



Tribunal Superior de Cartagena

KETTY MARRUGO BABILONIA VS CARTAGENA REPRESENTACIONES S.A.S

**DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
TRIBUNAL SUPERIOR
SALA SEGUNDA DE DECISION
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS F. GARCIA SALAS

RADICACIÓN: 13001-31-05-001-2017-00536-01
DEMANDANTE: KETTY MARRUGO BABILONIA
DEMANDADO: CARTAGENA DE INDIAS REPRESENTACIONES S.A.S
PROCESO: ORDINARIO LABORAL

En Cartagena a los veintinueve (29) días del mes de septiembre del año dos mil veinte (2020), se constituye en audiencia pública la Sala Primera de Decisión Laboral, presidida por el suscrito como Magistrado Ponente, para llevar a cabo la audiencia programada en auto anterior, dentro del proceso (ordinario), instaurado por **KETTY MARRUGO BABILONIA** contra **CARTAGENA DE INDIAS REPRESENTACIONES S.A.S** con radicación única **13001-31-05-001-2017-00536-01**, a efectos de resolver la apelación.

En armonía con lo anterior, el Decreto Legislativo 806 de 2020 artículo 15, determinó que la decisión de segunda instancia se dictara por escrito, una vez ejecutoriado el auto que avoca el respectivo recurso o el grado jurisdiccional de consulta, según fuere el caso y previo traslado a las partes para alegar de conclusión (también en forma escrita).

ALEGATOS: Mediante auto de fecha primero (01) de julio de la anualidad que discurre, siendo notificado mediante Estado 079 del tres (03) de julio del presente año, encontrándose el mismo debidamente ejecutoriado, sin que las partes presentaran alegatos.

1. ANTECEDENTES RELEVANTES

1.1 Pretensiones: La demandante solicitó en su escrito de demanda se declare ineficaz la terminación unilateral de su contrato de trabajo efectuada por la demandada el 16 de enero de 2017, por encontrarse en mora con los aportes al sistema de seguridad social y parafiscales y en consecuencia de ello, condenar a la demandada al pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de los aportes a seguridad social y parafiscales; a pagarle las cesantías del periodo comprendido entre el 1 de enero al 31 de diciembre de 2016; a pagarle la sanción moratoria por la no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50/90, reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones del periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 al 16 de diciembre de 2015 en la que se incluya la bonificación de \$100.000 mensuales percibida en dicho periodo; pago de prestaciones sociales y vacaciones del periodo comprendido entre el 5 de noviembre de 2002 al 5 de febrero de 2003, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, indexación, costas y gastos procesales.

1.2 Hechos: Fundó sus pretensiones en once (11) hechos siendo los más relevantes que prestó servicios a la sociedad demandada desde el 2 de noviembre de 2002 al 5 de febrero de 2003 mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año; y desde el 6 de febrero de 2003 al 16 de enero de 2017 mediante contrato de trabajo a término indefinido desempeñándose como auxiliar contable – asistente administrativa en el establecimiento de comercio denominado “La Tienda del Turismo” de propiedad de la demandada; el ultimo salario devengado fue la suma de \$1.110.993 pagadero quincenalmente; que en razón a trabajo adicional a sus labores habituales en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2010 al 16 de diciembre de 2015 devengó una bonificación de \$100.000 mensuales pagaderos trimestralmente, la cual no fue tomada en cuenta para liquidar las prestaciones sociales de dicho periodo; la demandada al momento de la terminación del contrato se encontraba en mora en el pago de los aportes a seguridad social en salud, pensión, riesgos laborales y subsidio familiar; la demandada terminó el contrato de manera injusta, por lo que le fue pagada la indemnización respectiva; que a la terminación del contrato no le fueron pagadas las prestaciones sociales y vacaciones correspondientes al periodo comprendido entre el 5 de noviembre de 2002 al 5 de febrero de 2003, tampoco le fue pagada la cesantías correspondientes al 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2016; que a la fecha de terminación del contrato, ni dentro de los 60 días posteriores le fue comunicado el estado de pago de los aportes a seguridad social y parafiscales de los últimos tres meses, que presentó reclamación escrita a la demandada, sin embargo, no obtuvo respuesta.

1.3 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante auto de fecha de 21 de marzo de 2018, se admitió la demanda y se ordenó correr traslado a la demandada (fl 43), quienes contestó la demanda, como se advierte a folios 55 a 77, manifestando que los hechos 1, 3, 5 a 11 no son ciertos; mientras que los hechos 2 y 4 son ciertos, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de merito de prescripción e inexistencia de la obligación.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito mediante sentencia del 20 de marzo de 2019 condenó a la demandada a efectuar el pago de las cesantías del periodo correspondiente al año 2016 a la demandante en suma de \$1.194.133; condenó a la demandada a pagar a favor de la actora la sanción moratoria del artículo 65 del CST desde el 16 de enero de 2017 hasta el 16 de enero de 2019, condenando un día de salario por cada día de retardo durante este termino con una base salarial de \$1.194.133, siendo la suma total de \$28.659.192 y a partir del 17 de enero de 2019 los intereses moratorios a la tasa máxima sobre la suma debida en cesantías hasta cuando se verifique el pago, tuvo por demostrada parcialmente la excepción de prescripción; absolvió a la demandada de las demás pretensiones e impuso costas a cargo de la demandada, señalando como agencias en derecho la suma del 7% sobre el valor de la condena impuesta.

ARGUMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA: El a quo fundó su decisión al considerar que quedó acreditado que entre las partes existió una primera relación laboral la cual inicio el día 5/11/2002 y finalizó el día 5/02/2003, asimismo que, existió un segundo contrato de trabajo, esta vez a término indefinido a partir del 06/02/2003 hasta el 16 de enero de 2017, desempeñando la demandante la labor de auxiliar contable, contrato que terminó de forma unilateral por parte del empleador alegando reestructuración de la empresa y procediendo a pagarle a la actora la correspondiente indemnización por despido injusto. En cuanto a la pretensión de ineficacia del despido por el no pago de aportes a la seguridad social y parafiscales señaló el a quo que no estaba llamada a prosperar por cuanto la demandada acreditó con las documentales obrantes a folios 72 y 76 que efectivamente realizó los pagos a la seguridad social y parafiscalidad de la demandante hasta el 16 de enero de 2017. En relación con la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones indicó que en los hechos y pretensiones no se efectuó una explicación sustancial sobre porque debe condenarse a la demandada a la reliquidación de tales acreencias con inclusión de una bonificación, pues solo se expresó que la actora devengaba una bonificación mensual de \$100.000 la cual era pagada trimestralmente, lo cual fue reafirmado por la actora en el interrogatorio de parte, no obstante, al verificarse el contrato de trabajo suscrito entre las partes se evidencia que en la cláusula segunda relacionada con la remuneración se estableció que el reconocimiento de bonificaciones ocasionales no se tendría como salario, por ende no tendrían factor liquidable para efecto de las prestaciones sociales, encontrando además que no quedo claro por qué concepto recibía la actora tal pago, no cumpliéndose con los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para considerar que un pago tiene carácter salarial conforme a lo dispuesto en el artículo 127 del CST, ya que se requiere que sea contraprestación directa del servicio, debiendo existir una relación de causalidad entre el servicio del trabajador y el pago recibido. En lo atinente a las cesantías del año 2016 consideró que la demandada no demostró haber efectuado su pago, por ende condenó a la demandada a pagarlas, e igualmente le impuso la condena de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST por haberse constituido el empleador en mora sin que existiera un justificante para tal conducta, sumado a las conductas procesales asumidas durante el proceso, como el no asistir a la audiencia programada para absolver interrogatorio de parte, por lo que procedió a imponer tal sanción a razón de un salario diario desde el 16 de enero de 2017 hasta el 16 de enero de 2019, para un total de \$28.659.192 y a partir del 17 de enero de 2019 condenó al pago de intereses moratorios a la tasa máxima permitida para los créditos de libre asignación sobre la suma adeudada por cesantías hasta cuando el pago se verifique. Negó la sanción moratoria por no consignación de cesantías en un fondo de que trata el artículo 99 de la Ley 50/90 al considerar que no resultaba procedente, como quiera que, el contrato terminó el 16 de enero de 2017 correspondiéndole al empleador pagar las mismas de forma directa a la demandante.

3. APELACION

PARTE DEMANDANTE

El apoderado judicial de la actora, apeló la decisión del a quo en cuanto negó la reliquidación de prestaciones sociales, pues a su juicio la bonificación de \$100.000 percibida por la demandada conforme a los artículos 127 y 128 del CST constituía salario, atendiendo que su pago fue periódico, constante y con la declaración de parte de la demandante quedo acreditado que su pago obedeció al resultado de una labor adicional realizada por ésta.

PARTE DEMANDADA

Por su parte el vocero judicial de la sociedad demandada, apeló la decisión alegando que a la actora se le cancelaron las prestaciones sociales del año 2016, conforme aparece probado en el plenario, por lo tanto, no debe revocarse la condena impuesta a su representada.

4. PROBLEMA JURÍDICO:

Conforme a los recursos de apelación interpuestos por los voceros judiciales de ambas partes, la controversia jurídica en el sub examine se contrae en establecer i) si la bonificación pagada a la actora trimestralmente constituye factor salarial, en caso afirmativo, si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales; ii) si la demandada acreditó o no el pago a la demandante de las cesantías correspondientes al año 2016.

5. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES PARA SUSTENTAR LA TESIS DE LA SALA:

- Artículos 127, 128 del CST
- Artículo 167 del CGP

Subreglas:

Consonancia: Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia Rand No. 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Pagos que constituyen salario: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral sentencia SL-8216-2016, Magistrado Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y sentencia del 29 de noviembre de 2017, radicado 49967. M.P. Ernesto Forero Vargas.

6. FUNDAMENTOS FACTICOS:

Son hechos pacíficos y sin discusión dentro del presente proceso que entre la demandante y la demandada existieron dos contratos de trabajo, así; el primero de ellos a termino inferior a un año desde el 5 de noviembre de 2002 hasta el 5 de febrero de 2003, desempeñando la actora el cargo de auxiliar contable en el establecimiento de comercio denominado La Tienda del Turismo de propiedad de la demandada (fl 61 a 62). Mientras

que el segundo contrato de trabajo suscrito por las partes fue bajo la modalidad a termino indefinido a partir del 6 de febrero de 2003 hasta el 16 de enero de 2016, fecha en la cual la demandada dio por terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de la actora (fls 63 a 64 y 14).

También está plenamente acreditado que el último salario devengado por la demandante fue la suma de \$1.190.993 (fl 15).

A folio 15 reposa liquidación definitiva de prestaciones sociales de la demandante.

A folios 17 a 40 figuran comprobantes de egreso a nombre de la demandante realizados entre julio de 2010 hasta diciembre de 2015.

INTERROGATORIO DE PARTE

En audiencia de trámite y juzgamiento se recepcionó el interrogatorio de parte practicado a la demandante (Cd obrante a folio 85)

7. ARGUMENTOS PARA RESOLVER:

La controversia en esta instancia se decidirá de acuerdo a los puntos materia de apelación como lo ha sostenido la Sala Laboral de la Corte¹.

APELACION PARTE DEMANDANTE

Aduce el vocero judicial de la actora, que la bonificación por valor de \$100.000 pagada a la actora de manera trimestral entre los años 2010 y 2015 constituye factor salarial y por consiguiente debe tenerse en cuenta para reliquidar sus prestaciones sociales, atendiendo que con la declaración de parte de la actora quedó acreditado que dicho pago se daba como contraprestación de una labor adicional efectuada por ella.

En primer lugar, es menester precisar que en esta instancia no existe discusión frente a que entre las partes existieron dos contratos de trabajo para desempeñar la actora el cargo de auxiliar contable, el primero de ellos a término fijo inferior a un año desde el 5 de noviembre de 2002 al 5 de febrero de 2003; mientras que el segundo contrato de trabajo suscrito lo fue a término indefinido desde el 6 de febrero de 2003 hasta el 16 de enero de 2017, fecha en la cual la demandada terminó unilateralmente y sin justa causa dicho contrato, procediendo a pagar la correspondiente indemnización por despido injusto (fls 61 a 64 y 14).

Ahora bien, en el último de los contratos celebrado por las partes, se acordó como salario ordinario inicialmente la suma de \$309.0000

¹Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral Sentencia de fecha 25 de Mayo de 2010, Magistrado Ponente: Dr. Eduardo López Villegas. Exp: 36013, reiterada mediante sentencia rad. 38135 del 3 de Agosto de 2010 y más recientemente en Sentencia CORTE SUPREMA DE JUSTICIA -SALA DE CASACIÓN LABORAL, Radicación No. 44673- SL 819 - 2013, de fecha 16 de octubre de 2013-Magistrado Ponente RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, y Sentencia radicado SL4430-014 - 45348 de fecha 19 de febrero de 2014, Magistrada Ponente: CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

mensuales (fl 63 a 64); sin que se advierta en el plenario que las partes hubieran suscrito otro si en el que se pactare el pago de bonificaciones para la demandante. No obstante, a folios 17 a 40 se allegó por parte de la demandante distintos comprobantes de egreso emitidos por la sociedad demandada a favor de la demandante del periodo comprendido entre el 1 de julio de 2010 hasta el 30 de septiembre de 2015 de forma trimestral por valor de \$300.000, lo cual conforme a lo manifestado en el hecho quinto de la demanda (fls 2) y en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, constituía un pago a una labor adicional realizada, más exactamente al recaudo de cartera.

La demandada al contestar la demanda niega que tal pago tuviera incidencia salarial, bajo el argumento que dicha remuneración correspondía a un contrato de prestación de servicios.

Respecto a los factores que constituyen salario, indica el artículo 127 del CST que lo es, no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino 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.

Sobre este tópico en sentencia del 29 de noviembre de 2017, radicado 49967. M.P. Ernesto Forero Vargas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia señaló que no importaba la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP), carácter salarial, entendiéndose que se dieron los elementos fácticos, esto es, la retribución del servicio, la periodicidad, regularidad, finalidad, la forma como estaba concebida y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador

De igual manera, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adocinado que la libertad concedida a las partes en el artículo 128 del CST para calificar qué es salario, no significa que estas le puedan desconocer dicho carácter a los pagos que por su esencia sean retributivos del servicio, lo cual devendría en una cláusula ineficaz; sino que, al pactar tal declaración, se pueden excluir al momento de liquidar prestaciones, determinados rubros.

En consonancia con la jurisprudencia en cita, y conforme al acervo probatorio aportado al sub lite, colige la Sala que en el plenario no quedó acreditado por qué concepto realmente percibía la demandante la suma de \$300.000, pues mientras en el interrogatorio de parte ésta adujo que correspondía a una labor de recaudo de cartera, en los comprobantes de egreso aportados con la demanda obrantes a folios 17 a 40 se advierte que tales pagos obedecieron a múltiples conceptos tales como bonificación revisión de planillas, por apoyo caja apto/tramite de visa; pago por supervisión oficina apto (control de planillas, cartera), supervisión de oficina aeropuerto, labores que por demás no hacían parte de las funciones de la actora como auxiliar contable, pues así quedo confesado en el hecho 5 de la demanda, que tales pagos se hacían por labores adicionales; en tal sentido considera la Sala que no retribuían de forma directa la labor para la cual fue contratada la actora.

Ahora, al plenario no se aportaron pruebas que dieran a la Sala la certeza y claridad suficiente de que tales pagos constituyeran salario, pues no basta la sola afirmación de la actora como lo aduce su apoderado judicial, para dar por sentado que efectivamente tales pagos tenían incidencia salarial, de allí que se confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto.

APELACION PARTE DEMANDADA

Por su parte el apoderado de la demandada, se queja de la condena impuesta por el a quo a pagar a la actora las cesantías del año 2016, aduciendo que al plenario se acompañó la prueba que acredita que dicho pago si fue efectuado.

Al revisar el acervo probatorio aportado por la demandada al contestar la demanda, se advierte a folios 14 la liquidación definitiva de prestaciones sociales, y en ella se evidencia que las cesantías allí señaladas únicamente corresponden al periodo que va entre el 1 al 16 de enero de 2017; sin que exista otra prueba que demuestre que se le realizó el pago de las cesantías del año 2016 a la demandante bien fuera consignándolas en el fondo de cesantías al cual se encontraba afiliada, o que se le hubieren pagado de manera directa, por consiguiente, acertó la juez de primera instancia al condenar a la demandada a pagar a la actora las cesantías correspondientes al año 2016, además de imponer la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST, al no acreditar la demandada que hubiere pagado tal prestación social, a pesar de señalarlo en la demandada y mucho menos se demostrara en el plenario que su no pago obedeció a una circunstancia de una envergadura tal, que desdibuje la mala fe que se exige en estos casos para imponer tal sanción.

Por las consideraciones precedente se confirmará la sentencia apelada.

8. COSTAS

Sin costas en esta instancia. Se autoriza a la Secretaría de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el sub lite a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA:

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

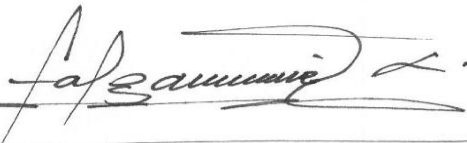
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha 20 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cartagena en este proceso Ordinario laboral de **KETTY MARRUGO BABILONIA** contra **CARTAGENA DE INDIAS REPRESENTACIONES S.A.S**, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Se autoriza a la Secretaría de esta Sala, teniendo en cuenta que no hay más gastos que liquidar, que una vez allegado el expediente a dicha dependencia y ejecutoriada la providencia, proceda a enviar el mismo al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


CARLOS FRANCISCO GARCIA SALAS
Magistrado Sala Laboral

CARLOS F. GARCIA SALAS
Magistrado



FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA
Magistrado



JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS
Magistrada

Tribunal Superior de Cartagena

Sala Laboral

Cartagena, 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020, en la fecha se notifica el presente auto por estado No. 139, Fijado a las 8:00 a.m.


Secretario