

**CONSTANCIA SECRETARIAL:** Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso únicamente la parte demandada presentó alegatos de conclusión por escrito dentro del término concedido para tal efecto. Por su parte, el representante del Ministerio Público no rindió concepto dentro de dicho término.

**DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ**

**Secretario**

Sin necesidad de firma Art. 2, inc. 2 Ley 2213 de 2022 y art. 28 Acuerdo PCSJA20-11567

**Radicación No.:** 66170-31-05-001-2019-00007-02  
**Proceso:** Ordinario Laboral  
**Demandante:** Edwin García Arango  
**Demandado:** Huawei Technologie Managed Service Colombia S.A.S.  
**Juzgado de origen:** Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**  
**SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, ocho (08) de mayo dos mil veintidós (2022)

Acta No. 70 del 4 de mayo de 2022

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, adoptado como legislación permanente a través de la Ley 2213 de 2022, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, como ponente, y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, y el Magistrado GERMÁN DARIO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Edwin García Arango** en contra de **Huawei Technologie Managed Service Colombia S.A.S.**

**PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 2 de marzo de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

**1. La demanda y la contestación de la demanda**

**Radicación No.:** 66170-31-05-001-2019-00007-02

**Demandante:** Edwin García Arango

**Demandado:** Huawei Technologie Managed Service Colombia S.A.S.

Pretende el demandante que se declare la existencia de una relación laboral con la sociedad Huawei Technologie Managed Service Colombia S.A.S. desde el 22 de mayo de 2006; asimismo, que la demandada entre el 01 de mayo de 2014 y 31 de diciembre de 2015 desalarizó de manera ilegal el salario del trabajador, para evadir el pago total de prestaciones sociales y aportes en seguridad social y que entre el 22 de mayo de 2006 y el 01 de mayo de 2017 no le fueron pagados los turnos de disponibilidad.

En consecuencia, pretende que se condene a la demandada al pago de los turnos de disponibilidad, incluyendo horas extras y recargos, la reliquidación de todas las prestaciones sociales, vacaciones y reajuste de los aportes a seguridad social, teniendo en cuenta los anteriores conceptos no pagados desde el 22 de mayo de 2006 hasta el 1 de mayo de 2017 y el salario real devengado por el trabajador desde el 01 de mayo de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2015. Del mismo modo, peticiona la sanción contenida en el artículo 65 del C.S.T una vez finiquite la relación laboral, la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, lo probado bajo las facultades ultra y extra petita y las costas procesales en su favor.

Para fundar dichas pretensiones, manifiesta que, por medio de un contrato de trabajo a término indefinido aún vigente, el 22 de mayo de 2006 ingresó a laboral para Colombia Móvil S.A E.S.P, como Técnico Analista O & M; contrato que fue sustituido el 10 de octubre de 2016 a la sociedad Huawei Technologies Colombia S.A.S, y el 7 de diciembre de 2017 a la demandada Huawei Technologie Managed Service Colombia S.A.S.

Afirma que dentro de sus funciones debía: monitorear el estado general de las estaciones a través del equipo gestor Radio Comander, ejecutar mantenimientos preventivos de las estaciones BTS según orden de trabajo generada por el jefe inmediato; realizar revisión de estadísticas de tráfico de las estaciones con mantenimiento programado; analizar los datos de desempeño KPI consultados del sistema e identificar posibles fallas de hardware (mantenimiento preventivo), actualizar el formato de mantenimiento preventivo en cada estación, verificar la cobertura de las estaciones visitadas, documentar las actividades desarrolladas en los sitios, acatar y cumplir las políticas de la compañía y los controles SOX asociados a la gestión de área.

Explica que durante la relación laboral percibió el siguiente promedio salarial y en los años 2014 y 2015 le fue desalarizado el monto denominado auxilio monetario de educación, así:

Año	Promedio salarial	Auxilio Monetario de Educación (desalarizado)
2006	\$2.032.000	\$0
2007	\$2.352.000	\$0
2008	\$2.714.000	\$0
2009	\$2.714.000	\$0
2010	\$3.138.000	\$0
2011	\$3.336.333	\$0
2012	\$3.443.583	\$0
2013	\$3.558.641	\$0
2014	\$3.854.257	\$1.219.617
2015	\$3.788.621	\$1.569.908
2016	\$3.812.000	\$0
2017	\$3.812.000	\$0

Manifiesta que la jornada ordinaria era de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 6:00 p.m.; sin embargo, desde el 22 de mayo de 2006 hasta el 01 de mayo de 2017, el empleador le programó turnos de disponibilidad, por medio de cuatro de turnos hasta el 2010 y desde esa anualidad hasta mayo de 2017 debía, junto al trabajador Luis Eduardo de los Ríos, atender las fallas de servicio solicitadas por los clientes, reportarlas a la empresa por una plataforma denominada TAOLI de la siguiente manera: durante las 52 semanas de cada año, una semana el demandante y otra su compañero de martes a martes desde las 6:00 p.m. hasta las 6:00 a.m., es decir 12 horas, y los sábados, domingos y festivos 24 horas desde las 6:00 a.m. hasta las 6 a.m. sin percibir remuneración alguna.

En respuesta a la demanda, **Huawei Technologie Managed Service Colombia S.A.S.** aceptó las sustituciones patronales, la relación laboral con el demandante y el cargo que ocupa. Los demás hechos los negó o manifestó que no le constaban. Se opuso a las pretensiones, aduciendo que el actor se acogió al sistema de jornada laboral flexible, conforme al artículo 51 de la ley 789 de 2002 y al sistema de trabajo dominical y festivo contenido en el artículo 26 de Ley 789 de 2002, y que durante toda la relación laboral le ha sido remunerado el salario y demás acreencias laborales.

Bajo los anteriores postulados, propuso como excepciones de fondo las que denominó "*Inexistencia de las obligaciones, inexistencia de las obligaciones indemnizatorias, cobro de lo no debido*"; "*Prescripción*"; "*falta de título y causa en el demandante*"; "*pago*"; "*compensación*"; "*buena fe*"; "*enriquecimiento in causa*"; "*improcedencia de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 CST*"; y "*genérica*".

## **2. Sentencia de primera instancia**

La jueza de primer grado declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y no probadas las demás; igualmente, determinó que entre el señor Edwin García Arango, en calidad de trabajador, y Huawei Technologie Managed Service Colombia S.A.S., como empleador, existe un contrato de trabajo vigente desde el 22 de mayo de 2006, en virtud de sustituciones patronales.

Subsecuentemente, condenó a la demandada a pagar a favor del demandante las siguientes sumas de dinero:

- a) Remuneración por disponibilidad: \$20.563.759
- b) Reliquidación de cesantías: \$1.429.501
- c) Reliquidación intereses cesantías \$ 229.228
- d) Reliquidación prima servicios \$1.564.508
- e) Indemnización por no consignación de cesantía año 2016 \$48.603.000
- f) Indemnización por no consignación de cesantía año 2017: un salario diario de \$166.775 desde el 15/02/2018 y hasta la fecha en que se acredite la consignación efectiva de tal auxilio en el fondo de cesantías al que está afiliado el demandante o, en su defecto, hasta la terminación del contrato de trabajo celebrado con este, sin que se entienda que puede haber concurrencia con otra sanción por el período adeudado. A la fecha de esta sentencia la precitada sanción asciende a \$243.324.725.

Asimismo, condenó a la demandada a pagar la diferencia en el aporte a pensión de los ciclos referenciados en la parte motiva de la sentencia y con la diferencia en el IBC reportada para cada periodo, según cuadro anexo que hace parte integral de la sentencia y que se hará al fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el demandante

Por último, condenó en costas a la parte demandada y en favor de la demandante, y fijó las agencias en derecho en un 4% del valor de las pretensiones reconocidas.

Para llegar a tal determinación, indicó que la relación laboral estaba plenamente demostrada por ser un hecho aceptado por la contraparte, que tiene respaldo en la documental aportada al plenario, especialmente los documentos visibles a folios 9, 10 y 11 del expediente digitalizado.

En cuanto a los salarios devengados, con la contestación de la demanda dio por acreditados los siguientes: para el año 2006 \$2.031.829 (folio 168), para el año 2013 \$3.558.641 pesos (folio 11) para el año 2014, \$ 2.359.379+ \$1.219.617 como Plan Educativo Auxilio Monetario (folio 13, 15), para el año 2015 \$2.477.800+\$1.569.908 no salarial (folio 12), para el año 2018 \$4.036.908 (folio 9).

Respecto a la desalarización alegada por la parte demandante afirmó que según las nóminas aportadas de folios 12 a 14 y del extracto emitido por Colfondos desde agosto de 2014 y hasta junio de 2015 el demandante percibió dos sumas de dinero, una constitutiva de salario y la otra como concepto no salarial. Desestimó las razones de la defensa encaminadas a la suscripción de un pacto de jornada laboral flexible contenido en el artículo 51 de la Ley 789 del 2002, porque en el párrafo del contrato para hacer uso de dicha jornada el empleador se obligó a comunicar al trabajador un otro si, que no trajo a juicio la demandada. Narró que para los años 2014 y 2015 una parte de la remuneración fue desalarizada sin justificación alguna, porque la demandada no aportó prueba que demostrara algún tipo de consentimiento, ni mucho menos variación en las condiciones del trabajador puesto que se mantuvo en el mismo cargo, y misma jornada de trabajo de 8 horas, ya que a juicio de los testigos, esta solo varió en el 2016; afirmó que al presentarse las mismas condiciones del contrato, a la luz del artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, le estaba prohibido al empleador desmejorar las condiciones de trabajo del actor.

Con base en lo anterior, condenó al pago de la diferencia salarial y la reliquidación de prestaciones, vacaciones y aportes a pensión, para lo cual sentó como salario de 2014, la suma de \$3.559.000 pesos y para el año 2015 dicho valor más la variación porcentual del IPC de diciembre del año inmediatamente anterior (3.66%).

Previo a la liquidación de la condena económica, resolvió la excepción de prescripción propuesta por la empresa y precisó que los derechos causados con

anterioridad al 19 de diciembre de 2015 se encontraban prescritos, debido a que la demanda se promovió el 19 de diciembre del 2018.

En consecuencia, hizo operar el fenómeno extintivo sobre la diferencia salarial, pues solo se acreditó hasta junio de 2015 y la prima de servicios, condenando únicamente a los intereses a las cesantías del año 2015, y las vacaciones causadas entre el 22 de mayo de 2014 y el 22 de mayo de 2015 por cuanto el empleador tenía un año para conceder su disfrute durante la vigencia del contrato, además de la reliquidación a las cesantías y aportes a pensión por ser imprescriptibles.

Respecto de los turnos de disponibilidad entre el 22 de mayo de 2006 al 1 de mayo de 2017, con fundamento en la sentencia SL5584-2017, explicó que además de la jornada ordinaria, el trabajador cumplió con turno de disponibilidad de martes a martes, de lunes a viernes por 12 horas y sábados y domingos 24 horas, incluyendo entre sus funciones disponibilidad de atención de fallas nocturnas y en fin de semana 7/24. Disponibilidad que además se encontraba plenamente demostraba con los correos electrónicos remitidos por Oscar Darío Loaiza Vitola el 23/12/2016, 10/03/2017, 28/04/2017 y 5/05/2017, así como por Carlos Acevedo del 5/01/2012, 28/11/2012, 2/01/2013, 13/01/2014, 6/08/2014, 28/11/2015 y 18/03/2015 en los que se le informa al demandante los turnos de disponibilidad, aclarando que los remitentes eran superiores del demandando, el primero Líder O&M y el segundo hacia parte de la gerencia. Añadió que únicamente otorgó eficacia probatoria a los cuadros de turnos decretados de oficio, porque de los aportados con la demanda no se vislumbra el autor. En ese orden, condenó a los turnos de disponibilidad independientemente de si se prestó o no el servicio de forma efectiva bajo los nuevos postulados jurisprudenciales.

En ese orden de ideas hay lugar al reajuste salarial y la reliquidación de prestaciones sociales por el periodo no prescrito, la remuneración por disponibilidad no prescrita que asciende a la suma de \$20.563.759 pesos, que se discrimina de la siguiente forma: para diciembre de 2015, \$3.409.659 pesos por 216 horas, para diciembre de 2016, \$2.859.000 pesos a razón de 180 horas, para enero de 2017 la suma de \$4.002.600 pesos a razón de 252 horas, para febrero, marzo y abril de 2017, \$3.430.800 pesos a razón de 216 horas cada mes. Preciso que la reliquidación de los aportes no estaba afectada por el fenómeno extintivo con base en la liquidación obrante en el archivo 34 titulada como aportes a pensión. Negó la petición por horas extras y recargos por no hallarlos acreditados, debido a que el cuadro de fallas no daba plena fe de su autoría.

Resalta que, aunque la demandada hizo cambios en las modalidades contractuales de sus trabajadores cuando sustituyó al empleador anterior, no hizo ajustes correctos a las asignaciones salariales, ni acreditó justificación o motivo alguno para que al demandante no se le hayan consignado en forma completa las cesantías del 2016 y 2017, pues al momento de tomar el negocio a su cargo, debió cerciorarse de que los pagos se efectuaran conforme a la ley. Añadió que a pesar de que la demandada corrigió la situación de los turnos por disponibilidad, lo cierto es que no demostró haber tomado los correctivos de rigor frente al pago de las prestaciones de sus trabajadores.

Refiere, finalmente, que pese a que la sanción contemplada en la ley 50 de 1990, procede por la falta consignación de las cesantías y por su pago deficitario, según Sentencia del Alto Tribunal SL 4260 de 2020, dicha sanción también procede para un aporte parcial. Por lo que antecede y al no demostrarse que la conducta del empleador estuvo revestida de buena fe impuso la respectiva condena.

### **3. Recurso de apelación**

La apoderada judicial de Huawei Technologie Managed Service atacó la decisión arguyendo que debía absolverse de la condena por el factor desalarizado, afirmando que Huawei Techonologie desde el momento en que aceptó la sustitución ha actuado de buena fe, en ningún momento el demandante allegó reclamación alguna y el fenómeno prescriptivo denota que este jamás vio vulnerados sus derechos, y por más de cuatro años guardó silencio, el cual solo rompió con la presentación de la demanda, pero en todo caso el actuar de su representada ha sido transparente frente al demandante dando cumplimiento estricto a todos los acuerdos pactados, entonces, frente a esa reliquidación de intereses, cesantías, vacaciones y aportes a pensión solicita que se revoque la condena.

Frente al tema de disponibilidad, afirma que solo con posterioridad a la sentencia SL5584 del 5 de abril de 2017 contra la empresa de Comunicaciones de Pereira, la Corte Suprema de Justicia modificó la posición que tenía respecto de la disponibilidad; con anterioridad, la tesis adoptada se basaba en la remuneración únicamente del trabajo efectivo en los turnos de disponibilidad. Por tal razón, considera que su representada actuó de acuerdo con la jurisprudencia vigente para la época, además porque los testigos manifestaron que cuando estaban en disponibilidad, no siempre se ocupaban de actividades laborales, aunado a que, con

posterioridad a la variación de la jurisprudencia, la empresa tomó todas las acciones necesarias para adecuar el actuar de la compañía a la nueva visión jurisprudencial, hecho que denota un comportamiento revestido de buena fe.

Solicita que se revise el tema de los turnos de disponibilidad señalando que no existe claridad en los turnos laborados y la sanción por la no consignación de cesantías, no debe ser indefinida y, contrario a la liquidación de primera instancia debe tenerse en cuenta el salario devengado año por año y no únicamente el último salario. Por último, peticiona que se extienda la excepción de prescripción a la reliquidación de aportes.

#### **4. Alegatos de conclusión**

Analizado los escritos de alegatos presentados por la demandada, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con los problemas jurídicos que se expresarán más adelante. Por su parte el demandante dejó transcurrir el término en silencio.

#### **5. Problemas jurídicos por resolver**

De acuerdo con el esquema de recurso de apelación, le corresponde a la Sala establecer en sede de segunda instancia: 1) si el emolumento denominado auxilio monetario de educación podía ser objeto de desalarización durante los años 2014 y 2015, y, en caso negativo, si la buena fe del empleador, expresada en los acuerdos del desalarización que haya suscrito con el trabajador, tienen la virtualidad de exonerarlo del pago del reajuste prestacional ordenado en primera instancia; 2) si hubo mala fe del empleador en los pagos incompletos de las cesantías de los años 2016 y 2017, al no haberse incluido en el promedio del salario las asignaciones por turnos de disponibilidad, para lo cual se hace necesario establecer si la obligación de pagar los denominados "turnos de disponibilidad" nace con la sentencia del año 2017, a la que se alude en el recurso. Finalmente, es del caso establecer si el fenómeno de la prescripción opera respecto al reajuste de aportes a la seguridad social.

## 6. Consideraciones

### 6.1 De la disponibilidad laboral: Precedente y análisis probatorio

A efectos de dar solución al segundo de los problemas jurídicos planteados, corresponde traer a colación el criterio adoptado por el órgano de cierre de la especialidad laboral en la sentencia SL-5584 de 2017, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán<sup>1</sup>, con el cual tomó distancia de la postura que la misma corporación sentó en sentencia del 11 de mayo de 1968, G.J. CXXVII, donde se distinguían dos modalidades de disponibilidad: una en la que el trabajador debía estar disponible en el lugar de trabajo, sin posibilidad de comer, dormir o desarrollar cualquier otra actividad, y otra en la cual el empleado podía desplegar otras actividades, permaneciendo en su propia casa y atendiendo el llamado del trabajo cuando este se presentara efectivamente, caso en el cual tal disponibilidad no podía considerarse parte de la jornada laboral.

Como base fundamental del precedente establecido en 2017, la Corte precisó que la limitación en la vida cotidiana del trabajador, de desarrollar actividades personales o familiares, dado su estado de alerta para atender el llamado del empleador durante turnos previamente programados, generaba a su favor la garantía de devengar una jornada suplementaria. En estos términos se expresó el Alto Tribunal:

*"Y es que a juicio de la Corte, el simple sometimiento del asalariado de estar a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada."*

Más adelante concluyó:

*"Por lo anterior, se reitera, fue palmario el error del Tribunal, pues lo que demuestran las pruebas aportadas al proceso es que los demandantes estaban disponibles para la demandada algunos sábados y domingos, las 24*

---

<sup>1</sup> Por la cual casó la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira el 1º de octubre de 2009, y confirmó la sentencia dictada el 12 de mayo de 2009, por el Juzgado Primero Laboral de la misma ciudad.

*horas, turnos en los que se realizaban monitoreos a las centrales, y debían estar pendientes desde sus casas de cualquier falla presentada, caso en el cual, solucionaban el problema desde sus hogares, o se trasladaban directamente a la planta para solucionarlo.”*

Como se observa, la disponibilidad exigida por un empleador por fuera del horario laboral, que impone la carga al trabajador de estar atento al llamado para atender obligaciones propias del cargo, limitando total o parcialmente la posibilidad de ejercer actividades de distinta índole, le impone al primero la obligación de reconocer los recargos establecidos por la normatividad laboral, independientemente de que se preste efectivamente o no un servicio, pues la subordinación se mantiene latente y beneficia, per se, a quien cuenta con la garantía de que las vicisitudes que llegaren a presentarse serán atendidas de manera tempestiva por los empleados a su disposición.

Ello así, es dable afirmar que la disponibilidad no se desvirtúa ni se desnaturaliza por el hecho de que el trabajador realice -estando en cumplimiento de la misma- actos propios de la condición humana, como ingerir o comprar alimentos, asearse o descansar, pues sobre estos siempre va a prevalecer la obligación de atender el requerimiento del empleador, lo cual le impide disfrutar con la libertad que se requiere sus periodos de descanso.

## **6.2. Indemnización moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.**

Según el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 el empleador que incumpla el plazo señalado para la consignación de cesantías "*deberá pagar un día de salario por cada día de retardo*". No obstante, la aplicación no es automática, debido a que esta procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta. Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso, y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables.

La Corte Suprema de Justicia desde la sentencia CSJ SL 403-2013 clarificó que la sanción moratoria se causa tanto por la falta de consignación completa del

valor del auxilio de cesantías, como por su aporte deficitario o parcial. Para esto, esgrimió las siguientes razones:

*“ (...) La severa consecuencia prevista por la citada norma ante el incumplimiento del empleador de su obligación de consignar las cesantías, como un elemento característico del nuevo régimen de cesantías que eliminó la retroactividad, indica la trascendencia que el legislador le quiso dar a dicho pago, no solo en beneficio directo de cada trabajador a quien le favorece que sus cesantías comiencen a rentar a tiempo en el respectivo fondo, sino también para garantizar que el sistema de administración de cesantías creado por misma Ley 50 de 1990 reciba a tiempo los recursos y facilitarle que pueda cumplir con sus planes de rentabilidad. Por demás, conforme al principio de la buena fe que ha de regir la ejecución de todos los contratos de trabajo, artículo 55 del CST, las partes están obligadas "no solo a lo que en él se expresa sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la relación jurídica o que por la ley pertenecen a ella".*

Del mismo modo, ha sido enfático el máximo órgano de cierre que no existe una hermenéutica fundada en reglas inderogables y concluyentes acerca de cuándo procede o no la sanción moratoria o en qué casos hay buena fe o no. En su lugar, se ha inclinado por una interpretación según la cual, la verificación de la conducta del empleador es un aspecto que debe ser revisado en concreto, de acuerdo con todos los detalles y peculiaridades que aparezcan probados en el expediente. (CSJ SL 8216 2016).

Como ejemplo prototípico de buena fe, en la jurisprudencia casi siempre aparece como protagonista el patrono que estando convencido de que no existió contrato de trabajo, porque la relación laboral ofrecía dudas respecto a las características externas de dependencia y subordinación, razonablemente consideró que no le adeudaba emolumento laboral alguno al contratista que a la postre demuestra la existencia del contrato de trabajo; también se hace común la exoneración en los casos en que se ha dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles acerca de si determinado pago constituye o no salario para efectos de la liquidación prestacional.

De igual modo, el Tribunal de cierre de la jurisdicción laboral ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en

todo caso, es indispensable la verificación de *«otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción»* (CSJ SL9641-2014).

### **6.3. Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad de los factores salariales de la pensión y el reajuste del IBC**

Esta Corporación ha explicado que no todo derecho de naturaleza laboral se extingue con el transcurso del tiempo. En el específico caso del derecho fundamental a la seguridad social, se ha precisado que el mismo tiene carácter "imprescriptible, en atención a los mandatos constitucionales que expresamente disponen que dicho derecho es irrenunciable (sentencia complementaria del 08 de septiembre de 2020, rad. 2016-00378, M.P. Ana Lucía Caicedo Calderón).

Para la Corte Constitucional, la naturaleza no extintiva de dicho derecho, constituye un pleno desarrollo de los principios y valores constitucionales que garantizan la solidaridad que debe regir en la sociedad y, además, *"propende por la protección y asistencia especial a las personas de la tercera edad, con la finalidad de asegurar el mantenimiento de unas condiciones de vida dignas [...]"* (Sentencia C-624 de 2003, MP. Rodrigo Escobar Gil, sentencia C-230 de 1998, MP. Hernando Herrera Vergara, Sentencia T-746 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). Además, dando alcance al artículo 48 constitucional, se tiene prevista una regla jurisprudencial con arreglo a la cual, si un empleador omite la afiliación o el pago completo de las cotizaciones a su cargo, el afectado no puede renunciar al derecho a la reclamación, lo cual en la práctica se traduce en la imprescriptibilidad del derecho a la validación de la afiliación retroactiva, la cual tiene efectos a partir del pago del cálculo actuarial de las cotizaciones por parte del obligado a la afiliación del trabajador al Sistema General de la Seguridad Social.

En el mismo sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que mientras el derecho pensional esté en formación, la acción para reclamar los aportes pensionales omitidos, a través de cálculo actuarial, no está sometida a prescripción. En similar dirección, en sentencias como las CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 38266, y CSJ SL2944-2016, señaló que *"...el pago de los aportes pensionales al sistema de seguridad social, en tanto se constituyen como parte*

*fundamental para la consolidación del derecho a la pensión de jubilación, no están sometidos a prescripción..."*

En sentencia SL8544 de 2016, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, aclaró que también tienen el carácter de imprescriptibles los factores salariales de la pensión y, por tanto, el reajuste de los salarios y demás factores que conforman la eventual liquidación de la pensión, lo cual explicó bajo las siguientes razones:

*Aunque podría sostenerse que al prescribir los derechos crediticios que emanan de las relaciones de trabajo, éstos desaparecen del mundo jurídico y, por ello, no pueden ser tenidos en cuenta para otros efectos legales, incluidos los pensionales; tal tesis presenta el serio inconveniente de no distinguir y ofrecer un tratamiento particular a dos cuestiones que son bien diferentes: (i) el salario como retribución directa del servicio en el marco de una relación de trabajo, y (ii) el salario como elemento o factor establecido por la ley para la liquidación de las pensiones.*

*En la primera hipótesis, es claro que el salario constituye un derecho crediticio sujeto a las reglas generales de prescripción previstas en los arts. 151 del C.P.T., 488 del C.S.T. y 41 del D. 3135/1968; en la segunda, el salario se redimensiona y adquiere otra calidad, pues deja de ser un derecho patrimonial y se convierte en un elemento jurídico esencial de la pensión.*

*Naturalmente, esta reconsideración del salario como elemento jurídico consustancial de la pensión, apareja su imprescriptibilidad, pues ya deja de ser un referente aislado para integrarse en la estructura de la prestación pensional y formar con ella un todo indisoluble.*

*Por lo demás, esta visión del salario y su papel en la consolidación de la pensión empalma perfectamente con el pensamiento de la Sala en el sentido que los elementos consustanciales a la prestación pensional no prescriben y, por este motivo, pueden ser revisados judicialmente en cualquier momento. Así, se ha dicho jurisprudencialmente que aspectos tales como el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el IBL y la actualización de la pensión, no se extinguen por el paso del tiempo, pues constituyen aspectos ínsitos al derecho pensional (CSJ SL, 19 may. 2005, rad. 23120; CSJ SL, 5 dic. 2006, rad. 28552; CSJ SL, 22 ene. 2013, rad. 40993; CSJ SL6154-2015).*

*En este orden de cosas, debe entenderse que, así como no son susceptibles de desaparecer por prescripción extintiva esas cuestiones innatas de la pensión, tampoco deben serlo los factores salariales, pues tanto unos como otros son elementos estructurales y definitorios de la prestación, por manera que, en la actualidad no existe un principio de razón suficiente para seguir sosteniendo la prescriptibilidad del reajuste por inclusión de nuevos factores salariales.*

En esa misma línea, en la sentencia SL 4559 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, la Sala Laboral aclaró que el calificativo de “irrenunciable” sobre la seguridad social no procura exclusivamente por el reconocimiento formal de las prestaciones fundamentales que ella comporta, sino que, desde un enfoque material, busca su satisfacción total, a fin de que los derechos y los intereses objeto de protección sean reales, efectivos y practicables, de modo que los derechos subjetivos emanados de la seguridad social tienen el carácter de irrenunciables, esto es, pueden ser justiciados en todo tiempo, por ende, las acciones para reclamar derechos relacionados con el porcentaje de la pensión, los topes máximos pensionales, los linderos temporales para determinar el ingreso base de liquidación, el reajuste y la actualización de la pensión, la ineficacia del traslado de régimen pensional, entre otros, son imprescriptibles.

## **7. Caso concreto**

Sea lo primero advertir que en el presente asunto las partes desde la audiencia de que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S. excluyeron del debate litigioso, por ser hechos probados, los siguientes: 1) entre Colombia Movil SA ESP y el demandante se suscribió un contrato a término indefinido el 15 de mayo de 2006, con inició el 22 de mismo mes y año; 2) que entre Colombia Movil S.A ES y Huawei Technologies Colombia SAS operó sustitución patronal a partir del 7 de octubre de 2016; y 3) que a su vez, entre Huawei Technologies Colombia SAS y Huawei Technologies Managed Service Colombia SAS operó la misma figura patronal desde el 7 de diciembre de 2017.

Por lo anterior, de conformidad con los artículos 69 y 70 del Código Sustantivo del trabajo, Huawei Technologies Managed Service Colombia SAS se hizo solidariamente responsable de las acreencias surgidas con antelación a la sustitución patronal, al margen de los acuerdos celebrados entre las sociedades, como quiera

que estos no afectan los derechos consagrados en favor de trabajador, sin perjuicio de la posibilidad que le asiste al demandado de repetir contra el antiguo empleador.

De acuerdo con lo anterior, es evidente que la empresa demandada sostuvo el sistema de "*turnos de disponibilidad*" hasta la fecha en que la Corte Suprema de Justicia, a través de la memorable providencia SL-5584 de 2017 del 05 de abril de 2017, determinó que los turnos de disponibilidad no son periodos de descanso y, por tanto, deben remunerarse como tiempo efectivamente laborado. Ello se desprende del contenido de la propia demanda, en la que se afirma que los turnos de disponibilidad tuvieron lugar hasta el 01 de mayo de 2017, de suerte que desaparecieron como política de la empresa dentro del mes siguiente al mencionado pronunciamiento de la Corte.

Lo anterior pone de relieve una genuina voluntad de corrección por parte del empleador, quien sin demoras ajustó sus políticas internas de programación de turnos a las exigencias legales y jurisprudenciales del momento, lo que sin duda lo exculpa de la sanción moratoria por la consignación deficitaria de las cesantías del año 2016, dado que las mismas se hicieron exigibles el 15 de febrero de 2017, cuando aún no se había dado el giro jurisprudencial al que se viene haciendo referencia, lo cual no lo exonera del reajuste de las cesantías de ese año, sobre base salarial real que debió devengar el trabajador, pero sí de la sanción moratoria contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

En cuanto a las cesantías del año 2017, pagaderas el 15 de febrero de 2018, se advierte que la variación de los salarios de los primeros cuatro meses de ese año, por la inclusión del pago de los turnos de disponibilidad de los meses de enero, febrero, marzo y abril de 2017, no tuvieron la virtualidad de incidir en el monto del salario base promedio para la liquidación de las cesantías de ese año, como quiera que el salario mensual devengado por el trabajador no tuvo variación alguna en los tres (3) últimos meses, de modo que no se hizo necesario obtener el salario base del promedio de todo el año, sino del último salario devengado, tal como lo dispone el artículo 253 del C.S.T. Ello así, es evidente que no existe saldo insoluto por las cesantías de ese año y, por tanto, no había lugar a la sanción moratoria ordenada en primera instancia.

Corolario de lo expuesto hasta este punto, se revocará la sanción moratoria por la falta de consignación o el pago incompleto de las cesantías, sin perjuicio del reajuste de las cesantías del año 2016 y 2017, pues para su liquidación acertadamente la a-quo tuvo en cuenta el lapso de disponibilidad manifestado por

los testigos, el salario que se desprende del salario base de cotización de la historia laboral del fondo de pensiones obligatorias y los turnos de disponibilidad de las pruebas decretadas de oficio que concuerdan a cabalidad con el recuento de los mismos vertido en la liquidación de primera instancia, bajo el denominativo "turnos de disponibilidad" (archivo 34, fl. 14).

En cuanto a los demás puntos de la apelación, es postura pacífica del órgano de cierre de la jurisdicción laboral, que la naturaleza salarial de los pagos no puede desfigurarse por un pacto de desalarización, de modo que, no puede desalarizarse lo que por su naturaleza es salario, esto es, todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte (artículo 127 del C.S.T.) (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1899- 2019), y aunque las partes del contrato de trabajo pueden pactar expresamente en la convención o en el respectivo contrato de trabajo que determinados "auxilios o beneficios" habituales u ocasionales no constituyan salario, no podrán pactar válidamente que lo sea salario deje de serlo por voluntad de las partes, entre otras razones porque el salario y las prestaciones mínimas son irrenunciables. Es por eso que el legislador se ocupó de enumerar al final del artículo 128 del C.S.T. algunos ejemplos de "auxilios y beneficios" susceptibles de desalarización, tales como *"alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad"*, de lo que se desprende que ninguna suma que el trabajador reciba como contraprestación directa de sus servicios, es decir, como factor retributivo del trabajo, puede ser objeto de acuerdo de exclusión salarial.

Sobre la materia ha señalado el máximo órgano de cierre de esta especialidad laboral ha señalado: *"El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad» (...) La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220- 2017).*

La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir

los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159- 2018).

Por lo anterior, acierta la *a-quo* al señalar que el empleador no podía fragmentar el salario del trabajador y elegir sobre qué base efectuaba los aportes a seguridad social y la liquidación de prestaciones sociales y qué monto era constitutivo de salario y cuál no, porque: 1) no obra en el plenario ningún acuerdo o convención en virtud del cual se entienda pactada la desalarización de algún auxilio o beneficio; 2) porque si existiera algún pacto de ese tenor, habría que declarar su ineficacia, en la medida que ningún acuerdo puede desconocer o comprometer la naturaleza salarial de la retribución directa del trabajo; y, 3) porque el empleador incumplió con la carga de acreditar que el emolumento que durante los años 2014 y 2015 se rotuló bajo el nombre de "*plan educ. aux. monetaria*" en la nómina, y que fue excluido de manera unilateral del factor salarial, no estuviera dirigido al beneficio directo del trabajador, ni enriqueciera su patrimonio, sino que estaba destinado al desempeño a cabalidad sus funciones.

Por lo anterior, se confirmará la decisión de tener como factor salario los conceptos y montos que el empleador decidió desalarizar durante los años 2014 y 2015, lo cuales deben tenerse como parte del IBC sobre el que se paguen los aportes a seguridad social de esos periodos, como bien lo decidió la *a-quo* en primera instancia.

Finalmente, con apoyo en el consolidado precedente jurisprudencia invocado líneas atrás, se confirmará la condena al reajuste de los aportes pensionales del actor teniendo como base el salario real devengado, en el cual se incluyó el valor de los turnos de disponibilidad y los montos ilegalmente desalarizados, como quiera que estos factores no prescriben en aquellos eventos en que la pretensión se encamina al reajuste de los aportes pensionales.

Ahora, pese a que no fue objeto de alzada, no puede desconocer la Corporación que la falladora de instancia fijó erradamente las agencias en derecho en la sentencia objeto de estudio, ya que según prevé el artículo 366 del Código General del Proceso dicha etapa procesal se dispuso una vez ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o se notifique el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior. Así las cosas, con el fin de proteger los derechos de contradicción y defensa de las partes procesales, que en este aspecto solo pueden

ser ejercidos frente al auto que aprueba la liquidación de costas, se modificará del numeral sexto de la providencia recurrida en el sentido de excluir la fijación de agencias en derecho.

Sin costas en esta instancia procesal debido a la prosperidad parcial del recurso de apelación; asimismo, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue modificada y que la a-quo no estableció un porcentaje de costas procesales, se establecerán las costas impuestas en esa instancia en un 50% de las causadas ante la prosperidad de la excepción de buena fe y la declaratoria parcial de la excepción de prescripción.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** los ordinales segundo, cuarto y sexto de la sentencia proferida el 1 de marzo de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Edwin García Arango** en contra de **Huawei Technologie Managed Service Colombia S.A.S.**, en el siguiente sentido:

**"Segundo:** *Condenar a Huawei Technologie Managed Service Colombia S.A.S. a pagar a Edwin García Arango los siguientes conceptos:*

- *Remuneración por disponibilidad: \$20.563.759*
- *Reliquidación de cesantías: \$1.429.501*
- *Reliquidación intereses cesantías \$ 229.228*
- *Reliquidación prima servicios \$1.564.508*

**Cuarto:** *Declarar probada la excepción de buena fe, probada parcialmente la de prescripción y no probadas las demás.*

**Sexto:** *Condenar en costas a la parte demanda y en favor del demandante en un 50%.*

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

**Radicación No.:** 66170-31-05-001-2019-00007-02

**Demandante:** Edwin García Arango

**Demandado:** Huawei Technologie Managed Service Colombia S.A.S.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

## **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

La Magistrada Ponente,

Con firma electrónica al final del documento

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Con firma electrónica al final del documento

**GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO**

**Radicación No.:** 66170-31-05-001-2019-00007-02  
**Demandante:** Edwin García Arango  
**Demandado:** Huawei Technologie Managed Service Colombia S.A.S.

**Firmado Por:**

**Ana Lucia Caicedo Calderon**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 001 Laboral**  
**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Olga Lucia Hoyos Sepulveda**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 004 Laboral**  
**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**  
**Firma Con Aclaración De Voto**

**German Dario Goetz Vinasco**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 003 Laboral**  
**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

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

Código de verificación: **8fb5f9b6f09eb89789d78a662bdb43e66c6817900ad1c270a275d691eecd6ac**

Documento generado en 08/05/2023 07:52:23 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**