el actor y que las mismas fueron incluidas en la liquidación de prestaciones sociales a excepción los de alimentos que por disposición legal no tenían incidencia salarial”

b.- Presentados por el apoderado de la parte demandante.

En síntesis, expuso que la sentencia de primera instancia es correcta, por cuanto corresponde a la realidad procesal, lo cual fue acreditado en la etapa probatoria dentro del proceso.

CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales.

Del estudio del plenario se determina que los requisitos indispensables para su formación y desarrollo normal representados en la demanda en forma, competencia del funcionario judicial y capacidad de las partes tanto para serlo como para obrar procesalmente, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite decidir de fondo mediante una sentencia de mérito, ya que tampoco se vislumbra causales de nulidad que invaliden lo actuado.

2. Problemas jurídicos.

Se conoce el proceso en segunda instancia por apelación formulada por el apoderado judicial de la parte demandada, lo que otorga competencia al Tribunal para revisar únicamente los puntos de inconformidad expuestos por el apelante único respecto de la sentencia de primera instancia.

En el presente caso no se discute la existencia de la relación laboral entre las partes y los extremos temporales, de manera que corresponde a la Sala dilucidar: 1) La condena por pago de prestaciones sociales en el periodo comprendido entre el 2011 al 2019, toda vez que esgrime haber cancelado dicho concepto en su totalidad. 2) Si se encuentra acreditada la buena fe del extremo demandado para exonerarse del pago de la indemnización por falta de pago de prestaciones sociales y la del art 99 de la ley 50 del 90.

La parte demandada se duele de la condena que realizó la primera instancia, pues considera que pagaron al demandante todas sus prestaciones sociales con todos los emolumentos que constituían factor salarial.

Para entrar a resolver los problemas jurídicos planteados, es necesario que esta instancia centre su estudio en la definición de salario y lo que constituye el mismo, al existir dudas frente a la liquidación de prestaciones sociales.

SALARIO.

El salario es uno de los elementos esenciales para que se pregone la existencia del contrato de trabajo, que a la luz del 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, 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.

La Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral define el salario como *“(...) el salario es toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido, es decir, todo lo que retribuya su trabajo, por lo que son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las 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, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.”*

Y concluye que lo que determina si es salario es su destino: *“De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada”*.¹

PAGOS NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO.

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia SL5159-2018 del 14 de noviembre de 2018.MP. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Tal y como se mencionó de manera previa en la jurisprudencia señalada y en concordancia con el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo menciona los beneficios que no tienen carácter de salario, el cual de manera literal indica: *“No constituye 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 Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia SL 5159-2018 de 14 de noviembre de 2018, Radicación N° 68303. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. Rad. No.15759-31-05-002-2018-00102-01 cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales (...), 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.”*

De esta manera, si lo que recibe el trabajador se adecúa a lo indicado por el artículo 128 del CST, no tiene carácter salarial, pero si el pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, éste se considera salario. Ahora bien, en cuanto a la voluntad de las partes de no tener en cuenta ciertos emolumentos como salario, estos acuerdos deben ser expresos, claros, precisos y detallados, tal y como lo precisa el máximo órgano jurisdiccional: *“Esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados 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”* (CSJ SL1798-2018).

Ahora bien, Para desarrollar el primer punto debe la sala revisar las pruebas aportadas dentro del expediente, para establecer si efectivamente la empresa demandada no le quedó adeudando al demandante suma alguna por concepto de prestaciones sociales.

Al revisar los comprobantes de pago visibles a folios (51 al 89), se extraen los salarios promedios al que se le suma el auxilio de transporte y se liquidan las prestaciones sociales así:

AÑO	SUELDO	Auxilio de Transporte	Total Devengado
------------	---------------	------------------------------	------------------------

2.018	1.258.039	88.211	1.346.250
2.019	1.004.373	97.032	1.101.405

LIQUIDACIÓN DE CESANTÍAS

AÑO	SUELDO	VALOR CESANTÍAS	VALOR PAGADO CESANTÍAS	DIFERENCIA
2.018	1.346.250	1.346.250	1.239.851	106.399
2.019	1.101.405	458.919	533.202	-74.283

INTERESES SOBRE CESANTÍAS

AÑO	SUELDO	VALOR INTERESES	VALOR PAGADO INTERESES	DIFERENCIA
2.018	1.346.250	161.550	148.782	12.768
2.019	1.101.405	22.946	26.660	-3.714

LIQUIDACIÓN DE VACACIONES

AÑO	SUELDO	VALOR VACACIONES	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
2.018	1.258.039	629.019,55		
2.019	1.004.373	167.395,47	142857	24.538

LIQUIDACIÓN DE PRIMA DE SERVICIOS

AÑO	SUELDO	VALOR PRIMA	VALOR PAGADO	DIFERENCIA
2.018	1.258.039	1.258.039	1.188.134	69.905
2.019	1.004.373	418.489	533.202	-114.713

Salario promedio del 2018 \$1.346.250 (salario promedio incluido el auxilio de transporte), arrojándonos como resultado un valor para ese año de cesantías por valor de \$1.346.250, la empresa consignó \$1.239.851, por lo que le adeuda una diferencia de 106.399; para el 2019 le correspondía como salario promedio la suma de \$1.101.405 (salario promedio incluido el auxilio de transporte) al liquidar las cesantías de ese año nos arroja un valor de \$458.919 y canceló \$533.202 de cesantías, es decir pagó \$74.283 de más.

Ahora bien, con respecto a los intereses de cesantías, tenemos lo de los años 2018 y 2019. La demandada debió cancelar por el año 2018 la suma de \$161.550 y solo le pagó \$148.782,

quedando un saldo a favor del actor de \$12.768; empero, para el año 2019 le canceló el valor que le correspondía la suma de \$22.946 y canceló el valor de \$26.660, por lo que para este año pagó \$3.714 de más.

Con la prima de servicios del año 2018, sucedió que le pagó \$1.188.134 debiendo pagar \$1.258.039, por lo que quedó adeudando la suma de \$69.905; la del año 2019 pagó \$533.202 y lo que le correspondía al trabajador era la suma de \$418.489, es decir que para ese año canceló demás.

De lo anterior constata la Sala que efectivamente la demandada a pesar que si le tuvo en cuenta al actor el auxilio de transporte para efecto de liquidar las prestaciones sociales, le quedó adeudando para el año 2018 cesantías por valor de \$106.399; intereses de cesantías por valor de \$12.768, y para ese mismo año por concepto de prima de servicios el valor de \$69.905, por lo que la condena realizada por el juez de primera instancia, deberá modificarse en este sentido.

Indemnización por la no consignación de cesantías y la moratoria por no pago de prestaciones sociales.

En la primera sanción, la norma impone al empleador que incumpla con el deber de consignar las cesantías una sanción, consistente en un día de salario por cada día de retardo. Al respecto ha dicho la Corte que la consecuencia contenida en el numeral 3° del Artículo 99 de la Ley 50 de 1990 está prevista, tanto para el pago parcial como para el no pago y que esta sanción va hasta la terminación del contrato, por cuanto, al fenecimiento del vínculo laboral, el empleador debe pagar directamente las cesantías al empleado y, si continua la mora, de ahí en adelante debe pagar la sanción establecida en el artículo 65 del C.S. del T.

Revisado el expediente, se constata que se encuentran prescritas la de los años 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017; solo quedando por fuera de ese fenómeno, la del año 2018, la que al revisar nos encontramos que la demandada para ese año consignó \$1.239.851 (folios 91 al 99), cuando lo que efectivamente debió consignar \$1.346.250; es decir, consignó menos valor del que correspondía, por lo que adeuda una suma de \$106.399, empero para el 2018 el empleador canceló por encima del valor que correspondía \$74.283.

Con respecto a la segunda de las indemnizaciones, ha de decirse que el art 65 del C.S.T. 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 la especialidad laboral.

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.

De igual modo, la Sala de Casación 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 del haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción.

En consecuencia, y como quiera que al revisar la liquidación de prestaciones sociales, nos encontramos que el empleador quedó adeudando para el año 2018 una suma total de \$189.072 correspondientes a cesantías, intereses y prima; empero canceló los mismos conceptos demás para el año 2019 la suma de \$192.710, por lo que no se avizora que el empleador estuviere revestido de mala fe, pues en ningún momento pretendió saltarse las responsabilidades y obligaciones que pertenecen a la esfera del contrato de trabajo.

Bajo las anteriores premisas, considera esta Sala que aunque evidentemente hubo errores aritméticos del empleador a la hora de liquidar prestaciones sociales en los años 2018 y 2019, estos no fueron lo suficientemente significativos como para acceder a la indemnización moratoria reclamada, considerando además que el pago en exceso superó al pago que quedó adeudando.

Por lo anterior el fallo de primera instancia debe ser revocado en ese sentido.

Sobre la inconformidad por la condena en costas, manifestada por el apoderado judicial de la demandada, debe indicarse que las mismas se componen de conformidad con el artículo 361 del C.G.P. por la totalidad de expensas y gastos sufragados durante el proceso y por las agencias en derecho, las cuales deberán ser liquidadas conforme el artículo 366 ibídem, y una vez aprobada la liquidación de costas, nace a la vida jurídica la posibilidad de controvertirlas, interponiendo los recursos de Ley, no antes, motivo por el cual, no será atendido dicho reparo.

En conclusión, en el trámite impartido en la primera instancia, no se observa yerro alguno que conlleve a modificar o revocar la decisión allí tomada, pues la misma fue ajustada acorde con los hechos, pretensiones y pruebas que se mostraron al interior del proceso ordinario, conllevando con ello como consecuencia, a confirmar el fallo de primera instancia objeto de impugnación.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **FALLA:**

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira el tres (3) de mayo de 2022, en el asunto de la referencia, por lo expuesto en los considerandos de este proveído, la cual quedará así:

- a) Por Prima de Servicios \$69.905
- b) Por intereses de cesantías \$12.768

SEGUNDO: Revocar el literal c) y d) del numeral segundo de la sentencia apelada.

TERCERO: Condenar a la demandada al pago de cesantías del año 2018 por valor de \$106.399

CUARTO: Confirmar la sentencia apelada en todo lo demás.

QUINTO: Costas en segunda instancia a cargo de la parte demandada. Fíjense agencias en derecho en la suma 1 salario mínimo legal mensual vigente.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado

Firmado Por:

Paulina Leonor Cabello Campo
Magistrado
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Henry De Jesus Calderon Raudales
Magistrado
Sala Despacho 003 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Carlos Villamizar Suárez
Magistrado
Sala 002 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3c170b9cf263744869c3b8f3dd22e5aefa551050a9b95ccbcd5ab09fa6cccdc1**

Documento generado en 16/06/2023 03:16:18 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>