

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido de que dentro del presente proceso las partes no presentaron alegatos de conclusión dentro del término establecido en el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Pereira, 14 de mayo de 2021

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ

Secretario

Sin necesidad de firma Artículo 2, inciso 2 Decreto Presidencial 806 de 2020 y artículo 28 del Acuerdo PCSJA20-11567

Radicación No.: 66001310500320180042302
Proceso: Ordinario Laboral de primera instancia
Demandante: Rosa Janeth Sosa Ospina
Demandado: Telemark Spain S.L.
Juzgado: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

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

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, mayo veinticuatro (24) dos mil veintiuno (2021)

Acta No 79 del 20 de mayo de 2021

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, 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 Presidida por la Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente, OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y el Magistrado GERMÁN DARÍO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Rosa Janeth Sosa Ospina** en contra de **Telemark Spain S.L.**

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte actora en contra de la sentencia proferida el **24 de febrero de 2020** por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. Demanda y contestación

Rosa Janeth Sosa Ospina, aspira a que se declare que el “bono de asistencia” como factor salarial para liquidar las prestaciones sociales, vacaciones y aportes en

pensión. En consecuencia, solicita que condene al reajuste de sus dichos conceptos, además de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T.

En sustento de lo pretendido, relató que entre las partes existió un contrato de trabajo desde febrero de 2015 y hasta enero de 2016; que el salario correspondía al mínimo legal vigente; que adicionalmente recibía un "bono de asistencia" por no ausentarse durante el mes anterior, el cual era por valor de \$100.000; que pese a ser dicho valor una contraprestación por servicio directo no era tenido como factor salarial para la liquidación de vacaciones, prestaciones sociales, aportes en pensión.

Telemark Spain SL, al contestar la demanda aceptó haber suscrito un contrato de trabajo con la demandante desde el 18-02-2015 culminando este por renuncia de la trabajadora el 25-01-2016; que el salario correspondía al mínimo legal y que durante la relación laboral se le canceló un beneficio extralegal denominado "bono de asistencia" por el valor mensual de \$100.000, frente al cual insistió que, según el clausulado tercero del contrato, no tenía incidencia prestacional. Su defensa la enmarcó en que dicho bono era un estímulo para cumplir el horario pactado siendo indiferente a las funciones que realizara y que eran propias del cargo "agente Call Center", por lo que no estaba ligado con la contraprestación directa del servicio sino como un incentivo al cumplimiento del horario y en ese orden, no era factor para liquidar las prestaciones sociales ni la seguridad social. Se opuso a las pretensiones y como excepciones formuló las de "***incapacidad o indebida representación de la demandada, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, prescripción, buena fe y genéricas***"

2. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito, mediante sentencia del **24-02-2020**, declaró que el bono de asistencia pactado entre las partes tiene el carácter de factor salarial y, no obstante, declaró la prosperidad de la prescripción respecto a los reclamos realizados quedando a salvo los aportes en pensión, frente al cual condenó al pago del reajuste del IBC, por todo el tiempo laborado, negando las pretensiones en lo demás. Finalmente, se condenó en costas a la demandada en un 20%.

Para arribar a esa determinación, se apoyó en las pruebas arrimadas y en el concepto de salario para concluir que el bono de asistencia pactado en la cláusula 3ra. Numeral 2do del contrato de trabajo constituía factor salarial para el pago de vacaciones, prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, el cual lo encontró habitual y retributivo del servicio prestado porque estuvo dirigido a que la

trabajadora desempeñara a cabalidad las funciones al paso que le generaba mayores beneficios al empleador porque con ello aseguraba el evitar el ausentismo en el trabajo para suplir la necesidad que tenía la empresa para con sus clientes, como la de asegurar la continuidad y oportunidad en el servicio.

Por lo anterior, refirió que la bonificación cancelada y que aparentemente fue voluntaria, no se ajustaba a las garantías mínimas ni a las protecciones del trabajador, por lo que la cláusula que lo desalarizaba resultaba ser ineficaz y por ello había lugar a que fuera tomada en cuenta para el pago de prestaciones sociales, vacaciones y la seguridad social del trabajador.

Luego, al analizar la prescripción, encontró que esta había operado porque el paso de tiempo afectó los derechos reclamados en la medida que si bien la demanda había sido presentada el **25-01-2018** no se podía perder de vista la suspensión de la prescripción, según la cual, no bastaba con presentar la demanda, sino que además requería el conocimiento de la misma por parte del empleador a través del acto de la notificación, lo que implicaba que el demandante tenía un año para agotar toda la gestión, la cual la encontró excedida en el tiempo porque la parte demandante demandó a quien no era y cuando el Tribunal declaró probada la excepción dispuso notificar a quien debió ser demandado sin desconocer la fecha de presentación de la demanda, pero al haberse notificado ésta luego de un año, se afectaron los derechos por el paso del tiempo.

3. Recurso de apelación

La parte demandante, presentó recurso de apelación con el fin de que se revocara el ordinal dos de la sentencia en lo relativo a la prescripción y con ello se dispusieran las condenas de reajustar las prestaciones y vacaciones. Frente a la prescripción, refirió que el caso debía analizarse frente a las circunstancias particulares o su contexto y no respecto a la formalidad, argumentando que la citación inicial de la demanda se envió exactamente a la dirección de la empresa de la demandada en la que se mencionó que el demandado era Telemark Spain SL a través de representante legal (fl.42); que quien compareció fue el mismo apoderado de la sociedad, conociendo de la demanda en ese mismo momento. Agrega que no puede incurrirse en un exceso ritual manifiesto porque la empresa demandada fue convocada, conoció de la demanda y la contestó en dos oportunidades solo que en la primera planteó la excepción previa frente al nombre correcto. Agrega que incluso el contrato de trabajo se pactó enunciando el nombre del establecimiento y no de la

persona jurídica y no obstante, el empleador era el mismo. Advierte que existieron algunas sentencias de esta Corporación que condenaron a quien inicialmente se demandó y que estas incluso ya habían sido canceladas, aspectos todos estos que denotaban que el asunto era complejo.

De otro lado, refiere que la decisión adoptada por esta Corporación al atender la excepción previa fue garantista porque no declaró la terminación del proceso; que tanto así, que no se debió modificar la demanda ni el poder, siendo notificada aquélla de manera inmediata, lo que implica que tener otra interpretación sería un exceso ritual manifiesto. En ese sentido, afirmó que la parte demandante no podía proceder a la notificación si no se había definido el nombre de la persona jurídica correcta, además de la congestión judicial para definir el asunto, por lo que a su juicio, los derechos no prescribieron, solicitando con ello que se reconozca la reliquidación de las prestaciones y la sanción moratoria.

La demandada **Telemark Spain SL**, apeló la decisión solamente en el evento que salga adelante el recurso incoado por la parte contraria, en el sentido de que se revoque el numeral 1ro relacionado con la declaratoria de que el bono de asistencia constituye factor salarial.

Para sustentar, indicó que el contrato de trabajo es un acuerdo bilateral consensuado conforme al art. 128 CST, siendo posible desalarizar sumas que aun siendo salarios se acuerda que no lo son, por lo que se debe observar si remunera el servicio o no. Agrega que el bono solo generaba un incentivo para que el trabajador fuera a trabajar de manera puntual; que todos los testigos así lo ratificaron e incluso teniendo justificación la ausencia, dicho bono no se generaba y esa era la intencionalidad. Refiere que no estaba de acuerdo que dicho emolumento solamente fuera para generar riqueza a la empresa sino también era un beneficio para el trabajador y de no asistir simplemente no se generaba y no era que se le descontara. Advierte que dicha estipulación era eficaz porque no afectaba los derechos mínimos; que era una expectativa y el derecho no se había ganado porque de ser así, ninguna cláusula sería eficaz.

Agrega que, si bien dicho emolumento era una prestación habitual y consuetudinaria en la medida que se cumpliera con la condición de que lo generaba, ello no era ilegal; que era cierto que dicho bono era para lograr cumplir al cliente pero era un incentivo o beneficio para el trabajador cumplido porque tenía un carácter motivacional. Agrega que los testigos hablaron generalidades y no respecto de la

demandante por lo que todo había quedado en el campo de las especulaciones y que así lo fue la sentencia.

Finaliza indicando que si bien aún en vacaciones, los trabajadores devengaban el bono, lo cierto era que no se había probado si la demandante aun en vacaciones prestó el servicio que se dice remunerado.

4. Alegatos de conclusión

En el presente asunto, las partes no presentaron alegatos y el Ministerio Público NO rindió concepto en esta instancia.

5. Problemas jurídicos por resolver

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia y los fundamentos de la apelación, le corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

1.- Establecer si el bono de asistencia cancelado a la demandante constituye factor salarial.

2.- Determinar cuál es el hito a tener en cuenta para establecer la prescripción a efectos de establecer si en el presente asunto operó dicho fenómeno.

3.- Establecer si la demandada demostró la existencia de razones serias y atendibles para no tener en cuenta el bono para la liquidación de las prestaciones y vacaciones de la demandante que lo exonere de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

6. Consideraciones

6.1. Supuestos fácticos probados:

Para iniciar, en el presente asunto, sin discusión se encuentra los siguientes aspectos: *i) Que entre las partes existió un contrato de trabajo que se ejecutó entre el **18-feb-2015** y el **25-ene-2016**; ii) el salario devengado para cada anualidad correspondía al mínimo legal vigente; iii) a la trabajadora se le cancelaba un "bono de asistencia" por valor de \$100.000 y, iv) el cargo desempeñado correspondía al de "agente call center – teleoperador "*.

6.2. De los pagos que constituyen factor salarial.

Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL1303-2021, reiteró la providencia CSJ SL865-2019, así:

“... el artículo 127 del CST, que consagra que es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», y con el Convenio 95 de la OIT, convertido en legislación interna mediante la Ley 54 de 1952, que ordena que debe considerarse como salario cualquier remuneración que el trabajador perciba del empleador por los servicios que el primero preste o deba prestar al segundo. En su tenor literal, el artículo 1º del convenio, reza:

A los efectos del presente Convenio, el término salario significa la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.”

Así las cosas, debe darse una interpretación sistemática del artículo 128 del estatuto laboral, que armonice su contenido con las normas constitucionales, del bloque de constitucionalidad y legales que regulan lo atinente a los factores salariales. Ello impone entender que la autorización de exclusión salarial está restringida a los fines y eventos enunciados en el artículo 128 referido, y a los casos análogos a éstos en que los pagos no retribuyan efectiva y directamente el trabajo, o que no estén destinados a enriquecer el patrimonio del trabajador, sino a que éste desempeñe adecuadamente sus funciones.

En caso contrario, a saber, cuando en virtud del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo se pretenda excluir salarialmente un pago extralegal que en realidad es recibido por el trabajador como contraprestación directa de sus servicios, ese pacto deberá considerarse ineficaz, en atención al mandato establecido en el artículo 43 del CST”

[...]

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado. [...] “

6.3. De la prescripción.

Como es sabido, los derechos laborales prescriben si el trabajador no se reclama dentro de la oportunidad legal, siendo ésta a los tres años de haberse causado conforme los artículos 151 CPT y 488 del CST.

Por otra parte, dispone el artículo 94 C.G.P. (antes art. 90 C.P.C) que la presentación de la demanda interrumpe el término de prescripción e impide que se produzca la caducidad con la condición de que **el auto admisorio de aquélla se notifique al**

demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente de la notificación de dicha providencia y, pasado dicho término, los efectos sólo se producen con la notificación al demandado.

A su vez, dispone el artículo 95 del C.G.P., ciertas circunstancias en las que no se considera interrumpida la prescripción y opera la caducidad, siendo entre otras, las siguientes:

“[...].

2) cuando el proceso termine por haber prosperado la excepción de inexistencia del demandante o demandado (...)

...

5) Cuando la nulidad del proceso comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo, siempre que la causa de la nulidad sea atribuible al demandante.

En el auto que se declare la nulidad se indicará expresamente sus efectos sobre la interrupción o no de la prescripción y la inoperancia o no de la caducidad

[...]”

De otro lado, indica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL8716 de 2014:

“esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que **«...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...»**

Dichas excepciones a la regla de interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista, que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y, en materia laboral, en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos y que realiza todas las acciones que están a su alcance para lograr la notificación de la demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente.

Entre otras, en la sentencia CSJ SL, 12 feb. 2004, rad. 21062, se precisó la posición de la Sala en torno al tema, de la siguiente forma:

[...]

“En efecto, en sentencias de julio 31 de 1991 (Rad. 4336) y mayo 15 de 1995 (Rad 7343), en los que se analizó un punto de similares características al presente, esta Corporación sentó el criterio que (...)

“Entre los principios cardinales del proceso, a cuyo imperio han de contribuir por igual en todas sus actuaciones el juez, las partes y sus apoderados se encuentran en primerísimo lugar los de la lealtad, probidad y buena fe que ha de presidir todas las actuaciones judiciales, para cuyo eficaz cumplimiento su observancia,

prevención y sanción se impusieron como específico deber al juez (art. 39, núm. 4 C.P.C), y a las partes y a sus apoderados, cual aparece en los artículos 71, numeral (es) 1 y 2, y 74 del C. de P.C.

*“(...) Acorde con tales postulados éticos, recogidos como normas de obligatorio cumplimiento por la legislación positiva, observa esta Sala que **la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del Juzgado o por actividad elusiva del demandado**, ya que repugna al ordenamiento jurídico que el actor que obra con rectitud y satisface las cargas procesales que sobre él pesan tenga, sin embargo, que soportar consecuencias jurídicas desfavorables por conductas reprochables a la incuria de funcionarios judiciales o a maniobras de la parte contraria, que, posteriormente, resultase beneficiada de su propia conducta contraria a derecho.*

“Precisamente, en este mismo sentido, expresó la Corte, Sala de Casación Civil, que la sola interposición de la demanda no interrumpe la prescripción salvo que el retardo en notificar a éste (el demandado) no se deba a culpa del demandante (...) sino al demandado, por haber eludido esta, o al personal del Juzgado encargo (sic) de hacerla, casos en los cuales la interrupción se entiende consumada con la presentación de la demanda”.

“(...) Tiene igualmente por sentado esta Corporación, que en el proceso laboral, por aplicación supletiva de las normas contenidas en el C.P.C., ha de incorporarse en lo pertinente, el art. 90 de este Código, pero sin que ello signifique en manera alguna que los principios propios del derecho laboral se vean disminuidos o menguados pues dada su propia naturaleza son de orden público. En efecto, en sentencia de 23 de abril de 1985, expresó lo siguiente: De acuerdo con reciente jurisprudencia de la Sala el artículo 90 del Código de procedimiento Civil es aplicable en materia laboral, con apoyo en el artículo 145 del C. Procesal del Trabajo, pero sin que en los juicios del trabajo sea aplicable el condicionamiento previsto por esa norma procesal civil, en virtud del principio de la gratuidad (C.P.T. art. 39). En materia laboral, en consecuencia, una vez admitida la demanda se considera interrumpida la prescripción desde la fecha en que fue presentada (...)”

“En consecuencia, con fundamento en lo antes transcrito, para la Corporación el Tribunal no incurrió en la errónea interpretación que del artículo 90 del código procesal civil denuncia la censura en el cargo. Como tampoco es dable afirmar que dicho juzgador entendió equivocadamente el artículo 91 ibídem, pues, además, examinado el contenido del auto que decidió en segunda instancia el incidente de nulidad (flos 55 y 60 cuaderno 2), se colige que el mismo ciertamente abarca la notificación del auto admisorio de la demanda, pero por razones no adjudicables al demandante, motivo por el cual ante tal evento también es aplicable el razonamiento jurisprudencial expuesto en las sentencias antes referidas”.
(...)”.

6.4. Caso concreto.

Pues bien, para establecer si el bono de asistencia tenía la connotación de tener carácter salarial, es necesario remitirse a la prueba arrojada al plenario. En efecto, a folio 88 obra copia del contrato de trabajo pactado entre las partes del cual se

extrae que además de ser la jornada laboral una de las obligaciones pactadas con la trabajadora, en el parágrafo segundo de la cláusula segunda que lo estipula, se indica:

“Dentro de la remuneración del trabajador se le reconocerá, sin que tenga calidad de salarial ni prestacional, un BONO DE ASISTENCIA, e cual busca estimular el cumplimiento del horario pactado, pero no remunera la gestión del trabajador pues se reconocer sin evaluar la labor desplegada por éste durante la jornada. A dicho bono tendrá derecho el trabajador que no presente ninguna ausencia durante el mes medido de 21 a 20 del mes siguiente, y que tampoco presente más de tres (3) llegadas tarde durante el mismo período, advirtiendo que se pierde el derecho independientemente de la existencia o no una justa causa para la ausencia. Únicamente se conserva el derecho, pese, a no asistir, cuando el trabajador sale a disfrutar de su periodo de vacaciones, tiempo que no se contabilizará al revisar las ausencias”

De hecho, dicho pago se observa en las nóminas arrimadas a fls. 91-96 y repetidas a folios 150-156, incluso obrando en algunas de ellas, deducciones del salario por concepto de algunas de las tardanzas en que incurrió la trabajadora sin que, además, hubiera alcanzado a disfrutar de periodos vacacionales lo cual se desprende del tiempo de servicios (inferior al año) y de la liquidación final de las prestaciones visible a folio 96. Dichos aspectos se traen a colación para indicar que sin sustento quedó lo alegado por la demandada en su alzada, esto es, frente a las afirmaciones de que con el bono se incentivaba el cumplimiento del horario sin que se dedujeran las tardanzas y que no se había probado que la actora hubiera trabajado aun estando en vacaciones y que a la par se le hubiera cancelado el bono.

De otro lado, se tiene que durante el interrogatorio a la representante legal de la demandada, la Sra. **Yuli Patricia Suárez Arévalo** indicó: que el bono de asistencia se recibía porque era un beneficio otorgado por Telemark a los trabajadores – operadores de call center y, operadores - para incentivar su asistencia y cumplimiento del horario; que se afectaba el bono por inasistencia al puesto de trabajo por cualquier razón; que dicho bono se impuso debido al volumen de ausentismo y por la naturaleza del negocio, lo cual se prefirió a tener que adoptar un régimen disciplinario.

En contraste, durante el interrogatorio de **Rosa Janeth Sosa Ospina**, esta indicó: que le era pagado el bono de asistencia el cual se pagaba si cumplían con asistir a trabajar y/o cumplir el horario de trabajo, por lo que no se pagaba sino asistía a trabajar por cualquier motivo o con solo tres llegadas tarde a su sitio de trabajo; que se pagaba a todos los empleados; que su salario era el mínimo además de las comisiones y el bono de asistencia; que éste último concepto no incidía en el pago de comisiones sino que era un adicional; que siempre que llegaban a trabajar tarde debían de firmar un documento de control del horario.

Del testimonio de **Dalia Janeth Giraldo Pineda** [vinculada a Telemark], en su intervención indicó: que el bono de asistencia venía desde hace varios años atrás el cual era para los asesores y todo el personal que fuera a trabajar, indistintamente de su labor, la función, la gestión o el desempeño; que solo era un incentivo adicional por asistir a la empresa; que se pagaba mensual con la nómina; que se requería que la persona hubiera asistido a trabajar el mes completo, salvo en vacaciones que sí se pagaban, pero por las demás ausencias como tres llegadas tardes, permisos o salidas antes de terminar la jornada se perdía el bono; que su finalidad era reducir el índice de ausentismo porque los clientes requerían que las personas estuvieran conectadas de manera continua; que se llevaban hojas de asistencia para controlar; que el bono se pagaba con la nómina; que dicho pago era aparte porque se firmaba un documento que establecía que dicho pago no era salario; que lo recibido por la trabajadora cada mes era el salario básico, subsidio de transporte, comisiones y el bono de asistencia”.

Así mismo, el testigo **Daniel Felipe Cardona Patiño** [extrabajador de Telemark], indicó: que el bono de asistencia se obtenía en caso de no haber faltado en los treinta días del mes, no haberse incapacitado o no llegar tarde tres veces; que era para todos los comerciales o teleoperadores; que al momento de ser contratados se le indicó dicho derecho; que por ello debían llegar antes del preturmo que era a las 6am y correspondía a un espacio donde se les informaba las novedades; que se firmaba una asistencia y que los computadores registraban la hora de encendido; que cada mes aparecía en los desprendibles de pago el bono; que en el momento de la contratación era que se le explicaba el manejo del bono; que no recordaba si en el contrato de trabajo habían cláusulas de desalarización del bono de asistencia. Agregó que no se lo pagaban en vacaciones porque no laboraba.

De dichas pruebas, lo que emerge con claridad es que el bono de asistencia por valor mensual de \$100.000 era un reconocimiento que se entregaba a los trabajadores para que cumplieran con la prestación personal del servicio en el horario y sitio de trabajo dispuesto por el empleador para que se cumpliera con la labor contratada y además, su propósito también era permitirle a la empresa cumplir con los diferentes clientes que así se lo exigían. Tales aspectos, sin lugar a dudas, denotan que la razón esencial de tal emolumento era retribuir el servicio subordinado de la actora, siendo del caso puntualizar que dicha contraprestación resultó habitual y su finalidad, a la luz del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 14 de la Ley 50 de 1990, era una contraprestación directa del servicio que lo enmarca en el concepto de salario.

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

pago adicional de \$100.000, destinado a retribuir el servicio personal, constituye un elemento esencial del contrato de trabajo y por ende, una consecuencia directa del cargo desempeñado y, por ello mismo, tal emolumento constituye factor salarial para el pago de prestaciones, vacaciones y la seguridad social, pues adicional a lo anterior, cumple con la característica de la habitualidad, como ya se anotó, sin que tal emolumento pudiera ser excluido del concepto de salario por el simple acuerdo de voluntades, en la medida que no se enmarcó en lo establecido en el artículo 128 del C.S.T., razón por la cual la cláusula contractual que así dispuso, resulta abiertamente ineficaz.

En suma, tal y como se indicó en la jurisprudencia traída a colación, no es posible considerar que la facultad prevista en la norma en cita, en virtud de la cual se pactó una cláusula de exclusión salarial no tenga límites; por el contrario, no es dable avalar un acuerdo como éste, cuando se advierte que el concepto al que se le quitó incidencia salarial, en verdad constituye una remuneración directa del servicio, es habitual o permanente, ingresa efectivamente al patrimonio de la trabajadora y beneficia directamente al empleador, como aquí sucedió.

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

Ahora bien, en torno a la prescripción, es de rememorar que la demanda fue presentada el 25-ene-2018 [fl. 38, cuaderno principal], siendo admitida por auto del 26 de enero de 2018 [fl.40]. Luego, por auto del **17-agt-2018** se dispuso el archivo por haber operado la contumacia [fl. 41], decisión que fue recurrida el **24-agt-2018** [fol. 47].

Así mismo, se tiene que el acta de notificación personal "Telemark Spain SL, Sucursal Colombia Zona Franca Permanente Especial" se surtió el **27-agt-2018** [fl. 71], siendo en igual calenda recurrido el auto admisorio por corresponder el llamado a juicio a una sucursal que no podía comparecer [fl. 72 y sgts] y a pesar de ello, el **7-09-2018** se arrió contestación al libelo, según se desprende de la documental arriada [fl. 75 y sgts].

Luego, por auto del **06-sep-2018** [fl. 74] se admitió el recurso de apelación incoado por la parte actora, siendo recibido el expediente en esta Corporación el **12-oct-2018** [fl. 107], el cual fue desatado por esta Sala de decisión el **13-dic-2018**, disponiendo revocar el auto atacado y la continuidad del proceso [fl. 112-113 revés],

circunstancia esta que no se compadece con las explicaciones dadas por la A-quo para sustentar la prescripción, en la medida que esta instancia nunca se pronunció en este caso, frente a la excepción previa de falta de legitimación e inexistencia del demandado, aspecto que también se desprende del acta de audiencia visible a folio 166.

Ahora, por auto del **25-01-2019** el Juzgado acató lo dispuesto por la Sala y adicionalmente negó el recurso de reposición interpuesto por la demandada frente al auto admisorio [fl. 116]. Con posterioridad, mediante auto del **20-may-2019**, realizó un nuevo control de legalidad y excluyó de la litis a la sucursal contra quien se presentó la demanda y en el mismo acto vinculó como demandada a Telemark Spain S.L, ordenando su notificación [fl. 121 – 122].

Ahora, de las documentales obrante de fl. 123-133, se desprende que el accionante desde el 29-mayo-2019 realizó las gestiones necesarias para lograr la notificación ordenada la cual se logró el **25-jul-2019** [fl. 127], quien arrimó la contestación dentro del término legal [fl. 235 y sgts].

Aplicando la jurisprudencia traída a colación, es fácil concluir que por lo menos entre el 06-sep-2018 – *fecha en que se admitió el recurso de apelación* – y el 20-may-2019 -*fecha en que el juzgado realizó control de legalidad* -, el demandante ninguna actuación podía realizar, en primer lugar, porque el Juzgado prefirió admitir el recurso de apelación del auto que declaró la contumacia a pesar de que a dicho momento la demandada compareció y además, presentó recurso de reposición advirtiéndole que no se debió admitir la demanda porque quien obraba como demandada era una sucursal y, en segundo lugar, porque luego de haberse revocado la decisión por esta Sala, el Juzgado el 25-ene-2019 fue que se abstuvo de reponer el auto conforme lo advertido en la contestación y solo hasta el 20-may-2019 – *cuatro meses después* – fue que decidió excluir de la litis a la sucursal de Telemark Spain SL y disponer la vinculación de la persona jurídica, aspecto que debió hacer cuando el mismo demandado así se lo solicitó.

Con todo, debe decirse que entre la notificación del auto admisorio de la demanda y el auto que dispuso la vinculación de la persona jurídica, en realidad transcurrió un tiempo aproximado de nueve meses al momento de la notificación a quien fue vinculado por el Juzgado y, en ese sentido con la notificación de este último la interrupción de la prescripción surtió efectos, en la medida que el tiempo transcurrido entre el 06-sep-2018 y el 20-may-2019 no se le puede atribuir al demandante por situaciones esencialmente atribuibles al Juzgado y al procedimiento

mismo y, adicional a ello, tampoco se dieron las condiciones de los numerales 2 y 5 del citado artículo 95 del C.G.P. como para que se entendiera ineficaz dicha interrupción.

Así las cosas, al entenderse interrumpida la prescripción con la presentación de la demanda del *25-enero-2018* [fl. 38] en tal caso ningún derecho quedó prescrito porque recuérdese que el contrato de trabajo se ejecutó entre el 18-feb-2015 y el 25-ene-2016.

En ese orden de ideas, se revocará el ordinal segundo de la sentencia en el sentido de declarar no probado dicho medio exceptivo.

Por otra parte, el bono de asistencia pagado a la demandante, implica que las vacaciones y prestaciones sociales debieron ser liquidados sobre la base de un salario igual de \$744.350 y \$789.454 para los años 2015 y 2016, respectivamente.

De otro lado, debe decirse que la trabajadora contaba con algunas variaciones en el salario en razón a las comisiones y horas extras o recargos que recibía, según se desprende de los desprendibles de nomina obrantes a fls. 150-158 del expediente digital, aspectos estos a tener en cuenta al momento de liquidar los diferentes conceptos. Con todo, el salario base para liquidar prestaciones de los años 2015 y 2016 corresponde a \$893.256 y \$1.276.253, respectivamente¹. Y, respecto a las vacaciones, excluyendo las horas extras o recargos nocturnos, según el Art. 192 del C.S.T, los salarios base para cada anualidad corresponde a \$819.256 y \$1.198.553.

Así, los valores que debieron ser cancelados por los diferentes conceptos, entre el **18-02-2015** y el **25-01-2016** en total suman \$2.216.682 y se desagregan así: Vacaciones: \$398.903, cesantías \$868.476, prima de servicios \$867.746, intereses a las cesantías \$82.286.

Ahora, como el empleador canceló durante la relación laboral (primas de servicios) y al finalizar el vínculo, por concepto de prestaciones y vacaciones un total de \$2.063.140, en total se genera una diferencia a favor del demandante por **\$153.542**, así:

	2015	2016	TOTAL	PAGADO ²	DIFERENCIA
CESANTÍAS	779,118	88,629	867,746	801,428	66,318
P. SERV	779,118	88,629	867,746	801,428	66,318
VACACIONES	357,287	41,616	398,903	385,455	13,448
INT. CESANT.	81,548	739	82,286	74,829	7,457
			2,216,682	2,063,140	153,542

¹ Salario incluido el bono reconocido + subsidio de transporte y comisiones (promedio 2015: \$74.906 y 2016: \$409.099)

² fls. 150-158

Así las cosas, se adicionará la sentencia recurrida condenando a la demandada al pago de la suma de \$**153.542** que corresponde a las diferencias generadas con el reajuste adeudado por vacaciones (\$13.448), prima de servicio (\$66.318), cesantías (\$66.318) e intereses a las cesantías (7.547) por todo el tiempo laborado, esto es, entre el 18-feb-2015 y el 25-ene-2016, teniendo como factor salarial el bono de asistencia.

Finalmente, frente a la indemnización moratoria del artículo 65 CST, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha trazado en línea tendiente a establecer que el reconocimiento de estas no es automático y que al momento de estudiar su procedencia corresponde abordar la conducta del empleador que se sustrajo del pago de sus obligaciones laborales, para efectos de determinar si actuó o no de buena fe (CSJ SL1166-2018, CSJ SL1430-2018 y CSJ SL2478-2018).

Además, en torno a dicha sanción, esta Corporación en varios asuntos de iguales connotaciones al aquí discutido³, ha dispuesto dicha sanción planteando lo siguiente:

“... la Sala de Casación Laboral⁴ ha estimado que la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación del haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción.

En cuanto el carácter salarial del bono de asistencia, se advierte, tal como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, *“la forma contractual adoptada por las partes o el simple desconocimiento del carácter salarial de un pago, no es razón suficiente para eximir de la sanción moratoria, en la medida que, igualmente deben ser allegados al juicio otros argumentos y elementos que respalden la presencia de una conducta conscientemente correcta”*, la que es ausente en este proceso como más adelante se dirá.

Más aún cuando en la misma línea, el órgano de cierre en materia laboral en la sentencia ya citada apunta que *“la práctica de entregar sumas de dinero al abrigo de figuras de desalarización o exclusión salarial, en fraude a la ley y con el ánimo de disimular su verdadera naturaleza salarial y, a la postre, liquidar sobre ellas prestaciones sociales, que luego son entregadas al trabajador con otros nombres o bajo otras denominaciones, evidencia un acto desprovisto de buena fe (...)”*

Atendiendo lo anterior y dado a que la demandada desconoció el carácter salarial del bono de asistencia sin otorgar una razón atendible para haber omitido su pago al momento de reconocer las vacaciones, prestaciones sociales y aportes a la

³ Sentencias del 09-07-2019 (Rad. 66001-31-05-004-2018-0015401), 25-07-2019 (Rad. 66001-31-05-004-2018-0007201). M.P. Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda.

⁴ Sentencia del 18-05-2016. Radicado 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

seguridad social, de manera alguna lo eximen de la sanción moratoria, en la medida que tampoco sustentó otros elementos de juicio que respaldaran su actuar.

Además de ello, tal y como ya le ha insistido la Sala en otras oportunidades, *"la práctica de entregar sumas de dinero al abrigo de figuras de desalarización o exclusión salarial, en fraude a la ley y con el ánimo de disimular su verdadera naturaleza salarial y, a la postre, liquidar sobre ellas prestaciones sociales, que luego son entregadas al trabajador con otros nombres o bajo otras denominaciones, evidencia un acto desprovisto de buena fe"*⁵.

Obligado resulta, entonces, la prosperidad del recurso incoado por la parte actora y la consecuencial condena al reconocimiento de la indemnización moratoria, para lo cual se tomará en cuenta que la demandante devengaba más del salario mínimo, por lo que, según las voces del artículo 65 del C.L., al haber presentado la demanda 24 meses siguientes a la finalización del contrato de trabajo, el valor a que tiene derecho, corresponde a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales, a partir del **25-01-2016** -*fecha de terminación* - y hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación, aspecto que conlleva a que se adicione la sentencia para condenar a la demandada al pago de dicha sanción.

Finalmente, teniendo en cuenta que con ocasión del recurso de apelación, se concedieron la totalidad de pretensiones de la demanda, se modificaran las costas en primera instancia en un 100% en contra de la parte demandada y a favor de la parte demandante.

En esta instancia se causaron costas a favor de la parte actora ante la no prosperidad del recurso respecto de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral No. 1 presidida por la Magistrada Ana Lucía Caicedo Calderón**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

⁵ Sentencia del 13-03-2018 (Rad. 66001-31-05-003-2016-00346-01 Roberth Hernán Cardona Calderón vs Telemark Spain SL Sucursal Colombia Zona Franca Permanente Especial)

PRIMERO: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. En su lugar se **DECLARA** no probada la excepción de prescripción invocada por la parte demandada.

SEGUNDO: Como consecuencia de la decisión anterior, se **ADICIONA** la sentencia de primera instancia **CONDENANDO** a **Telemark Spain S.L** a pagar a la señora **Rosa Janeth Sosa Ospina** al pago de **\$153.542** que corresponde a las diferencias del reajuste por vacaciones (\$13.448), prima de servicio (\$66.318), cesantías (\$66.319) e intereses a las cesantías (\$7.457) por todo el tiempo laborado, esto es, entre el 18-02-2015 y el 25-01-2016, teniendo como factor salarial el bono de asistencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia **CONDENANDO** a **Telemark Spain S.L** a pagar a la señora **Rosa Janeth Sosa Ospina** la indemnización moratoria del artículo 65 del C.L., correspondiente a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales desde el **25-01-2016** y hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación.

CUARTO: MODIFICAR el ordinal sexto de la sentencia de primera instancia en el sentido de disponer como condena en costas el 100% en contra de la parte demandada y a favor de la demandante, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a favor de la parte demandante y a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Magistrada ponente,



ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Con firma electrónica al final del documento

La Magistrada y el Magistrado,

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Con firma electrónica al final del documento

GERMAN DARIO GÓEZ VINASCO
Con firma electrónica al final del documento

Firmado Por:

ANA LUCIA CAICEDO CALDERON
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 1 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
DESPACHO 4 SALA LABORAL TRIBUNAL SUPERIOR PEREIRA

GERMAN DARIO GOEZ VINASCO
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 003 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA
CIUDAD 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:
2362845390544064a1a08dfae481663d9b7ceba5e15292d89edd48e5ab
2c6f39

Documento generado en 21/05/2021 04:07:03 PM