

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA PROMOVIDO POR DIEGO ALEJANDRO RINCÓN CONTRA CENCOSUD COLOMBIA S.A. Radicación No. 25269-31-03-001-**2019-00006**-01.

Bogotá D. C. tres (3) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se deciden los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de ambas partes contra el fallo de fecha 10 de septiembre de 2020 proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá - Cundinamarca.

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. El demandante, el 19 de diciembre de 2018, instauró demanda ordinaria laboral contra la entidad demandada con el objeto de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo que estuvo vigente del 1º de octubre de 2011 al 4 de septiembre de 2018, que se declare que el 30 de diciembre de 2014 sufrió una modificación de sus condiciones laborales en cuanto al cargo desempeñado, que el 19 de mayo de 2017 la empresa en abuso de su facultad del *ius variandi* le cambió el cargo a uno de menor jerarquía, que fue despedido sin justa causa, y que los salarios del cargo de coordinador pérdidas son: para el 2015 \$1.030.000, para el 2016 \$1.102.700, para el 2017 \$1.179.247, y para el año 2018 \$1.248.822; como consecuencia, solicita se condene a la demandada, de un lado, al pago de la nivelación salarial del 30 de diciembre de 2014 al 19 de mayo de 2017, la reliquidación de las primas de servicios, cesantías, vacaciones, intereses sobre las cesantías y de los aportes a la seguridad social durante ese período, al pago de la

indemnización moratoria por no pago completo de las prestaciones sociales; de otra parte, solicita se condene al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir del 20 de mayo de 2017 al 4 de septiembre de 2018 y de la indemnización por despido sin justa causa como quiera que el último contrato ya se había prorrogado, sobre la base salarial de \$1.248.822, o de manera subsidiaria, sobre el salario de \$781.242, efectuando el descuento de lo pagado por la demandada por ese concepto; finalmente, solicita el pago de la indexación de todos los anteriores conceptos, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales (fls. 52-73).

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta el demandante que el 1º de octubre de 2011 firmó un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con la sociedad Grandes Superficies de Colombia S.A., la que fue absorbida por la empresa Easy Colombia S.A, y esta a su vez, cambió su nombre a Cencosud Colombia S.A.; que el cargo para el cual se contrató fue el de "AUXILIAR DE SEGURIDAD" en la tienda Metro Facatativá, con el pago de un salario equivalente al mínimo legal mensual vigente; señala que dicho contrato de trabajo se prorrogó por el mismo término inicial, en tres oportunidades, razón por la cual, a partir del 1º de octubre de 2012 se prorrogó por períodos de un año como lo dispone la norma; menciona que a partir del año 2013 y hasta el 30 de diciembre de 2014, hizo "relevos de descanso, vacaciones, compensatorios, incapacidades" al coordinador de control de pérdidas con las funciones propias de dicho cargo, sin que su salario presentara alguna modificación; narra que el 30 de diciembre de 2014 el señor FERNANDO PEÑA, quien desempeñaba el cargo de "COORDINADOR DE SEGURIDAD Y CONTROL PERDIDAS", renunció por lo que su puesto quedó vacante, razón por la cual, "“mientras” se contrataba la persona que llenara esta vacante", el jefe de Sección Nelson David Ibarra Bermúdez lo designó "en los turnos correspondientes al cargo de COORDINADOR DE CONTROL PERDIDAS"; explica que dicho cargo de coordinador de control pérdidas era ejercido por dos personas, incluido él, labor que desempeñó hasta el 19 de mayo de 2017; agrega que en ejecución de dicho cargo de coordinador "le delegaron la totalidad de funciones de este cargo, asumiendo la responsabilidad directa del cargo en mención, pero sin realizar ningún incremento salarial", incluso la empresa lo citó a descargos el 2 de mayo de 2016 por incumplir sus obligaciones de dicho cargo de coordinador, y el 11 de mayo de ese año recibió "recordatorio" con copia a su hoja de vida "al incumplir con las funciones como COORDINADOR DE CONTROL DE PERDIDAS"; de otro lado, manifiesta que la señora Jenny Rojas, Gerente Zonal de Recursos

Humanos de Cencosud Colombia, el 30 de julio de 2015 envió un correo institucional donde pone de presente a los directores de tienda, "*que existen algunos Auxiliares de Seguridad pérdidas y cajas, que los tienen haciendo funciones de Coordinadores sin ser nombrados*", correo que fue reenviado al director de la Tienda de Facatativá y al jefe de sección de control pérdidas de dicha tienda; indica el actor que inició los trámites correspondientes por intermedio de la jefe de recursos humanos para postularse al cargo de coordinador, quien le manifestó que debían cumplirse tres requisitos, "*i. haber laborado en la empresa un mínimos de dos (2) años; ii. Tener aprobación del director de la tienda; y, iii. Realizar entrevista con el regional de control pérdidas*", que cumplía los dos primeros requisitos; sin embargo, no superó la entrevista requerida, sin embargo, continuó ejerciendo "*la totalidad de las funciones como COORDINADOR*", sin que fuera nombrado formalmente, razón por la cual, el 18 de mayo de 2017, elevó derecho de petición ante su empleador para que le fuera pagada la respectiva nivelación salarial, se nombrara en el cargo de coordinador control perdidas, se le indicara formalmente las labores y funciones de dicho cargo como coordinador de control pérdidas, y se le cancelara el retroactivo salarial, prestacional y cotizaciones a seguridad social; no obstante, al día siguiente le fue ordenado regresar a sus funciones de auxiliar de seguridad; que la demandada el 11 de julio de 2017 dio respuesta evasiva a su derecho de petición; que el 25 de agosto de 2017 citó al empleador ante la Inspección del Trabajo de Facatativá para llegar a una conciliación, sin que ello fuera posible; y el 4 de septiembre de 2018 le fue comunicada la terminación de su contrato de trabajo sin justa causa. Aclara que entre el 30 de diciembre de "*2013*" (sic) y el 19 de mayo de 2017 recibió el salario propio del cargo de auxiliar de seguridad y no del cargo que desempeñó de coordinador de control de pérdidas, por lo que sus acreencias laborales y de seguridad social fueron liquidadas con un salario inferior al que correspondía, e igualmente la indemnización por despido sin justa causa se liquidó por un salario inferior; aunado a que para la fecha que le fue terminado su contrato ya se había prorrogado por otro año más, y por tanto, el mismo terminaba el 30 de septiembre de 2019.

- 3.** El Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, Cundinamarca, mediante auto de fecha 28 de enero de 2019 admitió la demanda y ordenó notificar a la demandada (fl. 78), diligencia que se cumplió el día 10 de julio de 2019, según acta de notificación personal obrante en el plenario.

4. La entidad demandada por intermedio de apoderado judicial, el 24 de julio de 2019, contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones; frente a los hechos aceptó los relacionados con la firma del contrato de trabajo a término fijo en el cargo de auxiliar de seguridad, la renuncia del 30 de diciembre de 2014 elevada por el señor Fernando Peña quien se desempeñaba como coordinador de control pérdidas, y la citación ante el Ministerio del Trabajo; respecto a los demás hechos manifestó que si bien el 1º de octubre de 2011 se firmó con el actor un contrato a término fijo, lo cierto es que el 5 de junio de 2012 se modificó a uno de término indefinido mediante un otrosí, refiere que el salario pactado fue la suma de \$621.900, que superaba el salario mínimo del año 2011; aclara que no son ciertos los relevos que dice el demandante, y explica que *“con base en el deber de colaboración que tienen todos los colaboradores de CENCOSUD COLOMBIA S.A., al momento de haber alguna labor adicional el personal que se encuentra capacitado realizará dichas funciones de manera momentánea; lo cual no significa como de manera errónea lo hace ver el demandante, que se encuentre desarrollando un cargo diferente para el que había sido contratado”*, como de igual forma se establece en el reglamento interno de trabajo; indica que no designó al demandante para que *“reemplazara al señor Ibarra Bermúdez”*; agrega que *“no eran dos personas las designadas para realizar las labores de Coordinador de Control Pérdidas, eran tres; sin embargo en algunas ocasiones el señor Rincón Arévalo realizó algunas labores propias de los coordinadores, sin que ello supusiera una designación en titularidad de dicho cargo”*, como tampoco *“delegó la totalidad de las funciones que desarrollaba en Coordinador de Control Pérdidas”*; indica que *“el recordatorio no es considerado como una sanción disciplinaria”*, sino *“un concepto personal el cual no se comparte”*; menciona que *“si bien es cierto que existió un correo electrónico que evidenció dicha situación; no es cierto que la Zonal de Recursos Humanos estuviera al tanto de los alcances de los cargos operativos de la compañía. El roll (sic) que desempeñó dicha jefe estuvo encaminado a canalizar los temas de ambiente laboral, afiliaciones al Sistema Integral de Seguridad Social y auditar el trabajo de los jefes de recursos humanos de las distintas tiendas que tenía a su cargo”*; informa que el actor al finalizar el año 2014 se postuló para suplir la vacante que existía en la tienda Metro Facativá, no obstante, *“Una vez realizado el proceso de postulación para la vacante de Coordinador de Control Pérdidas y realizando todas las etapas contempladas por el Departamento de Recursos Humanos, se procedió a la evaluación por parte del Departamento de Control Pérdidas, quien consideró que el demandante no cumplía con la totalidad de aptitudes necesarias para el cargo”*; de otro lado, expone que dio contestación de fondo al derecho de petición del actor de fecha 18 de mayo de 2017; reitera que *“no existe ningún documento del cual se pueda desprender que el demandante ostentó el cargo de Coordinador de Control Pérdidas; todo lo contrario el jefe directo del señor Rincón*

Arévalo en aras del poder subordinante le suministró unas órdenes para la realización de la labor contratada"; agrega que terminó el contrato de trabajo del actor "en uso de la condición resolutoria tácita", por lo que procedió a pagar "la indemnización tarifada consignada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual incluyó el lucro cesante y el daño emergente"; que igualmente le canceló al demandante "la asignación salarial acordada entre las partes teniendo en cuenta el único cargo desempeñado, es decir el de auxiliar de control pérdidas", aclarando que el salario con el que se le liquidó las acreencias laborales a la terminación del vínculo ascendía a la suma de \$921.600; finalmente, indica que pagó "todos los conceptos emanados del contrato de trabajo teniendo en cuenta el salario acordado entre las partes". Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago, prescripción y la innominada (fl. 199-214).

5. Con auto del 6 de agosto de 2019 se tuvo por contestada la demanda (fl. 213), se señaló como fecha y hora para audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS el 22 de octubre de 2019; diligencia que se realizó ese día (fl. 223-226). La audiencia de trámite y juzgamiento se programó para los días 30 y 31 de marzo de 2020, no obstante, dada la cuarentena generada por la pandemia del COVID-19, la misma no se realizó. Luego, con auto del 1º de julio de 2020 se reprogramó la audiencia para los días 7 y 8 de septiembre de 2020, fechas en las que se recibieron las pruebas testimoniales e interrogatorios de parte, y se señaló fecha para proferir la sentencia correspondiente.
6. La Juez Primero Civil del Circuito de Facativá, Cundinamarca, en sentencia proferida el 10 de septiembre de 2020, declaró probada parcialmente la excepción de pago propuesta por la demandada, declaró que entre el demandante y Cencosud Colombia S.A. existió un contrato laboral a término indefinido del 1º de octubre de 2011 al 4 de septiembre de 2018 "*durante el cual se desempeñó como auxiliar de seguridad y por otro periodo de coordinador de pérdidas (30 diciembre de 2014 al 17 de mayo de 2017)*"; condenó a la demandada al pago de aportes a seguridad social en pensiones "*por la diferencia de salarios entre auxiliar de seguridad y coordinador de pérdidas*", al pago de \$11.654.726 por concepto de salarios, \$969.497,58 de cesantías, \$166.339,16 de intereses de cesantías, \$969.497 de prima de servicios, \$485.615,08 de vacaciones, y al pago de las costas del proceso, tasó las agencias en derecho en 2 salarios mínimos legales vigentes.

7. El apoderado de la parte demandante solicitó aclaración y/o complementación de la sentencia para que se precisara cuál fue el salario como coordinador que se tuvo en cuenta en la sentencia para reliquidar las acreencias del demandante. La juez a su turno, manifestó que como quiera que en el plenario no se acreditó el salario del coordinador para la época de los hechos *“se tuvo en cuenta los valores estimados por usted en escrito demanda señor abogado, porque no hubo prueba documental que acreditara cuánto ganaba en cada año el coordinador de pérdidas, ahí le estoy respondiendo y esa fue la razón para hacer la liquidación así”*, y ante la intervención de la apoderada de la demandada quien aseguró que sí se aportó al expediente los salarios del auxiliar y del coordinador de control pérdidas, la juez agregó *“no los encontré, lo único que encontré en relación a salarios de coordinación fue del año 2019 que está en una hojita amarilla eso fue la única certificación de que encontré, por esa razón el despacho como no hubo controversia en ese punto, el despacho tuvo en cuenta lo dicho por el demandante en su escrito de demanda”*.

8. Frente a la anterior decisión, los apoderados de ambas partes interpusieron recurso de apelación, así:

8.1. El apoderado del demandante manifestó: *“De manera respetuosa su señoría me permito presentar recurso de apelación parcial en contra de la decisión adoptada en este momento su señoría con respecto a no otorgarse la pretensión de condena con respecto a la sanción moratoria que trae el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, así como que tampoco se otorgó la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo anterior lo fundamento sucintamente en lo siguiente su señoría: Por parte de su despacho se tiene por probado en los hechos de la demanda el mal actuar por parte de la compañía Cencosud Colombia S. A., demandada aquí dentro del presente proceso, quienes de una forma vulnerando los derechos fundamentales del señor Diego Rincón, derechos fundamentales a la vez derechos laborales lógicamente, actuando o ejerciendo un mal actuar, que ese mal actuar se deriva en la mala fe en que actuó esta entidad como empleador, entonces al concluirse o en el compendio de la totalidad de esas pruebas que se aportaron, y en el desarrollo mismo de la parte motiva de esta sentencia, se puede demostrar que la sociedad no actuó de buena fe frente a su trabajador Diego Rincón, sino que por el contrario se actuó de mala fe, la jurisprudencia de la Corte Suprema justicia ha dicho precisamente al momento de otorgar o no esa sanción moratoria, que no es sólo el que se hayan reconocido parcialmente las prestaciones del trabajador, ni que se le hayan cancelado al finalizar su contrato las prestaciones laborales, sino que también se debe tener en cuenta es la mala o buena fe que haya procedido ese empleador al ejecutar o en el ejercicio de esa relación contractual laboral que aquí estamos en el en el en el escenario de un contrato laboral, es lo que se debe tener en cuenta para sancionar o no está mala conducta y por ende la sanción moratoria tanto del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo como la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por lo tanto*

solicito a los señores magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca en su Sala Laboral, se sirvan revocar en este punto la sentencia adoptada por la señora Jueza Civil Primera de Circuito de Facatativá, en el entendido de que se le debe otorgar dicha sanción moratoria al señor Diego Rincón en (sic) base a ese mal actuar traducido o que se puede concluir que fue mala fe y por ende el reconocimiento de estas dos sanciones, lo demás conforme su señoría.”.

8.2. Por su parte, la apoderada de la demandada señaló *“Me permito interponer recurso de apelación en los siguientes términos: la Sala Laboral de la Corte Suprema Justicia en radicado SL1284 de 2016, ha establecido que las diferencias salariales entre los trabajadores que desempeñen iguales o similares cargos son legítimamente posibles, cuando responden a razones objetivas que lo justifican, estas razones objetivas se evidencian en el presente caso, primero, porque el trabajador nunca ostentó el cargo de coordinador de control de pérdidas, y segundo, porque no cumplía la totalidad de las funciones de manera permanente de un cargo de coordinador de control pérdidas, ni tampoco tenía la misma responsabilidad, por lo tanto, esa diferencia salarial corresponde a razones objetivas y no un proceder caprichoso o arbitrario por parte de Cencosud Colombia, que podría ser fundamentado en motivos irrelevantes o intrascendentes propios de conductas discriminatorias, sino por el contrario el salario era acorde a su cargo, en este orden de ideas no es posible generar el mismo salario que devenga un real coordinador de control pérdidas a un auxiliar de control pérdidas porque realice algunas funciones esporádicamente y temporalmente porque entonces ahí no habría el derecho a la igualdad para los demás trabajadores que sí tienen la responsabilidad de un cargo coordinador control pérdidas. Adicionalmente el despacho manifiesta y argumenta acerca del ius variandi, sin embargo frente a este tema la Sala Laboral de la Corte Suprema Justicia en sentencia SL 21655 del 2017 señaló que hace parte de la potestad propia del empleador realizar cambios en las condiciones del contrato de trabajo, sin embargo ellas deben ser ejecutadas siempre y cuando respete los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso concreto, ahora bien, el argumento que expresa el honorable despacho para proferir su sentencia hace relación a la proporción que debe tenerse frente al derecho a la dignidad del trabajador, sin embargo las funciones que eventualmente asumía el demandante no vulneraba la dignidad del trabajador, siendo que no se desmejoraron sus condiciones laborales y salariales, pues el mismo no manifestó de qué manera esas funciones atentaron contra su honra y dignidad durante la relación laboral, están así, que durante los tres años que él decía o él manifestaba que realizaba esas funciones sólo hasta el 2017 generó una inconformidad ante la empresa. El despacho adicionalmente tachó de falso el testimonio del señor Julián Solórzano por el hecho de que no recordó algunas preguntas que genera el despacho, lo cual es completamente viable teniendo en cuenta los múltiples trabajadores que existen en la tienda, y que bajo la gravedad del juramento no puede inventar datos, no puede decir cosas que no son acordes a la realidad, pero ello no quiere decir que el testigo deba ser tachado de falso ya que fungió precisamente como testigo y no como representante legal, y su versión será sobre los hechos que recuerde y*

le consten efectivamente. Adicionalmente señala el despacho y lo confirma que los testigos dentro de sus testimonios si bien dieron o manifestaron una fecha de inicio de las funciones del coordinador de control pérdidas, no manifestaron o no fueron coherentes frente a la fecha de la terminación o la fecha en la que ellos vieron que el trabajador dejó de hacer esas funciones como coordinador de control pérdidas, por lo tanto, el demandante no pudo acreditar el tiempo o el período de tiempo en el que efectivamente haya realizado esas funciones. Adicionalmente su señoría, tengo el documento, la certificación laboral del auxiliar de control pérdidas, usted me dirá si es el mismo, sin embargo, si no logró ver el salario como coordinador. Adicionalmente, también manifiesta que el demandado Cencosud Colombia no pudo probar que el trabajador realizaba funciones como auxiliar de control pérdidas cuando le realizaron o cuando le hicieron esos descargos, y eso digamos, esto no es cierto porque el trabajador cuando se le puntualizó sobre los descargos y las sanciones o el recordatorio, fue sobre el cargo o una función como auxiliar de control pérdidas, y ello no quiere decir que el trabajador haya acreditado que efectivamente del 2014 al 2017 haya realizado funciones como coordinador de control pérdidas. Adicional a ello, como Cencosud Colombia siempre pagó puntualmente las prestaciones sociales, los salarios reales y verdaderos del trabajador no ha lugar a la indemnización moratoria establecida porque el actor es quien debe probar que Cencosud Colombia obró de mala fe y ello no fue acreditado dentro del proceso ni se vislumbra por los hechos anteriormente expuestos.”.

9. Recibido el expediente digital, se admitieron los recursos de apelación mediante auto del 19 de octubre de 2020.

10. Luego, en atención a lo establecido en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, con auto del 27 de octubre del mismo año, se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, dentro del cual la parte demandada guardó silencio.

11. El apoderado de la parte demandante manifestó que debe condenarse a la demandada al pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, como quiera que la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, ha sido enfática “*al otorgar la condena por la mora en el pago de los incrementos salariales y prestaciones sociales de lo pagado, a la diferencia de la remuneración otorgada en la sentencia condenatoria. Es decir que es aplicable al presente caso la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., pues si bien la DEMANDADA pago (sic) al DEMANDANTE los salarios y prestaciones sociales existe una deuda por el incremento salarial y prestacional derivado de la NO NIVELACIÓN SALARIAL que sufrió el TRABAJADOR*”, máxime cuando quedó demostrada la mala fe de la demandada, ya que del material probatorio recaudado “*se concluye que el comportamiento del EMPLEADOR estuvo revestido de deslealtad, deshonestidad, ventajosa, y beneficiosa en contraposición de los intereses del*

trabajador”, “a pesar de haberse dado unas indicaciones por parte de una funcionaria de la empresa, en la que advertía la situaciones irregulares al mantener personas de otros cargos desempeñando de manera permanente funciones completas de otro cargo, la empresa no hizo nada para remediar lo anterior, sino que consintió en dicho comportamiento inequitativo para con el DEMANDANTE, obteniendo una ventaja económica superior que la que debería de haber recibido éste como contraprestación directa de su labor, siendo equitativa con la prestación económica que obtenían sus pares para el cargo de COORDINADOR DE CONTROL DE PERDIDAS”.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son, por parte del demandante, *i)* Analizar si resulta viable condenar a la demandada al pago de las indemnizaciones moratorias consagradas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990; y por la demandada, *ii)* Estudiar si el actor ostentó el cargo de coordinador de control pérdidas de manera permanente durante el tiempo determinado por el juzgado, esto es, del 30 de diciembre de 2014 al 17 de mayo de 2017, y si cumplió la totalidad de las funciones de dicho cargo, o si las mismas eran ejercidas de manera esporádica, parcial y temporal; y en ese orden, *iii)* Determinar si la empresa vulneró los derechos del trabajador al liquidar sus salarios y prestaciones con el salario del cargo de auxiliar de control pérdidas, y de mantenerse la decisión de la juez *iv)* Establecer si quedaron acreditados los extremos temporales en los que el actor ejerció el cargo de coordinador, y si la liquidación efectuada por la juez es acorde con los salarios certificados en el expediente; y, finalmente, *v)* Analizar si la juez se equivocó al desestimar el testimonio del señor Julián Solórzano.

Frente a los puntos objeto de apelación, la a quo al proferir su decisión consideró *“en cuanto al segundo problema jurídico planteado conforme a las normas referidas, particularmente los postulados constitucionales y jurisprudenciales, no merece reproche la facultad del empleador de asignar a los trabajadores salarios diferenciados, sin embargo como ya se dijo, esta facultad no puede ser caprichosa ni discriminatoria, el patrono deberá tener en cuenta como las pautas ya referidas con la antigüedad al conocimiento experiencia la actividad asignada*

preparación académica, no obstante lo anterior los testimonios rendidos por los señores Wilmer Olaya, Corredor son claros coherentes en señalar que Rincón Arévalo cuando inició a trabajar en el almacén lo hizo como auxiliar de seguridad, indican que para esa fecha el Coordinador de pérdidas era el señor Peña, y que una vez renunció el señor Peña el cargo fue ocupado por el demandante, también corrobora este dicho el testigo Urquijo Corredor quién desempeñaba el cargo de coordinador de pérdida, afirma también de manera clara sin dubitación, coherentemente, que los dos ejercían funciones del coordinador de pérdidas, haciendo turnos uno en la mañana y otro en la tarde cada semana diferente, y conocían de la inconformidad del Rincón Arévalo porque no le pagaban el salario con sus nuevas funciones, coincide con lo dicho los anteriores testigos el señor José Fernando Abril persona que también vio, percibió de manera directa, las actividades ejecutadas por el demandante en el cargo de coordinador de pérdidas, en lo que no son coincidentes los testigos es en la fecha de la finalización de las actividades, ya que al unísono en dar la fecha iniciación la tienen de presente como el momento de la renuncia del señor Fernando Peña el 30 de diciembre de 2014, frente al dicho por los anteriores testigos se contraponen el testimonio de Julián Solórzano persona que en la actualidad ocupa el cargo de gerente de tienda y sobre el cual el apoderado actor presentó tacha de sospecha por su vinculación laboral, en sus dichos no recuerda tiempos, recuerda de manera puntual que el señor Urquijo Corredor laboró en la tienda en calidad de coordinador de pérdidas, sin embargo enfáticamente señala que el demandante no ocupó el cargo por cuanto no hubo convocatoria y hubo una y no obtuvo el puntaje necesario, que las actividades desarrolladas por el demandante eran propias del cargo de auxiliar de seguridad, al igual en cuanto al llamado descargos del demandante afirma que se hizo en calidad de auxiliar de seguridad, de las varias preguntas formuladas por el despacho enfatiza que en razón a estar bajo la gravedad del juramento a decir la verdad, sin embargo no recordó muchas circunstancias como la del correo electrónico enviado al gerente de la tienda, en cuanto a la necesidad de tener cuidado con las asignaciones atribuidas algunos empleados sin estar nombrados, prueba esta para el despacho que da contundencia a la pretensión del actor, mírese que la misma entidad entendió que continuar con ese tipo de situaciones a la postre habrían problemas. El declarante menciona de manera imprecisa que en algún momento impartió órdenes al demandante sin especificar fecha ni circunstancias en que lo hizo, lo anterior es suficiente para despachar favorablemente la tacha imparcialidad presentada por el actor, es evidente que las respuestas del gerente fueron imprecisas difusas y manifestando no recordar para responder. De esta manera en el asunto objeto de examen en criterio de este despacho es claro que al demandante el empleador impuso funciones diferentes a las pactadas en su contrato inicial y que el marco temporal lo define lo dicho en el interrogatorio y los testigos, el 30 de diciembre del 2014 al 19 de mayo del 2017, así las cosas diáfano como está que el demandante ocupó el cargo de coordinador de pérdidas, no se encuentra justificada la razón por la cual habiéndose cambiado de funciones no se le asignó el salario igual al que devengaba para este momento el coordinador de pérdidas, que en este caso específico fue el señor Freddy Camilo Urquijo Corredor, pues para el despacho no resultan acordes las manifestaciones del demandado conforme a las pruebas recaudadas, no tiene sustento probatorio las actividades o las afirmaciones que las actividades realizadas por el

demandante hayan sido propias de auxiliar de seguridad y menos en el deber de colaboración, pues haber permanecido en el tiempo y desconociendo la misma comunicación interna que designar personas en el cargo de coordinador sin estar renombrados a la postre les traería problemas. Concluido entonces que al demandante se le modificaron sus funciones en el desarrollo del contrato laboral a término indefinido desde el 30 de septiembre del 2014 hasta el 19 mayo del 2017 y que durante dicho término no se cancelaron los salarios correspondientes al cargo que ocupó, lo procedente es entrar a examinar las pretensiones de condena”.

Por razones de método y orden lógico, se resolverá inicialmente el recurso interpuesto por la parte demandada, pues si el mismo prospera, sería innecesario el estudio del presentado por el demandante.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente la existencia de un contrato de trabajo entre las partes intervinientes, así como sus extremos temporales del 1º de octubre de 2011 al 4 de septiembre de 2018, que el cargo para el cual se contrató fue el de auxiliar control pérdidas (que es el mismo cargo de auxiliar de seguridad, según se desprende de las pruebas aportadas) de la tienda Metro del municipio de Facatativá y que todas sus prestaciones y salarios le fueron liquidados y pagados con base en el salario de dicho cargo.

Cabe anotar que, en tratándose de casos como el presente, en que se discute una nivelación salarial, no en relación con el factor de comparación personal con otro trabajador que desempeñe el mismo cargo, sino por ejercer funciones correspondientes a un cargo de mayor jerarquía, la jurisprudencia laboral ha establecido, frente a la carga probatoria, que el trabajador no debe *“acreditar que las condiciones de eficiencia fueran las mismas, pues no se estaba tomando un referente personal para la nivelación”*, por lo que en tales casos, lo que le corresponde demostrar al trabajador son los indicios generales del trato discriminatorio, y será el empleador quien deba demostrar la razonabilidad de dicho trato (Sentencia CSJ SL2891 de 2019).

Lo anterior sin olvidar que la premisa normativa que de forma básica sirve de sustento a la pretensión principal formulada es el artículo 143 del CST, modificado por la Ley 1496 de 2011, que consagra el principio de *“A trabajo de igual valor, salario igual”*, aclarándose que esta última norma introdujo cambios en relación con la que le antecedió, dentro de los cuales cabe resaltar que ya no se habla simplemente de trabajo igual sino de trabajo de igual valor, modificación que no solamente entraña un giro semántico, sino que busca que

la igualdad salarial se sustente en trabajo de igual valor. Además, dicha norma no solo consagra la garantía de equidad retributiva en favor de los trabajadores, sino que dispone una inversión de la carga de la prueba, al preceptuar que todo trato diferenciado en materia salarial se presume injustificado, hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación (Sentencia CSJ SL5316 de 2019).

Por tanto, lo primero que deberá establecerse es si el demandante en realidad ejerció un cargo superior para el que fue contratado, vale decir, si a pesar de ser contratado como auxiliar, las funciones desempeñadas fueron propias de un coordinador, y si tal circunstancia resultó discriminatoria en el entendido de que siempre le fueron reconocidas sus acreencias laborales con base en el salario de auxiliar y no el de coordinador que era un cargo de superior jerarquía.

Para resolver las anteriores inquietudes, obra dentro del plenario la siguiente prueba documental:

Contrato individual de trabajo a término fijo suscrito entre las partes de fecha 1º de octubre de 2011, en el que se contrata al demandante para ejercer el cargo de "AUXILIAR", por un período inicial de 3 meses (fl. 21-23). Y aparece que el 30 de septiembre de 2011 el demandante le fue entregado copia del manual de funciones para el cargo de auxiliar de seguridad (fls. 49 archivo PDF # 8)

A folio 24 reposa otrosí al contrato de trabajo, en el que se incorpora la cláusula "sobre TRATAMIENTO Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES". Igualmente, reposa un otrosí de fecha 5 de junio de 2012, en el que las partes deciden modificar el contrato de trabajo, en el sentido de que a partir de la fecha su duración "será indefinida" (fls. 36 archivo PDF # 8)

Organigrama de la compañía frente a la ubicación del cargo de auxiliar de seguridad, en el que se indica que el superior inmediato es el jefe de sección de seguridad (fl. 25), así como el manual de funciones de dicho cargo (fl. 26-27).

Reposa "ENTREVISTA CONVOCATORIA INTERNA" de febrero de 2015, en la que el actor se presenta al "Cargo propuesto" de "Coordinador Control Pérdidas", entrevistándolo, entre otros, la señora Claudia E. Vanegas como "JEFE DE RECURSOS HUMANOS", refiere que el actor "tiene conocimiento. Lo desarrolla – Aplica",

indica que es "ELEGIBLE", le da una calificación de 80 puntos, y como concepto de experiencia laboral enuncia que tiene "EXPERIENCIA LABORAL TOTAL" "8 años", y "EXPERIENCIA ESPECIFICA EN EL CARGO" "3 años. Igualmente, el Gerente Directo de Tienda Maax Hidrobo, indica que el actor es elegible, entre otras razones, "Por la experiencia en la compañía". Seguidamente aparecen unas pruebas comportamentales y cognitivas (fls. 40-44 archivo PDF # 8).

A folio 28 reposa correo electrónico en el que la señora Jenny Maritza Rojas Hernández Gerente Zonal de Recursos Humanos de Cencosud Colombia, de fecha 30 de julio de 2015, con asunto: "Auxiliares con funciones de Coordinadores y no son nombrados", en el que informa que "Haciendo revisión en las tiendas hay algunos auxiliares de Control pérdidas y Cajas que los tienen haciendo funciones de Coordinadores sin ser nombrados. Por favor mucho cuidado ya que esto puede generarnos problemas a futuro. A continuación relaciono qué personas son para que verifiquemos y no permitamos que esto siga pasando:" "NOMBRE" DIEGO RINCON" SECCIÓN" "CONTROL PÉRDIDAS" "TIENDA" "FACATATIVÁ". A su turno, el señor Hidrobo, Maax Edizzon director de la Tienda de Facatativá de Cencosud Colombia, reenvía el correo al día siguiente al señor Nelson David Bermúdez Ibarra -Jefe de Sección Control Pérdidas de la Tienda de Facatativá de Cencosud-, y le pregunta "Que (sic) hacemos ???", el que solo se limita a dar acuso de recibido.

A folios 29 a 30 obra acta de descargos que rindió el demandante el 2 de mayo de 2016 en las oficinas de la demandada, manifestando en esa diligencia "Actualmente me desempeño en el cargo de AUXILIAR para el área de SEGURIDAD y tengo contrato trabajo suscrito y vigente con CENCOSUD, desde el 01 de Octubre de 2011", luego aclara que su cargo es de "Auxiliar de Seguridad, mis funciones son: Reemplazo de coordinador", cargo este que viene desempeñando desde "Un año y 4 meses"; indica que fue llamado a esos descargos "Por enviar un sobrante en una transferencia"; frente a la pregunta sobre cuál es el procedimiento en el desarrollo de sus funciones y las capacitaciones recibidas, contestó "Tengo que realizar aperturas y cierres, verificar y velar por los activos de la compañía por la mercancía y por el personal que trabaja en la compañía, revisar devoluciones, transferencias, inventarios entre otras y no he recibido capacitación alguna", luego, al indagársele si conocía el procedimiento para transferencias, respondió que sí; la empresa le indica que en atención al "informe elaborado por su jefe inmediato Nelson Ibarra, el día 18 de abril se realiza una transferencia de mercancía del área de bazar juguetería para la tienda Iserra 100 donde posteriormente la tienda reporta como novedad un sobrante de mercancía por valor de \$325.984 correspondiente a 4 juguetes JURASIC PARK que fueron enviados y no se registraron en la verificación realizada por usted", y cuando se le indaga "¿Por qué Razón usted permitió la salida de esta mercancía sin el folio impreso del descargue en génesis de la

mercancía?” contestó: “Porque estaba solo y al mismo tiempo tenía que seguir cumpliendo con mis labores de coordinador, y no solo podía quedarme con la transferencia”.

Luego, a folio 31 obra comunicación de fecha 11 de mayo de 2016 dirigida al demandante, denominada “RECORDATORIO”, en la que se le indica “Teniendo en cuenta las funciones desempeñadas por usted como **Auxiliar Seguridad** Tienda Metro Facatativá”, frente a los hechos mencionados en el acta de descargos por el sobrante de mercancía, le informan que “incurrió en una falta disciplinaria incumpliendo las obligaciones propias de su cargo de acuerdo con el contrato laboral suscrito por usted y el reglamento de trabajo especialmente el artículo 45”, documento esto que fue suscrito por el señor Julián Solórzano como Director de la Tienda Metro de Facatativá, y se dice que “Copia: hoja de vida”.

Reposa acta de compromiso de fecha 9 de junio de 2016 en la que el demandante, como auxiliar de seguridad, declara que conoce el reglamento interno de trabajo y se compromete a cumplir sus deberes, obligaciones y prohibiciones, y acepta que cualquier incumplimiento del mismo es una falta disciplinaria (fls. 50 archivo PDF # 8). Así mismo, obra evaluación hecha al demandante sobre su conocimiento al reglamento de trabajo (fls. 51- 52 archivo PDF # 8), y reposa igualmente el reglamento interno de trabajo de la compañía (fls. 17-28 archivo PDF # 8).

Obra a folios 32 a 35, derecho de petición de fecha 18 de mayo de 2017 presentado por el demandante a la empresa demandada, en la que, luego de narrar los hechos que invoca en esta acción, solicitó: 1. “EFECTUAR MI NIVELACIÓN SALARIAL Y RECONOCIMIENTO (sic) SALARIAL de acuerdo al cargo de coordinador de control pérdidas (sic) y seguridad”. 2. ASIGNARME al centro de costos de Coordinador control pérdidas (sic)”. 3. “INDICARME cuales (sic) son las labores y funciones a mi cargo como coordinador de control pérdidas (sic)”. 4. “CANCELARME el retroactivo salarial, prestacional y cotizaciones de seguridad social de acuerdo a mi cargo de auxiliar principal control pérdidas (sic) desde el 30 de diciembre de 2014”.

A folios 36 a 38 la Directora de Recurso Humanos de la demandada contestó el derecho de petición en el que niega las pretensiones del actor “Toda vez que usted fue contratado para desempeñar el cargo de auxiliar en el área de Control Pérdidas, sin embargo, los auxiliares eventualmente apoyan ciertas funciones de la sección, lo cual no debe entenderse como una posible necesidad de un coordinador adicional, toda vez que por la plantilla de la tienda no es necesario”, y agrega que “la Tienda Metro Facatativá cuenta a la fecha con un Coordinador de

Control Pérdidas y un jefe de Sección, teniendo en cuenta que la plantilla de la Tienda es en promedio de 70 personas, por lo cual no se ha contemplado un segundo cargo de coordinador, generando que se apoyen ciertas funciones de la sección en auxiliares que releven los días de descanso”.

Reposa una relación de funciones por realizar en la tienda Metro de Facatativá, dada por el señor Pablo Antonio Rincón Rincón en su calidad de Jefe de Control Pérdidas; no obstante, no se enuncia a qué cargo están dirigidas esas funciones (fl. 39-43).

A folio 44 obra citación efectuada por la Inspección del Trabajo de Facatativá, de fecha 2 de agosto de 2017, en la que se cita a Cencosud Colombia S.A., para llegar a un acuerdo frente a las diferencias adeudadas al demandante por concepto de acreencias laborales dado el cargo de mayor jerarquía que ejercía. Y a folio 45 reposa el acta de conciliación emitida por tal oficina del trabajo, ante la falta de ánimo conciliatorio por parte de la entidad demandada.

Obra carta de terminación del contrato de trabajo sin justa causa de fecha 4 de septiembre de 2018 (fl. 46), y a folios 48 y 49, aparece la liquidación de sus prestaciones sociales, en la que se enuncia que el cargo corresponde a “*AUXILIAR CONTROL PÉRDIDAS*”; e igualmente, aparece liquidación definitiva del contrato de trabajo (fls. 29-33 archivo PDF # 8), y acta de entrega del puesto (fls. 34 archivo PDF # 8).

Aparece otro derecho de petición de fecha 25 de septiembre de 2018 en el que el demandante solicita copia del manual de funciones de los cargos de auxiliar control pérdidas y coordinador control pérdidas, certificación “*del salario estimado*” para tales cargos y certificación del último salario devengado por el anterior coordinador Fernando Peña (fl. 50).

Reposan comunicaciones de aumento de salario notificados al demandante, así: para el año 2012 \$658.100, año 2016 \$812.400, año 2017 \$867.800 (fls. 45-48 archivo PDF # 8).

Obran planillas de pago de aportes (fls. 53-61 archivo PDF # 8), comprobantes de nómina de salarios, primas, vacaciones, e intereses sobre las cesantías (fls. 62-184 archivo PDF # 8 y 9), y comprobantes de pago de cesantías (fls. 186-197 archivo PDF # 9).

Reposa certificación laboral en la que la demandada indica que el actor laboró en la compañía del 1º de octubre de 2011 al 4 de septiembre de 2018, mediante un contrato a término indefinido, en la que desempeñó el cargo de auxiliar control pérdidas, con una asignación salarial de \$921.600 (fls. 185 archivo PDF # 9).

De otro lado, obran certificaciones expedidas por la demandada en la que consta que los salarios para el año 2019 del auxiliar de control pérdidas es \$960.600, y el de coordinador de control pérdidas es \$1.267.100 (fls. 39 archivo PDF # 8), y otra en la que certifica que el salario devengado por el señor Fernando Peña en el año 2014 fue de \$975.100 (fls. 198 archivo PDF # 9).

Finalmente, reposa documento denominado "*PROCEDIMIENTO DE TRANSFERENCIAS ENTRE TIENDAS*", versión 7, con vigencia 25/11/10 (fls. 1-7 archivo PDF # 15).

También se recibieron las declaraciones testimoniales de los señores Wilmer Olaya Gómez, Fredy Camilo Urquijo Corredor, José Fernando Abril y Julián Solórzano Luna, y los interrogatorios de parte del demandante y de la representante legal de la demandada, que más adelante se señalarán.

Wilmer Olaya Gómez, quien trabajó para la demandada desde abril de 2013 hasta mayo de 2018, como auxiliar de control pérdidas en la tienda de Facatativá, señaló que fue compañero del demandante en dicha área y por eso le consta que el demandante para el año 2014 ejerció el cargo de auxiliar control pérdidas "*pero hacía funciones del 51 que era el coordinador*", y que esa orden se la dieron "*los mismos directores porque en el momento fue cuando se retiró el compañero Fernando Peña que era el coordinador, y de ahí el que estuvo más opcionado para subir a ese cargo fue el compañero Diego Rincón*", aunque no recordaba bien en ese momento quién ejercía como director de la tienda "*si en el momento estaba Julián Solórzano o estaba William Franco, porque había dos, esa orden la dio el director de tienda*", y agregó que "*Diego empezó desde la fecha que salió Fernando Peña de la empresa, como a finales de diciembre del 2014*", y que "*duró como 2 años haciendo de funciones, casi hasta el 2017 que fue cuando lo sacaron*", que eso lo sabía "*porque en esos momentos yo era auxiliar y él era más o menos el coordinador de nosotros, digo más o menos porque no estaba así el cargo como tal estipulado en el contrato se puede decir, él hacía los horarios, todas las funciones de un coordinador, abrir tablas de Electro*", indica que el actor ejercía las mismas funciones del otro coordinador, como lo eran "*abrir tienda, llegar a abrir tienda con los jefes, los precintos, ellos eran los encargados siempre tenían que haber uno de seguridad y era el coordinador porque ellos eran los que manejan las llaves, los precintos, había precintos de seguridad, hacía los*

horarios, nos daba permisos, se puede decir que era el que manejaba todo eso, en compañía del jefe que estaba ahí también, que era Freddy Urquijo que era el otro coordinador", que tales funciones las hacía "todos los días, porque como sólo estaba Fredy Urquijo que era el otro coordinador que sí estaba de planta como coordinador, él (el actor) lo hacía todos los días porque era por turnos, él digamos estaba en un turno y Freddy Urquijo estaba en el otro turno y era todos los días que él estaba", "eran turnos de 8 horas, había uno que hacía apertura que era de 6 de la mañana a 2:30 de la tarde, y el otro era de 2 de la tarde a 10 de la noche o 10:15 de la noche", y que "a la siguiente semana se rotaban, el que estaba por la tarde pasa en la mañana y el de la mañana a la tarde", y que así lo hizo el demandante "desde la fecha que salió Fernando Peña a finales de 2014, hasta el 2017". De otro lado, explicó que la diferencia entre las funciones del cargo de auxiliar de control de pérdidas con el de coordinador de control pérdidas "era el auxiliar solo se dedicaba a lo que era estar en contralor, revisar bolsos y estar pendiente de las cámaras de seguridad, eso lo hacía el auxiliar, y el coordinador o 51 que nosotros llamamos, o así lo tenía la empresa, hacía la apertura de la tienda con las llaves de tienda que sólo la manejan los coordinadores de seguridad, romper precintos", que "son los sellos de seguridad que tienen las puertas, que eso también sólo lo podían hacer los 51 o los coordinadores, hacer turnos que es dar permiso a los auxiliares, relevarlos en caso de que tuviera algún inconveniente o algo, estar pendiente de la tienda, hacer firmar cosas de cajas que tuvieran algún inconveniente las de cajas, sólo podía hacerlo el jefe de seguridad"; agregó que las transferencias de mercancías era una función de "los coordinadores", pues "los auxiliares sólo nos encargamos de las cámaras, y de contralor que era donde salía el personal interno de laborar, y revisar bolsos, eso es lo que hacía el auxiliar" y "a veces lo mandaban a uno a la entrada de la tienda a revisar bolsos cuando un guarda no estaba"; cuando se le indagó si el demandante fue nombrado oficialmente por la empresa en el cargo de coordinador cuando renunció la persona que ocupaba ese cargo, contestó: "oficialmente no se nombró a nadie, se dejó fue a Diego encargado, y ya fue cuando él quiso ascender y no lo dejaron, y lo volvieron a mandar como auxiliar", luego, reiteró que el demandante y el otro coordinador de apellido Urquijo, entre los años de 2014 a 2017, "hacían las mismas funciones como coordinadores, solo que Diego no estaba en sí como coordinador nombrado", y que en el año 2017 lo devolvieron al cargo de auxiliar pues a partir de ese momento "ya no volvió a coger llaves, ya no volvió a hacer apertura como coordinador, ya ahí empezaron a dejar a Carlos Delgadillo que fue el otro compañero, el otro auxiliar, y a él (el actor) ya no lo dejaron más, Diego no podía subir nada no podía firmar nada no podía ingresar nada ni abrir ni cerrar tienda, ni quitar precintos las funciones que hace un coordinador", aunque no recordaba la fecha exacta. De otro lado, manifestó que el director de tienda Julián Solórzano "muchas veces él delante de nosotros como auxiliares, al ingresar al cero cero, lo enviaba y lo mandaba (al demandante) a hacer funciones de coordinador, delante de nosotros como auxiliares, Diego haga esto Diego vaya, o le llamaba la atención por funciones de un coordinador, a Diego Rincón", "como por ejemplo por qué no abrió

hoy tan temprano qué pasó hoy con la apertura de la tienda tan tarde, o por qué no se ha abierto esta antena temprano, mire la hora que es, qué pasó con la firma de tal y tal cosa, que pronto ellos por estar haciendo otra función dejaban de hacer o no firmaban documentos importantes de la empresa y sólo firmaba al coordinador, y muchas veces ellos se colgaban se puede decir, así en trabajo, y el jefe Julián Solórzano pedía esos documentos y el encargado era Diego y le llama la atención por eso"; explicó que el citado director mandaba al actor a ejercer esas funciones de coordinador "porque en el momento no había un coordinador y en el momento estaba era Diego", y agregó que aunque con él (el testigo) estaban también los auxiliares Carlos Delgadillo y Sandra Cuéllar "que eran los más antiguos en la compañía", y por tanto el director pudo enviarlos a ellos a ejercer las funciones del coordinador, "mandaba era a Diego", a pesar de que le "le llamaba mucho la atención por funciones que de pronto él dejaba de hacer, de coordinador, que en el momento no era coordinador sino era un auxiliar, sino haciendo funciones de coordinador", y si bien el actor se presentó a una convocatoria para el cargo y "no pasó esa entrevista", "de igual forma como no la pasó él siguió haciendo la función de coordinador, igual nunca le dijeron que la dejara de hacer".

Fredy Camilo Urquijo Corredor, quien también trabajó con la demandada en la tienda de Facatativá, de 2011 a febrero de 2017, inicialmente como auxiliar de control pérdidas y después como coordinador de control pérdidas, señaló que el demandante también "estuvo un tiempo haciendo el cargo como tal, cumpliendo las funciones como coordinador", explicó que había "una persona que era Fernando Peña, que se retiró, que era el otro coordinador, entonces Diego Alejandro hizo las veces de coordinador cuando Fernando Peña se retiró", que dicha orden de ejercer esas funciones de coordinador le "fue impartida por el gerente de la tienda, que en ese tiempo fue el señor Julián Solórzano", que incluso para ese momento "cuando se fue Fernando Peña, estaba la señora Sandra Cuellar y el señor Carlos Delgadillo, que ellos también hacían como encargados de ese puesto, pero el señor Julián Solórzano me solicitó que no dejara ni a Sandra Cuellar ni a Carlos Delgadillo sino que dejara al señor Diego Rincón", que para el efecto, el gerente lo llamó (al testigo) "a la oficina de él (Julián Solórzano) y dijo que no dejara a Sandra Cuellar para que cumpliera ese cargo sino que dejara al señor Diego Rincón", y por ello estuvieron los dos (el actor y el testigo) de manera paralela ejerciendo las funciones de coordinador, distribuidos en "turnos de ocho horas, entonces, era de seis a dos y de dos a diez", "uno hacía un turno de seis a dos y la otra persona lo hacía de dos a diez", "nosotros teníamos un cambio de turno semanal, una semana yo hacía de 6 a 2 y otra semana de 2 a 10, había una rotación semanal"; refirió que las funciones del coordinador de control pérdidas son "estar pendiente de la seguridad física, seguridad industrial, las estructuras y de la mercancía que manejamos ahí, y el personal", frente a las mercancías indicó que "tenían un protocolo, que era que el de seguridad auditaba que lo que decían los

documentos fuera lo que saliera", y reiteró que esa función era de "nosotros como coordinadores". Respecto al contrato del demandante señaló que "él como tal tenía un contrato como auxiliar de control pérdidas, más no era coordinador, yo también en un inicio era auxiliar, empecé a desempeñar las funciones de coordinador y ya me hicieron como el ascenso dentro de la empresa, el auxiliar se encarga sólo de más que todo del circuito cerrado y funciones por ahí de seguridad, pero de menos responsabilidad, el coordinador sí tenía mucha más responsabilidad como era, lo que le digo, seguridad industrial, se encargaba de hacer informes y todo lo que tenga que ver con accidentes, entregaba mercancía, llegaba mercancía auditar eso y colaborar que fuera exacto lo que llegaba", "nosotros (el actor y el testigo) elaboramos turnos de auxiliares, hacíamos la programación, que siempre estuviera cubierta cada sección"; sin embargo, menciona que no recordaba durante cuánto tiempo el actor ejerció esas funciones de coordinador de manera permanente, pero que sí "fue más de un año", que lo que sí recordaba era que para la fecha en que él se retiró (el testigo), el actor "ya estaba cumpliendo las funciones de auxiliar, ya como él presentó una inconformidad entonces ya le dijeron haga su función de auxiliar", y explicó que la inconformidad que el actor presentó se refería al "sueldo, porque el sueldo tenía una diferencia de sueldo, no sé, él tenía en aproximado novecientos mil, mientras que un coordinar gana trescientos mil pesos más, casi cuatrocientos", y aclaró que el regreso al cargo de auxiliar se dio como tres o dos meses antes de que él (el testigo) se retirara de la empresa, y que cuando se retiró (el testigo) aún no habían nombrado el otro coordinador; agregó que si bien se abrieron ofertas para la postulación del cargo "nunca" se dio "una contratación directa para el cargo"; de otro lado, expuso que dicho cargo de coordinador "en un principio pues lo cubrió la señora Sandra Cuellar, también el señor Carlos Delgadillo, pero no tenían como la destreza, no sé, y el señor gerente de la tienda me llamó y me manifestó que dejara al señor Diego Rincón", que el demandante empezó a ejercer las funciones de manera permanente, como a los dos o tres meses después de "haber renunciado el señor Peña", y ya los señores Sandra Cuellar y Carlos Delgadillo "nos hacían los descansos a nosotros, y para cambios de turno, es decir, si Diego o yo descansábamos, ellos hacían ese descanso, esas ocho horas de ese día", y aclaró que con anterioridad a la renuncia del coordinador antes referido, el demandante era el que "hacía los relevos". Narró que en su caso personal (del testigo), cuando fue ascendido al cargo de coordinador, le "llegó un retroactivo de como de tres meses que desempeñé el cargo con el sueldo de auxiliar".

José Fernando Abril Rodríguez, quien trabaja para la demandada como auxiliar de panadería, dice que conoce al actor desde el 2011 cuando aquél ingresó a la compañía, lo que le constaba porque iniciaron "labores juntos", señaló que el demandante era "auxiliar de seguridad, pero después ya después de un

tiempo comenzó a hacer los relevos del personal de allá mismo” “para laborar los días de descanso, cuestiones así, vacaciones, etcétera”, y que desde el 2014 el actor empezó a ejercer funciones de coordinador “cuando renunció un muchacho que era el coordinador”, por lo que entró a reemplazarlo, y así lo hizo “hasta el día que le pasaron la carta de despido”, “como en el 2018”, por lo que ocupó dicho cargo de coordinador “más o menos unos cuatro años”, junto con el otro coordinador que era “Camilo Urquijo”, pues “los dos ejercían ese cargo, siempre eran dos personas”. Explicó que los coordinadores, como el actor y Camilo Urquijo, tenían “una responsabilidad mucho más grande que un auxiliar de control de pérdidas, porque ellos tienen que estar pendientes de manejo de personal, tienen que estar pendientes de todo lo que pasa en la tienda (...), tienen que estar pendiente de muchas cosas, lo que pasa en cajas, lo que pasa en las porterías, es un cargo más de responsabilidad, de manejo de los demás auxiliares”, “estar pendiente de todo del manejo de la tienda, toda la seguridad en la tienda, las personas que siempre pasan, que siempre puede haber algún contratiempo, entonces siempre hay alguna cosa que toca solucionar, ellos eran los encargados de esa parte”, “funciones de jefe prácticamente”, “abrir la tienda como tal, ellos tienen que llegar a quitar los esos, ellos tienen que llegar a desactivar alarmas, tienen que estar pendiente de todo eso”, mientras que un “auxiliar de seguridad como tal lo mandan a la puerta usted va a desempeñar sólo ese cargo (...) pero no tiene más responsabilidad”; agregó que las funciones del demandante eran las mismas que ejercía el otro coordinador Camilo Urquijo, que “como la empresa trabaja por turnos, uno cubría un turno, siempre estaba uno por la mañana y otro por la tarde, según los horarios que tuvieran”. Frente a las transferencias de mercancías, indicó que debe “existir una orden directamente por un director de tienda”, y que esas transferencias las realiza “el coordinador como tal, y es que ni siquiera era coordinador, eso ya es coordinado directamente por el director de cada tienda”; de otro lado, aclaró que si bien trabajaba en una área diferente a la del actor, sus cargos estaban “relacionados”, “porque ellos (refiriéndose a los coordinadores) son los que nos controlan a nosotros, en este caso, pues digamos todas las cuestiones de seguridad como son horarios, como son la mercancía que nosotros trabajamos, transferencias que hacemos dentro de la misma tienda, nosotros tenemos una relación más con ellos que con cualquier otra persona, ellos nos van a controlar absolutamente todo”, que aunque no observó que al actor le dieran una orden para ejercer las funciones de coordinador, sí sabía que “él le relevaban funciones de mayor responsabilidad” y que desempeñaba “ciertas funciones que no estaban dentro de su cargo”. Además, mencionó que también vio a la señora Sandra Cuellar y a Carlos Delgadillo, que eran auxiliares de seguridad, abrir y cerrar la tienda, sin embargo, aclaró que esas funciones de dar apertura y cierre de la tienda eran del actor como coordinador ya que “por norma lo debe hacer el coordinador de control de pérdidas, pero puede pasar que esa persona ese día no esté presente o por rotación de turnos o algo, entonces lo puede hacer otra persona, pero la responsabilidad recae más en la persona que es coordinador de pérdidas”.

Bernardo Julián Solórzano Luna, quien se desempeña como el gerente de la tienda de Metro de Facatativá desde el 30 de octubre de 2015, indicó no recordar desde cuándo inició el actor a trabajar para la compañía, y le parecía que se había retirado *"más o menos el año pasado"* (2019), pero lo que sí sabía era que *"durante el tiempo que yo estuve con él más o menos fueron unos tres años"* el demandante se desempeñó como auxiliar control pérdidas; mencionó que la función de transferencia de mercancías de tienda a tienda, era responsabilidad del área de seguridad, y *"la realiza la persona que esté ahí ese día en muelle, puede ser un auxiliar como puede ser un coordinador, no hay una especialidad de quién lo hace"*, ya que depende, según el cronograma, *"el que esté en esa posición indiferente de cargo que tenga, si es supervisor o auxiliar, es el que debe hacer esa función, de revisión de mercancía, o de una transferencia"*, e incluso, *"el manual de procedimientos de transferencia donde reseña a quién, dice auxiliar de seguridad"*, aclaró que ese procedimiento hace parte de un documento interno de la empresa que se llama saber-hacer, el cual ha sido actualizado por la empresa, pues los procedimientos se pueden modificar, (la juez ordenó incorporar el procedimiento al expediente); y refirió además que los auxiliares *"tienen toda la capacitación necesaria para realizar la actividad de transferencia mercancías"*. Cuando se le indagó si al actor le han sido asignadas funciones de coordinador de pérdidas, respondió *"asignado directamente no, hay unas funciones de coordinador de seguridad que sólo son de coordinador de seguridad, o sea nosotros en nuestros cargos podemos ejecutar funciones del que está abajo de mí o un cargo superior sin responsabilidad, pero si me pregunta si en algún momento un auxiliar de seguridad puede hacer una función de coordinador, claro que sí, porque la tienda tiene por decir algo 3 coordinadores, uno está en vacaciones o uno se incapacita, queda solamente una persona, esa persona debe hacer funciones, lo que pasa es que cuando esa persona no tiene el aval para tomar decisiones, si tiene que tomar decisiones fuera de lo normal, debe ser consultada a permanencia de tienda o al director de la tienda en este caso"*, luego, cuando se le reiteró la pregunta, contestó: *"No, él nunca ocupó el cargo de coordinador de pérdidas"*, pero que *"si la pregunta es si en algún momento puede un auxiliar realizar también una función del coordinador de seguridad, si si, si lo pueden hacer"*, y ante la insistencia de la pregunta, contestó *"si me pregunta que si algún día Diego cumplió la función de coordinador sí, sí señora"*, y agregó que *"esa función digamos que no está explícita para el auxiliar de seguridad, en un momento dado puede realizar la función de un coordinador, ejemplo vacaciones, ejemplo incapacidades, ejemplo descansos, pero no es que se mantengan en el tiempo como un coordinador fijo"*, y que por esas actividades *no se paga ningún salario de más"*, y refirió no recordar que el demandante hubiese hecho alguna reclamación por nivelación de salarios. Cuando se le interrogó la razón por la cual le hizo un recordatorio al actor, el 11 de mayo del 2016, a título de *"sanción o llamado de atención"*, sobre una irregularidad en una

transferencia, respondió que *"no podría dar esa respuesta porque la persona que se encarga de realizar la citación (...) como los documentos que salen de un proceso disciplinario, los hace el departamento de recursos humanos"*. Además, dijo conocer a Camilo Urquijo como uno de los dos coordinadores de control pérdidas, sin embargo, señaló que no podía dar *"exactamente el nombre"* del otro coordinador que ejerció entre 2015 a 2017, *"porque pueden variar, en este momento no lo sabría"*, aunque *"de pronto dentro de esa fecha pudo haber un tiempo la falta de alguien pero siempre deben haber dos coordinadores nombrados, cuando uno renuncia o por algún caso pues se queda algún tiempo sin una persona nombrada pero siempre son dos coordinadores, pero pudo haber quedado por algún tiempo sin ocupación los dos cargos de coordinador"*, que no recordaba si después de la renuncia del anterior coordinador Fernando Peña, se había designado algún otro coordinador para ocupar ese cargo, y que tampoco recordaba quiénes estaban como coordinadores cuando él (el testigo) llegó como director de la tienda de Facatativá, ya que *"no es fácil porque pasaron varias personas, me acuerdo de Nelson, de Urquijo, Carlos, varias personas la verdad es que tendría que remitirme a nómina para ver quiénes pasaron por ese cargo, hacían turnos de apertura y turnos de cierre, apertura cuando abrimos la tienda y de cierre cuando cerramos abrimos sobre las 6 de la mañana y cuando cierran la tienda a clientes y empleados sobre las 9 de la noche"*.

El demandante en su interrogatorio de parte reiteró lo dicho en su escrito de demanda.

Por su parte, la **representante legal de la demandada**, que para el efecto fungió la misma abogada de la entidad, insistió que el demandante siempre *"ocupó el cargo de auxiliar control pérdidas, nunca fue promovido ni cambiado de cargo"*, como tampoco *"fue reemplazo del supervisor o del coordinador de control perdidas, él siempre fue auxiliar"*; de otro lado, señaló que *"los de control pérdidas son las personas de seguridad y ellos dentro de sus funciones está pues la de custodiar la mercancía de la tienda"*, no obstante, aclara que los que hacen las transferencias son los jefes de cada sección, pero que los del área de control pérdidas deben *"verificar y constatar lo que se esté enviado"*; refirió que las funciones del auxiliar de control pérdidas son las relativas al *"sistema de seguridad de la tienda, entonces ellos están pendientes que no haya hurtos o apropiación de mercancía ya sea por trabajadores mismos de la tienda o por externos de la tienda"*, *"supervisan la salida de los clientes, las funciones son digamos cuando en la tienda está la entrada de los clientes, entonces ellos supervisan la salida que la factura esté de acuerdo con el mercado de los clientes, supervisar el tema de seguridad, en algunas ocasiones hacen o acompañan el tema del circuito cerrado de televisión, en algunas ocasiones dependiendo de la tienda, los auxiliares de control pérdidas están pendientes de que no hayan hurtos"*; y que el coordinador de control pérdidas, es el que *"coordina a los auxiliares de control pérdidas"*

y pues lo supervisa, ellos también son los encargados de programar los turnos de horarios, porque la tienda funciona con turnos y horarios ellos entonces programan los turnos de los auxiliares pero sin embargo pues tienen unas funciones parecidas con los auxiliares control pérdidas, simplemente que los coordinadores coordinan y programan turnos, y hacen acompañamiento digamos con abrir y eso, pero eso también puede ser compartidas sus funciones con los auxiliares", agregó que el "coordinador es el jefe de los auxiliares, es el que les programa los turnos y es el que está pendiente de coordinarlos, de dirigirlos, de darles las órdenes, de programar las funciones"; dijo no tener conocimiento de la diligencia de descargos que le fue realizada al demandante. De otro lado, señala que los empleados de la compañía tienen un deber de colaboración, y en atención a ese deber, para el caso de los auxiliares, deben remplazar "un jefe o un compañero de trabajo", en las horas de almuerzo, de descanso, de compensatorios, o a veces en los períodos de vacaciones, o "mientras se busca la vacante", sin que ello signifique "que hagan la totalidad de las funciones", ni que las mismas sean permanentes, como tampoco "que tengan un ascenso o algo así por el estilo", y por tanto, al ser "actividades momentáneas o temporales", no se remuneran. Explicó que en el área de control pérdidas son seis personas de seguridad, dos supervisores o coordinadores, y 4 auxiliares. Señaló que el demandante hizo "algunas funciones cuando el supervisor digamos estaba en descanso porque digamos el supervisor tenía en turno de la tarde y Diego tenía el turno de la mañana, entonces él hacía algunas funciones de supervisor, ello no quiere decir que fueran la totalidad sus funciones ni que fuera todos los días ni todas las semanas haciendo esas funciones". De otro lado, expuso que entre el interregno que transcurrió entre la renuncia del anterior coordinador y el nombramiento del nuevo coordinador, transcurrieron 6 meses que "es lo que dura un proceso de convocatoria, y que en ese lapso "algunas funciones, bueno queda el supervisor, eran dos, queda uno, entonces queda ese supervisor que pues es el que genera esas funciones adicionales como jefe, y ya algunas cosas ya adicionales, esas funciones, sí se las distribuyen entre los demás auxiliares", "porque no fue que quedará ese cargo quedará libre de cualquier otra persona no, había otro supervisor otro coordinador control pérdidas que hacía las funciones mientras, pues algunas de las funciones las distribuyen entre los otros auxiliares, eran algunos temas como acompañamiento en la apertura, la apertura la hace la permanencia, la permanencia de la tienda es la persona que cuando el director de la tienda no está, queda a cargo de la tienda de la apertura de la tienda, sin embargo, pues va acompañado con una persona, es el tipo de funciones son las que se distribuyen, ya si el coordinador tenía turno de la tarde el auxiliar acompañaba el turno de la mañana, cualquiera de los auxiliares, no solamente Diego Rincón, era cualquiera de los auxiliares", sin embargo, dijo no saber "el nombre exacto" de la persona que nombraron en reemplazo del anterior coordinador; luego, ante la pregunta de si recordaba por cuánto tiempo el actor desempeñó las funciones del coordinador, señaló "yo le puedo decir lo que me manifiesta el director de la tienda pues porque yo en su momento no estaba, pero lo que me manifiesta el director de la tienda que fue

durante 6 meses, 6 meses en los que sí se compartían algunas funciones entre los auxiliares y los coordinadores”, “lo que me manifiesta el director de la tienda es que mientras se contrataba esa persona que ocupará esa vacante, eran con los demás auxiliares, eran cuatro auxiliares contando a Diego, con los que se compartían esas funciones”, pero no sabía sus nombres.

Analizadas las anteriores pruebas, de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo 61 del CPTSS, la Sala debe decir que efectivamente con las pruebas recaudadas se logra demostrar que el demandante, aunque no fue nombrado formalmente en el cargo de coordinador de control pérdidas, sí ejerció todas las funciones de dicho cargo de manera permanente y continua, y no en forma esporádica como lo sostiene la demandada.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que la misma representante legal de la entidad demandada en su interrogatorio de parte manifestó que las funciones del coordinador de control de pérdidas eran muy parecidas con las de los auxiliares control pérdidas, sin embargo lo que los diferenciaba era que los coordinadores debían supervisar y dirigir a los auxiliares, programarles los turnos y horarios, frente a lo cual explicó que dicho coordinador es el jefe de los auxiliares, y por ello, reiteró, los coordinadores son los que programan los turnos y están pendientes de “coordinarlos, de dirigirlos, de darles las órdenes, de programar las funciones”; de otro lado, aceptó que el demandante realizó funciones de coordinador. Frente a lo cual los testigos Wilmer Olaya Gómez, Fredy Camilo Urquijo Corredor y José Fernando Abril Rodríguez manifestaron de manera coincidente que esas funciones enunciadas por la representante eran algunas de las que realizaban tanto Fredy Camilo Urquijo Corredor como el demandante, en atención a las labores de coordinadores de control pérdidas que ellos ejercían de la tienda de Facatativá.

Al respecto, Wilmer Olaya Gómez enunció que si bien el demandante no estaba nombrado en el cargo de coordinador, quedó “encargado” de ese cargo cuando renunció el señor Fernando Peña, por lo que ejercía las **mismas** funciones que realizaba Fredy Camilo Urquijo Corredor quien era el otro coordinador para la época de los hechos, dentro de ellas, abrir y cerrar la tienda, retirar sellos de seguridad de las puertas, manejar llaves de la tienda, programar el horario y turnos de los auxiliares de control pérdidas, dar permisos a los auxiliares, estar pendiente de la tienda, y que esas funciones el actor las hacía todos los días junto con el otro coordinador Urquijo Corredor, labores que ellos efectuaban en turnos de 8 horas, uno de 6 am a 2 pm, y otro de 2 pm a 10 de la noche, y se

rotaban semanalmente. Esta versión coincide con lo dicho por el testigo Fredy Camilo Urquijo Corredor, quien señaló que el demandante y él eran los dos coordinadores en la tienda de la demandada en Facatativá, que ejercían iguales funciones los dos, que tenían turnos de 8 horas, de 6 am a 2 pm, y de 2 pm a 10 de la noche, y que cada semana se rotaban, uno en la mañana y otro en la tarde; además, señaló que dentro de las funciones que tanto él como el demandante tenían en el cargo de coordinadores estaban las de más responsabilidad como la seguridad industrial, hacer informes, entregar mercancía, elaborar los turnos de los auxiliares y realizar la programación. Por su parte, José Fernando Abril Rodríguez señaló que el actor fue coordinador de la tienda y que realizaba iguales funciones con el otro coordinador Urquijo Corredor, que ellos dos tenían un cargo de mayor responsabilidad, y dentro de sus funciones estaban las del manejo de los auxiliares, abrir la tienda, quitar alarmas, controlar todo el tema de la seguridad y los horarios.

Por tanto, no queda duda que el demandante a pesar de estar contratado como auxiliar, en realidad realizó de manera permanente las labores de coordinador, y en ese orden, tenía a su cargo el manejo de los auxiliares, junto con el otro coordinador, por lo que actuaban como jefes de aquellos, y así lo reconocieron Wilmer Olaya Gómez y José Fernando Abril Rodríguez, quienes eran auxiliares.

En consecuencia, resulta intrascendente si la función de custodiar las transferencias de mercancía de tienda a tienda era realizada por el coordinador o por el auxiliar, aunque valga aclarar que en este aspecto, si bien el procedimiento de transferencias entre tiendas señala que los encargados de recibir y entregar la mercancía al vehículo transportador son: el *“Jefe Sección Recibo/Auxiliar de Seguridad de la Tienda que envía/Auxiliar Principal Recibo para supermercados”*, lo cierto es que no hay forma de establecer la fecha de la actualización de tal procedimiento, y en todo caso, los testigos Wilmer Olaya Gómez y Fredy Camilo Urquijo Corredor, quienes fungieron como auxiliares de seguridad control pérdidas y coordinador de control pérdidas, respectivamente, fueron claros en asegurar que dicha función, durante el tiempo que ellos laboraron con la demandada, estaba a cargo del coordinador de control pérdidas, por lo que es dable concluir que el procedimiento disciplinario que le adelantaron al actor en mayo de 2016, relacionado con su falta disciplinaria al incumplir con el procedimiento de transferencias de mercancías, en realidad se adelantó por las funciones que el actor ejercía como coordinador de control de

pérdidas, como este lo enunció en la diligencia de descargos que se le adelantó en esa oportunidad.

Igualmente, debe agregarse que, aunque el testigo José Fernando Abril y la representante legal de la demandada aseguran que la función de hacer la apertura y cierre de la tienda era realizada indistintamente por los auxiliares o los coordinadores de control de pérdidas, lo cierto es que los testigos Wilmer Olaya Gómez, Fredy Camilo Urquijo Corredor y José Fernando Abril fueron claros, coherentes y firmes en indicar que esa era una función propia de los coordinadores de control pérdidas.

Además, la Sala no puede pasar por alto que en la entrevista que se le adelantó al actor en febrero de 2015 dentro de la convocatoria que se abrió para ofertar el cargo de coordinador de control pérdidas, la jefe de recursos humanos de la compañía, en la parte pertinente al concepto de experiencia laboral, señaló que el actor tenía 3 años de experiencia específica en ese cargo, por lo que es evidente que el demandante sí ejercía esas funciones para esa fecha.

Lo anterior además es ratificado con el correo electrónico enviado por la Gerente Zonal de Recursos Humanos de Cencosud Colombia el 30 de julio de 2015, entre otros, al Director de la Tienda de Facatativá de Cencosud Colombia, en el que pone de presente que *"hay algunos auxiliares de Control pérdidas y Cajas que los tienen haciendo funciones de Coordinadores sin ser nombrados"*, y alerta a los funcionarios de la compañía de que tal circunstancia puede generar problemas a futuro, y allega una relación de tales auxiliares que ejercen dicho cargo de coordinadores sin ser nombrados, en los que se encuentra precisamente el aquí demandante para la tienda de Facatativá, por lo que no queda duda que el actor aunque estaba nombrado como auxiliar de control pérdidas en realidad ejercía las funciones de coordinador de control pérdidas, y así lo identificaban las directivas de la entidad.

De otro lado, observa la Sala que la demandada se contradice en sus diferentes actuaciones, pues, de un lado en el interrogatorio de parte de su representante legal manifiesta que el área de seguridad de control pérdidas de la Tienda Metro de Facatativá para la fecha de los hechos estaba integrada por 6 personas, distribuidas en 2 coordinadores y 4 auxiliares, incluso, al dar contestación al hecho 11 de la demanda (fl. 205), dice que *"no eran dos personas*

*las designadas para realizar las labores de Coordinador de Control Pérdidas, eran tres”; de otro lado, la Directora de Recursos Humanos de la compañía al dar contestación al derecho de petición del actor, mediante comunicación del 11 de julio de 2017, informó que “la Tienda Metro Facatativá cuenta a la fecha con un Coordinador de Control Pérdidas y un jefe de Sección, teniendo en cuenta que la plantilla de la Tienda es en promedio de 70 personas, por lo cual **no se ha contemplado un segundo cargo de coordinador**, generando que se apoyen ciertas funciones de la sección en auxiliares que releven los días de descanso” –negrilla fuera de texto-.*

Así las cosas, de tales versiones puede concluirse que la tienda de Facatativá en realidad tenía dos coordinadores permanentes, y uno que realizaba las funciones de manera transitoria, esto es, en los descansos, almuerzos o vacaciones de los otros dos coordinadores, y según lo narrado por los testigos Wilmer Olaya Gómez, Fredy Camilo Urquijo Corredor y José Fernando Abril, uno de los coordinadores permanentes era Fredy Camilo Urquijo Corredor, quien estaba nombrado de planta, y el otro, era el demandante, y que quienes realizaban las funciones en los descansos de estos dos coordinadores, eran los auxiliares Sandra Cuellar y Carlos Delgadillo, como lo indicó el testigo Urquijo Corredor, por lo que en este aspecto la sentencia de la a quo debe confirmarse.

En cuanto a la tacha de sospecha del testimonio del señor Julián Solórzano, la Sala comparte lo dicho por la a quo, pues en realidad este testigo fue muy evasivo en sus respuestas; sin embargo, aunque trató de ocultar que el actor ejerció las funciones de coordinador, lo cierto es finalmente lo admite, y aunque asegure que tales labores únicamente las realizó para períodos de vacaciones, incapacidades o descansos, lo cierto es que los demás testigos que declararon en juicio desmienten tales afirmaciones. Aunado a que resulta extraño que este testigo no recuerde las razones y pormenores de la carta denominada “*RECORDATORIO*” de fecha 11 de mayo de 2016 en la que le informa al demandante que incurrió en una falta disciplinaria, cuando fue él mismo quien firmó tal comunicación; y que diga no recordar quien era el otro coordinador diferente a Urquijo Corredor, en lo que también incurre la representante legal al absolver el interrogatorio de parte.

Ahora, frente a los extremos temporales en que el demandante realizó la labor de coordinador de control pérdidas, el testigo Wilmer Olaya Gómez señaló que el actor empezó a ejercer el cargo de coordinador de control pérdidas desde

finales de diciembre de 2014, cuando renunció el señor Fernando Peña que era el anterior coordinador, y que tales labores las hizo hasta el año 2017. Fredy Camilo Urquijo Corredor manifestó que el demandante empezó a desempeñar esas funciones de coordinador de manera permanente, como después de 2 o 3 meses de la renuncia del señor Fernando Peña, y que estuvo desempeñando tales funciones como hasta 2 meses antes de que él (el testigo) se retirara de la compañía, lo que ocurrió en febrero de 2017. Finalmente, el testigo José Fernando Abril Rodríguez señaló que el actor reemplazó al anterior coordinador Fernando Peña cuando este renunció, que eso fue en el año 2014, y que creía que esa labor la hizo hasta el 2018 cuando fue despedido. Además, de la entrevista para la convocatoria del cargo de coordinador, de febrero de 2015, se desprende que el demandante ya desempeñaba tales labores.

Por tanto, es dable concluir que el actor ejerció esas funciones de coordinador de control pérdidas de manera permanente, por lo menos dos meses después de que renunció el anterior coordinador Fernando Peña, hecho este último que se dio a finales de diciembre de 2014, por tanto, puede colegirse que el actor empezó como coordinador el último día del mes de febrero de 2015, vale decir, el 28 de febrero de 2015; y como extremo final debe entenderse que por lo menos estuvo en ese cargo de coordinador un día del año 2017, pues el testigo Wilmer Olaya Gómez aseguró que el actor estuvo en esas labores hasta ese año, y Fredy Camilo Urquijo Corredor señaló que él se retiró de la empresa en febrero de 2017 y que el demandante para ese momento ya lo habían regresado a su puesto de auxiliar, lo que ocurrió como dos meses antes, por tanto, puede inferirse que el actor estuvo como coordinador hasta el 1º de enero de 2017, por lo que esos extremos se modificará la sentencia apelada.

En consecuencia, como quiera que la demandada no logró desvirtuar la presunción consagrada en el citado artículo 143 del CST, por cuanto no allegó ningún medio de convicción que demostrara que en realidad dicho trato diferenciado en materia salarial se dio por razones objetivas de diferenciación, pues como quedó evidenciado, contrario a lo dicho por la demandada, el demandante en el tiempo que realizó las labores del coordinador de control pérdidas, ejerció la totalidad de las funciones de dicho cargo, y además, las ejecutó de manera permanente y continua desde el 28 de febrero de 2015 hasta el 1º de enero de 2017, y aun así, la demandada le pago sus acreencias laborales con base en el salario asignado para el cargo de auxiliar, el que difería del salario del coordinador, pues como el mismo testigo Fredy Camilo

Urquijo Corredor lo aseguró, la diferencia salarial entre estos cargos oscilaba entre \$300.000 a \$400.000, pues tal testigo ejerció de igual forma los dos cargos, e incluso, como lo expone en su declaración, en su caso, cuando lo nombraron en el cargo de coordinador le pagaron el retroactivo generado por la diferencia de sueldos durante el tiempo que desempeñó las funciones de coordinador estando nombrado como auxiliar, lo que hace más evidente el trato discriminatorio de la demandada hacia el aquí demandante.

Por tanto, al estar demostrado en el proceso que el demandante realizó las labores asignadas al cargo de coordinador de control pérdidas cuando estaba nombrado como auxiliar de control pérdidas, no queda duda alguna que existió una discriminación salarial, pues se reitera aunque el actor desempeñó funciones de coordinador no se le pagó dinero adicional por esas labores, por lo que es evidente que dicha desigualdad salarial se presume injustificada como bien lo establece el artículo 143 antes referido, sin que en este aspecto, como ya se dijo, la demandada hubiese desvirtuado tal presunción.

Así las cosas, hay lugar a ordenar el pago de la diferencia salarial dentro de los extremos antes enunciados, sin embargo, contrario a lo dicho por la juez, no puede tomarse los salarios dichos por el demandante en su escrito de demanda pues de un lado, los mismos no fueron aceptados por la demandada al dar contestación, y además, no le es permitido a la parte fabricar su propia prueba, por lo que en este caso, de conformidad con lo establecido en el artículo 167 del CGP, es el demandante quien debe acreditar los salarios del cargo sobre el cual pretende la nivelación salarial y el salario realmente devengado.

Al respecto, de un lado, se tiene que con los comprobantes de nómina allegados por la demandada se puede observar que el actor percibió, para los años objeto de liquidación, los siguientes salarios como auxiliar de control pérdidas: para el año 2015 \$760.800, para el 2016 \$812.400 y para el año 2017 \$867.800; pero, para esos años no reposa prueba alguna que acredite el salario del coordinador de control pérdidas; no obstante, contrario a lo dicho por la juez al momento de complementar la sentencia, a folio 198 del expediente (página 94 del archivo PDF # 9) se puede observar certificación expedida por la demandada, en la que indica que el salario que devengó el coordinador control pérdidas Fernando Peña para el año 2014, era la suma de \$975.100, por tanto, al no existir otra prueba contundente sobre este aspecto,

se tendrá que el demandante por lo menos devengó este salario durante el tiempo que fungió como coordinador, por lo que sobre esa remuneración se reliquidarán los salarios y prestaciones sociales del actor del 28 de febrero de 2015 al 1º de enero de 2017. En este aspecto debe decirse que no es posible tener en cuenta el dicho del testigo Fredy Camilo Urquijo Corredor frente a que la diferencia salarial entre los cargos de auxiliar y coordinador oscilaba entre \$300.000 a \$400.000, pues lo cierto es que el testigo no recordaba el salario que devengaba y trató de hacer una aproximación sin tener la seguridad de su dicho, y al cotejar los salarios de esos cargos para el año 2014, se advierte que la diferencia asciende a \$255.100, pues para ese año el auxiliar percibía como remuneración \$720.000, mientras que el coordinador \$975.100, de lo que se constata que la diferencia es menor a la dicha por el testigo.

Efectuadas las operaciones aritméticas del caso, se tiene que la demandada debe pagar por diferencia de salarios, la suma de \$4.106.120, como se observa en el siguiente cuadro:

SALARIOS					
AÑO	Salario Auxiliar	Salario Coordinador	Diferencia salarial	días laborados	Diferencia adeudada
2015	\$760.800	\$975.100	\$ 214.300,00	301	\$2.150.143,33
2016	\$812.400	\$975.100	\$ 162.700,00	360	\$1.952.400,00
2017	\$867.800	\$975.100	\$ 107.300,00	1	\$3.576,67
Total salarios					\$4.106.120,00

Frente a las acreencias laborales que la juez condenó, se tiene que la entidad debe pagar a favor del demandante, \$342.176.67 de cesantías, \$37.501.69 por intereses sobre las cesantías, \$342.176.67 de primas de servicios y \$148.428.98 por vacaciones, como se refleja en los siguientes cuadros:

CESANTÍAS					
AÑO	Salario Auxiliar	Salario Coordinador	Diferencia salarial	días laborados	cesantías
2015	\$760.800	\$975.100	\$ 214.300,00	301	\$ 179.178,61
2016	\$812.400	\$975.100	\$ 162.700,00	360	\$ 162.700,00
2017	\$867.800	\$975.100	\$ 107.300,00	1	\$ 298,06
Total cesantías					\$ 342.176,67

% CESANTÍAS			
AÑO	cesantías	días laborados	% cesantías
2016	\$ 179.178,61	301	\$ 17.977,59
2017	\$ 162.700,00	360	\$ 19.524,00
2018	\$ 298,06	1	\$ 0,10
Total % cesantías			\$ 37.501,69

PRIMAS DE SERVICIOS					
AÑO	Salario Auxiliar	Salario Coordinador	Diferencia salarial	días laborados	Prima Servicios
2015	\$760.800	\$975.100	\$ 214.300,00	301	\$ 179.178,61
2016	\$812.400	\$975.100	\$ 162.700,00	360	\$ 162.700,00
2017	\$867.800	\$975.100	\$ 107.300,00	1	\$ 298,06
Total primas de servicio					\$ 342.176,67

periodo	Diferencia salarial promedio	días laborados	Vacaciones
28-02-2015 a 01-01-2017	\$ 161.433,33	662	\$ 148.428,98
Total vacaciones			\$ 148.428,98

Ahora bien, en relación con las indemnizaciones moratorias por la falta de consignación oportuna del auxilio de cesantías a un fondo y por falta de pago de prestaciones sociales consagradas en los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, la juez absolvió a la demandada del pago de las indemnizaciones moratorias porque a su juicio *“en el asunto objeto de examen el juzgado encontró acreditado que el demandado canceló todas y cada una de las acreencias laborales, y la indemnización por despido injusto. En consecuencia no se condena al demandado al pago correspondiente a la sanción moratoria. Indemnización del artículo 99 lo dicho en precedencia no resulta atendible para dar lugar a la indemnización de qué trata el artículo 99 por el no pago oportuno de cesantías, como ya se acreditó documentalmente dentro del proceso se pagaron las cesantías y todas las acreencias laborales atendiendo el cargo por el que el empleador afirma haber tenido al trabajador como auxiliar de seguridad”*.

Sin embargo, tiene dicho la jurisprudencia ordinaria laboral que como estas no son de imposición automática en la medida en que dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el empleador, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva, para ubicarlo en el terreno de la buena fe, según las condiciones particulares de cada caso (CSJ sentencias SL., 20 jun. 2012 rad. 41836, y SL16884 de 16 nov. 2016 rad. 40272 entre otras).

Además, debe resaltarse que tales sanciones moratorias se aplican tanto cuando hay omisión en el pago de las prestaciones como cuando las mismas son deficitarias, pues como lo ha dicho la jurisprudencia laboral de manera reiterada, en ambos eventos es procedente la sanción, siempre claro está que se descarte la existencia de buena fe (Sentencia CSJ SL1682de 2019).

Por lo tanto, al examinar el presente caso la Sala no encuentra que la demandada tuviera razones atendibles y de peso que justificaran el no pago de los salarios y prestaciones derivadas del vínculo laboral con base en el salario del cargo de coordinador que ejerció el demandante, por tanto, no puede tenerse que este actuar hubiese estado dentro del marco de los cánones de la buena fe. Por el contrario, como quedó claramente establecido, las pruebas recaudadas demuestran que la empresa dio un trato discriminatorio e

inequitativo al actor, al asignarse las funciones de coordinador, omitiendo la remuneración respectiva, a pesar de los reclamos efectuados por el trabajador en varias oportunidades en los que solicitaba su nivelación salarial; además, como ya se dijo, la demandada esgrimió como justificación de la falta de la nivelación, que las labores de coordinador fueron ejecutadas esporádicamente y que el demandante no ejerció la totalidad de las funciones, no obstante, como ya se dijo ampliamente, tales supuestos fácticos no quedaron demostrados, con lo que denota un comportamiento totalmente extraño a la lealtad y a la rectitud con la que debía obrar. A lo que se suma que la propia empresa alertó sobre la inconveniencia de situaciones como las del actor, incluso se refirió a este específicamente, y nada hizo para corregir la contratación del demandante.

Lo anterior basta para revocar la sentencia apelada y en su lugar, condenar a la demandada al pago de las sanciones moratorias reclamadas.

No obstante, previo a la liquidación de la sanción moratoria contenida en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, debe analizarse la excepción de prescripción propuesta por la demandada, para lo cual, se tiene que el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado y que se omitió consignar, por cuanto su exigibilidad data desde dicho día, por tanto, como frente a este rubro no se presentó reclamación alguna ante el empleador, pues ello no se encuentra demostrado dentro del expediente, tal concepto se interrumpió con la presentación de la demanda, esto es, el 19 de diciembre de 2018 (fl. 53), no obstante, encuentra la Sala que las mismas no se hallan prescritas, por tanto, hay lugar a ordenar el pago por la sanción que se hizo exigible desde el 14 de febrero de 2016, que corresponde a las cesantías causadas en el año 2015 y que no fueron consignadas en su totalidad ese día, la que corre a partir del día siguiente, esto es, a partir del 15 de febrero de 2016 hasta el 14 de febrero de 2017; e igualmente, por la sanción que se hizo exigible el 14 de febrero de 2017 por las cesantías del año 2016, contada desde el 15 de febrero hasta el 14 de septiembre de 2018. Efectuadas las operaciones aritméticas del caso, corresponde a la demandada pagar por ese concepto, la suma de **\$23.402.400**, como a continuación se observa:

INDEMNIZACIÓN POR NO CONSIGNACIÓN CESANTÍAS					
CESANTÍAS	salario mensual	salario diario	Período sanción	días mora	total
2015	\$ 975.100,00	\$ 32.503,33	15-02-2016 a 14-02-2017	360	\$ 11.701.200
2016	\$ 975.100,00	\$ 32.503,33	15-02-2017 a 23-08-2018	360	\$ 11.701.200
Total indemnización					\$ 23.402.400

Finalmente, por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, con base en el último salario devengado por el trabajador, esto es, la suma de \$921.600, efectuadas las operaciones correspondientes, se tiene que la demandada debe pagar por ese concepto, la suma diaria de **\$22.118.400**, contada desde el día siguiente a la terminación del contrato de trabajo, esto es, desde el 5 de septiembre de 2018, y hasta por 24 meses, vale decir hasta el 5 de septiembre de 2020, y a partir del 6 de septiembre de 2020, intereses moratorios sobre la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta que se haga efectivo el pago de los salarios, cesantías y primas de servicios debidas a su trabajador.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA				
salario mensual	salario diario	Período sanción	días mora	total
\$ 921.600,00	\$ 30.720,00	05-09-2018 a 04-09-2020	720	\$ 22.118.400
Total indemnización				\$ 22.118.400

Finalmente, en atención a la modificación de los extremos temporales en los que el actor ejerció las labores de coordinador de control pérdidas, y dado el salario tenido en cuenta para la nivelación salarial, necesariamente debe modificarse la sentencia de primera instancia en lo relativo a los aportes a la seguridad social ordenados por la juez, por tanto, como quiera que la entidad demandada no cumplió su obligación de realizar los aportes a la seguridad social con base en el salario realmente devengado por el actor, como lo ordena el artículo 18 de la Ley 100 de 1993; por ello deberá sufragar la totalidad del porcentaje del 16% ante el sistema de seguridad social en pensiones en favor de la administradora en la que se encuentre afiliado el actor conforme lo previsto en el inciso 2º del artículo 22 ibídem, sobre la diferencia que no tuvo en cuenta al pagar las cotizaciones, en los periodos y cantidades que se relacionaran en la parte resolutive de esta sentencia.

Sin costas en esta instancia por cuanto ambos recursos salieron avantes, aunque el de la demandada de manera parcial.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE la sentencia de fecha 10 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá - Cundinamarca, dentro del proceso ordinario laboral de DIEGO ALEJANDRO RINCÓN CONTRA CENCOSUD COLOMBIA S.A, frente a los extremos temporales en los que el actor ejerció las labores de coordinador pérdidas, en su lugar, los mismos se decretan del 28 de febrero de 2015 al 1º de enero de 2017, en consecuencia, se condena a la demandada al pago de las siguientes sumas y conceptos:

- \$4.106.120,00 por concepto de salarios.
- \$ 342.176.67 de cesantías.
- \$ 37.501.69 por intereses sobre las cesantías.
- \$ 342.176.67 de primas de servicios.
- \$ 148.428.98 por vacaciones.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia apelada, en tanto absolvió de las indemnizaciones moratorias, y en su lugar, se condena a las mismas en los siguientes montos:

- \$23.402.400 por sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.
- \$22.118.400 por indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, contada desde el 5 de septiembre de 2018 hasta el 5 de septiembre de 2020, y a partir del 6 de septiembre de 2020, intereses moratorios sobre la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, hasta que se haga efectivo el pago de los salarios, cesantías y primas de servicios debidas a su trabajador.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal 3º de la sentencia apelada, en su lugar, se tiene que la demandada debe efectuar el pago de la diferencia que no tuvo en cuenta al pagar las cotizaciones, en los periodos y cantidades que se relacionaran a continuación:

BASE SALARIAL PARA APORTES PENSIONALES

AÑO	Mes	Días	Base salarial mensual
2015	febrero	1	\$ 214.300,00
	marzo	30	\$ 214.300,00
	abril	30	\$ 214.300,00
	mayo	30	\$ 214.300,00
	junio	30	\$ 214.300,00
	julio	30	\$ 214.300,00
	agosto	30	\$ 214.300,00
	septiembre	30	\$ 214.300,00
	octubre	30	\$ 214.300,00
	noviembre	30	\$ 214.300,00
	diciembre	30	\$ 214.300,00

AÑO	Mes	Días	Base salarial mensual
2016	enero	30	\$ 162.700,00
	febrero	30	\$ 162.700,00
	marzo	30	\$ 162.700,00
	abril	30	\$ 162.700,00
	mayo	30	\$ 162.700,00
	junio	30	\$ 162.700,00
	julio	30	\$ 162.700,00
	agosto	30	\$ 162.700,00
	septiembre	30	\$ 162.700,00
	octubre	30	\$ 162.700,00
	noviembre	30	\$ 162.700,00
	diciembre	30	\$ 162.700,00

AÑO	Mes	Días	Base salarial mensual
2017	enero	1	\$ 107.300,00

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

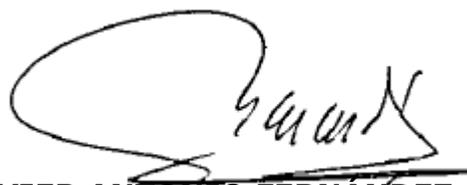
QUINTO: DEVOLVER el expediente digital al juzgado de origen.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA PROVIDENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA

Secretaria