

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CARTAGENA
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

Cartagena, dos (02) de junio del año dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS

Radicación: 13001-31-05-002-2019-00140-01

Demandante: HERLY EFIGENIO LOPEZ SOJO

Demandado: DEL SOL S.A.S.

Proceso: Ordinario Laboral (Recurso de Apelación)

Fecha Sentencia de Primera Instancia: doce (12) de marzo de 2020

Juzgado de Primera Instancia: Segundo Laboral del Circuito de Cartagena

Objeto: Desatar el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra la sentencia de calenda doce (12) de marzo de 2020.

Tema: Factores salariales

Concluido el traslado a las partes, resuelve la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA**, integrada por los magistrados **MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO, LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO** y **JOHNNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS** quien la preside, el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de calenda doce (12) de marzo de 2020), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, dentro del presente proceso Ordinario Laboral con radicación única 13001-31-05-002-2019-00140-01, promovido por HERLY EFIGENIO LOPEZ SOJO contra DEL SOL S.A.S.

Lo anterior, con fundamento en el mandato del Decreto 806 de 2020, dimanado del Gobierno Nacional, mediante el cual *"se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y comunicación de las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia económica, social y ecológica"*, disponiéndose, entre otras medidas, en la especialidad laboral, el proferimiento escritural de autos y sentencias.

1 ANTECEDENTES RELEVANTES

1.1 Pretensiones

Solicitó el actor se declarara que tuvo una relación laboral con DEL SOL S.A.S. entre el 04 de agosto de 2016 y el 31 de mayo de 2017; que se declare que finalizó de forma injusta por parte del empleador y en consecuencia se le condene al pago de

indemnización por despido sin justa causa; que se declare que las bonificaciones por eventos y propinas recibidas habitualmente por el demandante son factor salarial y deben ser tenidas en cuenta para la liquidación de prestaciones sociales; que se condene al pago de la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones teniendo en cuenta los valores pagados por eventos y propinas; que se condene al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y a la sanción moratoria del numeral 3 del artículo 99 de la ley 50 de 1990; indexación, costas del proceso, y lo que resulta extra y ultra petita.

1.2 Hechos

Fundó el actor sus pretensiones en que fue contratado por DEL SOL S.A.S. el 04 de agosto de 2016, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse en el cargo de almacenista; que el salario pactado como contraprestación de sus servicios fue la suma de \$1.000.000, el cual fue aumentado en el año 2017 a \$1.070.000; que el día 24 de mayo de 2017 se realizó auditoría al área de bodega donde prestaba sus servicios, arrojando como resultados faltantes en el inventario de los productos que estaban a su cuidado; que el 26 de mayo de 2017 fue citado a descargos por dichos hechos y finalmente el 31 de mayo de 2017, se dio por terminado su contrato.

Señaló que, durante la laboral, además del salario básico, todos los meses le fue fueron pagadas bonificaciones por eventos y propinas, las cuales no fueron tenidas en cuenta al momento de liquidar prestaciones sociales; que al momento del despido no le fue bien liquidado y que la demandada no se encontraba a paz y salvo con los aportes al sistema de seguridad social.

1.3 Contestación de la demanda

La demandada DEL SOL S.A.S. admitió los hechos relativos a la existencia de la relación laboral, incluyendo la modalidad del contrato, cargo y remuneración del actor. Expuso que la terminación del contrato obedeció a una justa causa, debidamente demostrada en un procedimiento disciplinario; que durante toda la relación laboral le cancelaron al actor todos los emolumentos a que tenía derecho; en cuanto a la mal llamada bonificación por evento y propinas, aclaró que por disposición de los compañeros de trabajo, el actor tenía derecho a “un punto” de propina cuando se llevaban a cabo eventos, propinas que no eran consideradas salar por lo tanto no podían ser tenidas en cuenta para liquidar prestaciones sociales; y que durante toda la vigencia de la relación laboral el actor estuvo cobijado por el sistema de seguridad social.

2 DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, en sentencia del doce (12) de marzo de 2020 declaró que entre el demandante HERLY EFIGENIO LÓPEZ SOJO y la demandada DEL SOL S.A.S. existió un contrato de trabajo entre el 04 de agosto de 2016 y el 31 de mayo de 2017, y que finalizó por justa causa; declaró que las sumas percibidas por el demandante HERLY EFIGENIO LÓPEZ SOJO por concepto de propinas en realidad son comisiones por ventas y tienen naturaleza de salario; como consecuencia, condenó a la demandada a reliquidar y pagar primas de

servicio, cesantías, intereses de cesantías y vacaciones; condenó al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST y la sanción moratoria del artículo 99 de la ley 50 de 1990; absolvió del resto de las pretensiones propuestas; y condenó en costas a la demandada.

La juez cognoscente fundamentó su decisión tomando en cuenta lo adocetrinado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL17728 de 2016, en cuanto que al trabajador tiene la carga de probar que la terminación fue a instancia del empleador y al empleador, que ésta fue justificada, señalando que el demandante acreditó su desvinculación laboral mediante misiva del empleador (folios 17 y 18) y la demandada alegó como elemento fáctico un faltante sobre los productos custodiados por el actor; que se le realizó audiencia de descargos, donde se demostró el faltante en la mercancía, indicando la juzgadora que en el proceso no hay constancia que el demandante haya tomado alguna medida de protección o de informar a la empresa esa situación, siendo claro para el juzgado el total desinterés del trabajador en la ejecución de sus labores.

Respecto a la comisión por ventas y propinas, sostuvo que, analizados los volantes de nóminas aportadas en el proceso, no se evidenció denominación alguna en referencia a esto, pero en las testimoniales sí se reconoció que se le hizo pago extralegal por esa denominación y que los recibió durante la vigencia de toda la relación laboral; quedando claro que ese pago denominado propina, dependía de las ventas y que el trabajador no tenía autonomía sobre ese concepto, siendo la directora de gestión humana quien se encargaba de esa liquidación; por lo que no quedó totalmente probado que ese dinero proviniera del cliente, como lo indica el art 131 del CSTYSS; expuso que había trabajadores que no estaban directamente implicados en el servicio y que recibían propinas, por lo cual el concepto no era recibido por la voluntad del cliente sino por las ventas que se hicieran, luego, no se trataba de propina sino de comisiones de la que es acreedor un trabajador que realiza ventas; que en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, inequívocamente es un pago condicionado por retribución del servicio prestado; declarando con incidencia salarial para la reliquidación de sus prestaciones sociales y aportes a la seguridad social y pensión durante la relación laboral; con respecto a la sanción moratoria e indemnización moratoria, al quererse desdibujar la comisión por ventas en el restaurante denominándose propina por servicio, no se puede considerar esta acción como revestida de buena fe, por lo tanto consideró que procede ambas pretensiones.

3 RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada fundamentó el recurso de apelación interpuesto en que durante la relación laboral, la demandada asumió toda la carga prestacional, todos los pagos a la seguridad social, el pago de su liquidación de prestaciones sociales; expuso que es de conocimiento para el actor que esos puntos sobre los que se hicieron referencia en el proceso, desde el inicio de la relación laboral se estableció que no constituían salario, eran ocasionales, por ende, no se cancelaban de manera periódica ni sostenida en el tiempo.

Por su parte, el apoderado judicial de la parte demandante, manifestó que, sin llegar a interponer recurso de apelación, solicitaba que en segunda instancia se tuviera

en cuenta que al demandante le fueron efectuados aportes al sistema de seguridad social sin tener en cuenta las horas extras que devengaba.

4 ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

4.1 Alegatos parte demandante

Expuso el apoderado de la parte demandante que durante todo el tiempo que se mantuvo la relación laboral, además del salario básico, todos los meses se le pagaban bonificaciones por eventos y propinas, las cuales no fueron tenidas en cuenta al momento de liquidar las prestaciones sociales; que la sentencia de primera instancia había condenado a reliquidar las prestaciones y aportes al SGSS y al pago de la indemnización del artículo 65 del CST, por lo que solicitó que esta fuera confirmada. Subrayó que la facultad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, no permite despojar de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa directa es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido la Corte, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475 -13 jun. 2012); que con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es; y que dentro del presente caso, se probó que, durante toda la relación laboral, el demandante devengó las denominadas «PROPINAS que, como se dijo fueron pagadas todos los meses», observándose eran pagos habituales, ligados al desempeño o actividad del trabajador, claramente retributivos.

4.1 Alegatos parte demandada

La apoderada judicial de la parte demandada se ratificó de los alegatos expuesto y se opuso a las condenas impuestas, aduciendo que se alejan de la realidad fáctica y jurídica; que durante la relación laboral se le cancelaron y reconocieron al actor todos los emolumentos a que tuvo derecho; en cuanto a la llamada bonificación por evento y propinas, esta se dio por disposición de sus compañeros de trabajo, asignándole un punto de propina cuando se llevaran a cabo eventos; que dichas propinas no son consideradas salario, por tanto, no podrían ser tenidas en cuenta para liquidar prestaciones o efectuar el pago de aportes al SGSS. Insistió en que la normatividad respecto de las propinas fue indicada en el artículo 131 del CST, y que los valores que un empleado reciba como propina no constituyen salario, en razón a que el dinero de las propinas no proviene de la empresa sino de un tercero.

5. ARGUMENTOS DE LA SALA PARA RESOLVER

5.1 Problemas jurídicos

- Corresponde a la Sala resolver como problema jurídico principal si le asiste derecho al demandante de obtener la reliquidación de sus prestaciones sociales teniendo en cuenta los valores pagados por eventos y propinas, durante su vinculación laboral con la demandada.
- Surge como problema jurídico asociado, establecer si las bonificaciones percibidas habitualmente por el demandante, por eventos y propinas, constituyen salario.

5.2 Solución a los problemas jurídicos

Verifica la Sala que no se encuentra causal alguna que invalide la actuación en primera y/o segunda instancia y están dados los presupuestos procesales para emitir decisión.

La decisión de la Sala estará sujeta estrictamente al objeto de apelación, en atención al principio de consonancia descrito en el artículo 66A de CPTSS.

Viene pacífica la relación laboral que existió entre el señor HERLY LÓPEZ SOJO y la demandada DEL SOL S.A.S, en los extremos temporales comprendidos entre el 04 de agosto de 2016 y el 31 de mayo de 2017, en la cual el actor se desempeñó para la demandada en el cargo de almacenista (folio 36).

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, abordará la Sala, primeramente, las aseveraciones realizadas por el apoderado de la parte demandante al proferirse la sentencia de primera instancia, en tanto manifestó que, sin llegar a interponer recurso de apelación, solicitaba que en segunda instancia se tuviera en cuenta que al demandante le fueron efectuados aportes al sistema de seguridad social sin tener en cuenta las horas extras que devengaba.

Al respecto, precisa la Sala que, en lo tocante a los aportes al sistema de seguridad social del actor, el apoderado de la parte demandante se limitó a decir en el libelo de la demanda, que la demandada no se encontraba al día con el pago de sus aportes a seguridad social, pero nada dijo o solicitó con respecto a reliquidación de aportes teniendo en cuenta horas extras devengadas por el demandante. En este entendido, el estudio de tal petición en segunda instancia atentaría, en primer lugar, contra el principio de consonancia; y, en segundo lugar, contra el derecho al debido proceso de la parte demandada, que en ninguna oportunidad ejerció contradicción respecto a tal aseveración, razón por la que no es dable a esta Sala el estudio de la misma.

En cuanto a los puntos objeto de apelación por la parte demandada, se memora que la juez cognoscente declaró que las sumas percibidas por el demandante HERLY EFIGENIO LÓPEZ SOJO, por concepto de propinas, en realidad eran comisiones por ventas, teniendo la naturaleza de salario. Por su parte, expuso la recurrente que el actor era destinatario de propinas por disposición de sus compañeros de trabajo, asignándole un punto de propina cuando se llevaran a cabo eventos y que dichos valores no constituyen salario, en razón a que el dinero de las propinas no proviene de la empresa sino de un tercero.

La controversia que se suscita entre las partes, nos impone abordar la temática de la naturaleza salarial de las propinas, por lo que, interesa traer a colación el artículo 131 del CST, que de forma taxativa dispone:

“1. Las propinas que recibe el trabajador no constituyen salario.

2.No puede pactarse como retribución del servicio prestado por el trabajador lo que éste reciba por propinas.”

Adviértase entonces que el codificador fue categórico al establecer que las propinas no constituyen salario.

De otra arista, dado que la juez de primera instancia, en el caso que se examina, concluyó que en realidad lo que percibió el aquí demandante fueron comisiones por venta, es menester recordar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en determinar la naturaleza salarial de las comisiones y en este entendido ha determinado inclusive la ineficacia de cualquier cláusula del contrato que considere las comisiones como un pago no constitutivo de salario, a la luz de los preceptos del artículo 127 del CST (sentencia 57903 del 14 de agosto de 2018 M.P. Giovanni Francisco Rodríguez). Luego, contrario a lo que subyace con las propinas, tanto normativa como jurisprudencialmente es claro que las comisiones son constitutivas de salario.

Ahora bien, situados en el escenario probatorio del sub examine, se observa que en el interrogatorio de parte practicado a la señora ISABEL ARAUJO en representación de DEL SOL SAS, ésta expuso que al ser una empresa de servicio, los clientes dejan propina de manera voluntaria y autónoma, que la empresa no tiene incidencia de eso, y que los mismos trabajadores reparten las propinas y que por acuerdo de los trabajadores, el señor HERLY LÓPEZ SOJO, en su calidad de almacenista recibía propina cuando había eventos; que concretamente en la nómina se le consignaba el salario, y posterior a la quincena se le daba el porcentaje de propinas dependiendo a los que hubieren determinado los mismos trabajadores y que “los puntos” acorde a los cuales se les pagaba un porcentaje por propina eran determinados por trabajadores delegados para ello. Expuso también la representante de la demandada que DEL SOL SAS, tenía una cadena de restaurantes, que uno funcionaba en el Baluarte de San Francisco Javier en el centro histórico, y que el demandante cumplía labores de almacenista en la Bodega de Canapote; que el administrador del restaurante y los meseros determinaron que él como almacenista, aunque no estuviera de cara al cliente, participaba en la cadena de servicio; indicó también que el valor de las propinas es recibido por la empresa pues el cliente lo paga en la cuenta del servicio; que la empresa solo hace recaudo y se le informa la cantidad a la persona que liquida los puntos; que los empleados eligen la persona que liquide los puntos; que puede ser cualquier persona de la empresa la que liquide las propinas y en este caso fue una trabajadora de recursos humanos.

Por su parte, en la declaración rendida por la testigo EVELYN FERNÁNDEZ MARÍN, gerente de gestión humana de la convocada a juicio, ésta expuso que el demandante recibía sumas de dinero correspondientes a salario y propinas; que todo el que estuviera en la operación del servicio recibe sus propinas, que los mismos empleados definen quien obtiene propinas o no; y que la empresa no tiene ninguna injerencia en eso. Describió que cada mes se distribuyen las propinas acordes al número de personas que estuvieren laborando y que estuvieren “en la lista de puntos”, listado dentro del cual se encontraba el actor; que los clientes podían aportar voluntariamente una propina por el porcentaje del 10% del consumo; y que dicha propina entraba directamente por caja y luego se hacía su liquidación.

En contraste con ello, se advierte que si bien el demandante tanto en el libelo de la demanda, como en el interrogatorio de parte vertido afirmó que recibía habitualmente el pago de “propinas”, lo cierto es que al describir cómo se daba la causación de dicho pago, explicó **que dicho dinero provenía de los eventos** que se realizaban en restaurante “Baluarte” y que ese dinero era recibido generalmente una semana después de la quincena, con montos distintos en cada ocasión, dependiendo de la magnitud del evento. Expresó que desconocía quien determinaba cómo se daba el pago de “los puntos”, y que sólo al acercarse al banco y ver la consignación respectiva verificaba la cantidad consignada. Al preguntarle por la cantidad de puntos a que tenía derecho, expuso que tenía tres puntos, y que éstos eran un porcentaje del evento, **dependiendo de la participación** que se tuviera en el evento, que, en su caso, al ser de la parte operativa y no estar directamente vinculado con el evento, era del grupo de trabajadores que menos ganaba, contrario a los meseros y el Barman, pues su labor se limitaba únicamente a llevar la solicitud del pedido que necesitaban para el evento, y esa era su participación en el evento o actividad que hubiere en el restaurante.

Atendiendo a lo expuesto, conviene precisar que la condición de ser o no salario de una determinada suma que recibe el trabajador no depende de la denominación que le hayan dado las partes ni de la voluntad autónoma del empleador, pues no es válido para las partes restar o despojar la incidencia salarial de un pago claramente remunerativo (Corte suprema de Justicia, Radicado 39475 de 2012 y SL 35771 de 2011). De esta forma, la naturaleza salarial de un pago está condicionado a la inequívoca condición de que se paga para retribuir el servicio personal del empleado (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral -13707 de 2016 y SL 8216 de 2016, SL 2420 de 2018).

Al tenor de ello, si bien todos los declarantes coincidieron al manifestar que el actor devengaba “propinas”, lo cierto es que, del escrutinio de sus afirmaciones, se desprende que los pagos relatados por las partes dependían directamente de la actividad desplegada por los trabajadores en los eventos que se realizaban en el restaurante Baluarte, dentro de una “cadenas de servicios”, de la cual era partícipe el demandante, no acreditándose que esos pagos correspondieran a un dinero otorgado por mera liberalidad del cliente, como pretende hacer ver el recurrente. En este punto, resalta la Sala que, al meritar el testimonio de la joven EVELYN FERNÁNDEZ MARÍN, gerente de gestión humana de la empresa demandada, se puede advertir prevención en su relato, direccionada a la defensa de los intereses de su empleador, la que le resta imparcialidad. Se verifica inclusive, que la testigo en mención, pese a que no estaba involucrada en la “cadena de servicios”, recibía las aludidas “propinas”, y no evidenciándose, en definitiva, que el concepto devengado fuera recibido propiamente por autonomía de la clientela.

Supuestos de hecho que permiten a la Sala, estimar que las referenciadas “propinas”, en puridad de verdad, constituían un pago ligado al desempeño o la actividad del trabajador en los diversos eventos realizados por la demandada, claramente retributivo de su servicio, en proporción a su participación en la actividad prestada, dentro de una “cadena de servicios”, sin que se demuestre que correspondiera a propinas que aportaba los clientes de los eventos y que luego, se distribuyera ésta. Por consiguiente, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, concluye la Sala que no se encontraba el trabajador frente al pago

de propinas, sino de comisiones por ventas, asociadas a las ganancias de su empleador en el ejercicio de sus actividades ordinarias.

Puestas las cosas en esta perspectiva, se estima que la A-quo dio un alcance correcto a los pagos recibidos por el actor por concepto de propina, al considerarlos como comisiones de ventas, pues de conformidad con los lineamientos de la CSJ, las comisiones por ventas se generan por la efectiva prestación personal del servicio del trabajador en la gestión y materialización del respectivo negocio jurídico (CSJ SL, 16 jun. 1989, rad. 2963 y CSJ SL, 16 jun. 1989, rad. 2437, reiteradas en CSJ SL, 14 ag. 2012, rad. 37192), gestión o negocio cuya causación, como se dio cuenta en el proceso, correspondía a las actividades desplegadas por el actor con ocasión a los eventos realizados por la empleadora.

Por lo razonado, se impone confirmar la sentencia de primer grado en este aspecto.

6. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, conforme lo dispone el artículo 365 del CGP, para lo que se tasan agencias en derecho en la suma equivalente a un (1) S.M.L.M.V.

7. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha doce (12) de marzo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, en este proceso Ordinario Laboral promovido por HERLY EFIGENIO LOPEZ SOJO contra DEL SOL S.A.S.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, para lo que se tasan agencias en derecho en la suma equivalente a un (1) S.M.L.M.V.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado digitalmente
JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRÉS
 Magistrada Ponente


MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO
 Magistrada


LUIS JAVIER ÁVILA CABALLERO
 Magistrado

Firmado Por:

**JOHNESSY DEL CARMEN LARA MANJARRES
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 001 SUPERIOR SALA LABORAL DE LA CIUDAD
DE CARTAGENA-BOLIVAR**

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:

3bec873f414ef2b067249034c052ef31978f52b60d189a550a402906a2b9b0e3

Documento generado en 02/06/2021 03:47:13 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**