



SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL.

Medellín, veintiséis (26) de agosto de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: ORLANDO DE JESÚS ARCILA RINCÓN.
DEMANDADO: LIBARDO ALFREDO ESCOBAR ECHEVERRY y otra.
TIPO DE PROCESO: ORDINARIO.
DECISIÓN: **CONFIRMA Absolución.**

En la fecha, **EI TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**, conformada por los Magistrados, Nancy Gutiérrez Salazar, Carlos Alberto Lebrún Morales y María Eugenia Gómez Velásquez, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante, frente a la Sentencia proferida en el Proceso Ordinario Laboral instaurado por el Señor **ORLANDO DE JESÚS ARCILA RINCÓN** en contra de los Señores **LIBARDO ALFREDO ESCOBAR ECHEVERRY** y **MARÍA BOTERO BOTERO**.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN ESTA INSTANCIA.

DEMANDANTE.

Expone que la Sentencia no se ajusta a lo impetrado en la demanda, a las pruebas aportadas, ni al uso de la costumbre mercantil en Colombia, puesto que se desconoce el pago que se hace sobre cada viaje realizado, en un porcentaje entre el 9% y el 12%. Que el acuerdo del 9% fue verbal, como es la costumbre que tienen las personas en esta actividad de transporte. Que con los manifiestos de viaje se prueban los valores que debía pagar el demandado, ya que nadie trabaja en una actividad tan pesada por un salario mínimo, y adicionalmente, asumir el pago de los gastos de hotel y alimentación. Y finalmente, reitera lo dicho en la sustentación del recurso de apelación, en cuanto que los testigos del demandado estaban mintiendo y favoreciendo a este, y que no se tiene en cuenta el Sistema SICE-TAC.

DEMANDADA.

Dice que el demandante no cumplió con su carga probatoria, sin que exista justificación para que los demandados sean condenados al pago de los emolumentos pretendidos por el mismo, por lo que debe confirmarse la Sentencia absolutoria.

La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por la Ponente, el cual se traduce en la siguiente decisión:

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

ANTECEDENTES:

PRETENSIONES:

- Declarar la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido.
- Condenar a los demandados a pagarle las cesantías, los intereses a estas, las vacaciones, las primas de servicios, correspondientes al periodo comprendido entre el 30 de junio de 2016 y el 30 de junio de 2019, del valor percibido del 9% de los fletes; y las indemnizaciones moratorias por no consignación total de las cesantías en un Fondo y por el no pago de la liquidación final del contrato de trabajo.

HECHOS:

- Que laboró mediante contrato de trabajo verbal a término indefinido, del 21 de agosto de 2015 al 30 de junio de 2019, desempeñándose como conductor del vehículo de placas SNQ 286 de propiedad del demandado y bajo la subordinación de la demandada, en un horario de 6:00 am a 8:00 pm, de lunes a viernes y sábados hasta las 3:00 pm.
- Que como salario básico devengaba el mínimo, más el 9% de acuerdo a los viajes realizados cada mes –detalla-.
- Dice que entre el 30 de junio de 2016 y el 30 de junio de 2019 solo le realizaron los aportes en salud y pensión, y le pagaron las prestaciones sociales y vacaciones, teniendo en cuenta el salario mínimo, sin incluir el 9% del valor de los fletes de cada viaje.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Declaró probadas las Excepciones de inexistencia de la relación laboral frente a la Señora MARÍA BOTERO BOTERO, e inexistencia de la obligación de pagar la reliquidación de

prestaciones sociales e indemnizaciones. ABSOLVIÓ a los demandados de todas las pretensiones de la demanda; y condenó al demandante al pago de las Costas Procesales. Dijo la A quo que la parte activa no aportó prueba alguna de la relación laboral que invoca con la demandada, sino únicamente con el demandado, único empleador del demandante; sin que la eventual colaboración que haya recibido de parte de su cónyuge, sea suficiente para acreditar una relación laboral con esta. Frente al salario devengado por el demandante, adujo que está demostrado que recibía un SMLMV y con base en este se pagaron las prestaciones sociales, sin acreditarse acuerdo alguno de pago de un porcentaje adicional sobre el valor del flete, ni que al actor se le haya pagado porcentaje o suma adicional al salario mínimo. Y finaliza manifestando que la información registrada en el Sistema SICE-TAC es un parámetro de referencia que permite medir o calcular costos de la operación del transporte, pero no establece en forma inequívoca, el porcentaje a reconocer al conductor por concepto de remuneración.

RECURSO DE APELACIÓN DEMANDANTE.

Dice que se debe revocar la Sentencia de instancia, para en su lugar, reconocérsele a éste las pretensiones de la demanda, ya que la A quo no tuvo en cuenta la prueba testimonial obrante en el Proceso, de la que se desprende que el demandante no solo trabajó con el demandado y en los extremos probados, sino que se le debe reconocer el porcentaje del 9% por cada viaje y flete realizado, el cual no se le pagó en la liquidación de prestaciones sociales. Que con los manifiestos de carga se demostró que se le debía pagar tal porcentaje sobre los valores allí previstos. Que el demandado evadió el pago del 9% y en el interrogatorio dijo que al demandante le correspondía asumir los gastos de alimentación y hotel, sin que sea posible que un transportador que devengue un salario mínimo, asuma tales gastos; evidenciándose que se acomodó la prueba y que los testigos mintieron en favor del demandado. Que no se tuvo en cuenta la costumbre en Colombia, en cuanto que toda persona que tiene la labor de conductor, devenga el salario mínimo y un porcentaje a partir del 8% sobre el total de los fletes, siendo la misma obligatoria, así el trabajador no haya aportado la correspondiente constancia. Y finaliza argumentando que se debió verificar ante el Ministerio de Transporte –sistema SICE-TAC- la costumbre sobre el pago, ya que tal plataforma permite medir y calcular los costos del transporte de acuerdo a las características de cada viaje.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

- **Competencia:** Principio de Consonancia artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001.

- **Objeto:** Establecer cuál era el valor del salario devengado por el demandante; y si hay o no lugar a reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones causadas entre el 30 de junio de 2016 y el 30 de junio de 2019, teniendo en cuenta el porcentaje del 9% del valor de los fletes de cada viaje realizado por este. Veamos:

SALARIO.

El Código Sustantivo de Trabajo, estipula en el artículo 127:

“ELEMENTOS INTEGRANTES: constituye salario no sólo 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, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extra, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre las ventas y comisiones”. (Subraya y resalto propio).

La misma normatividad en el artículo 128, sobre los pagos no constitutivos de salario, establece que:

“No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.” (Subraya propia).

De lo anterior se concluye que para que un pago sea considerado factor salarial, se requiere que el mismo sea cancelado de manera habitual, periódica y no ocasional ni por mera liberalidad del empleador; que sea retributivo de los servicios desarrollados por el trabajador; y que constituya un beneficio para éste, generándole ingresos que le permitan enriquecer su patrimonio; elementos que resultan ser determinantes al momento de establecer si una suma pagada al trabajador puede ser considerada constitutiva de salario.

En el caso de autos, expone el apoderado recurrente que la juez de instancia desconoció que en la liquidación de prestaciones sociales, al demandante no se le tuvo en cuenta la totalidad del salario devengado, debiéndose incluir en la misma, un porcentaje del 9% sobre el valor del flete de cada viaje realizado.

Al respecto, se tiene que a fl. 24 -Archivo 01, Primera Instancia-, obra copia del reporte de movimientos del Fondo de cesantías del demandante expedido por Colfondos S.A. el 24 de julio de 2019, del que se desprende que el empleador Escobar Echeverri consignó en

favor del actor, el 11 de febrero de 2016: \$259.422; el 8 febrero de 2017: \$767.155; el 12 de febrero de 2018: \$737.717 y el 13 de febrero de 2019: \$781.242, sumas estas dos últimas que corresponden al Salario Mínimo Legal Mensual Vigente –SMLMV- para el año inmediatamente anterior a su consignación.

A folios 26 a 35 ibídem, 39 a 41 –archivo 04 ibídem- y archivo 25 ibíd., militan copias de la historia laboral del actor y de las planillas de autoliquidación de aportes, con las que se constata que durante la vigencia de la relación laboral con el mentado empleador -21 de agosto de 2015 al 2 de julio de 2019-, este realizó los aportes en pensión en favor del demandante, teniendo en cuenta un salario o Ingreso Base de Cotización –IBC- equivalente al SMLMV para cada año. A fl. 37 ibíd. obra la liquidación definitiva de prestaciones sociales del demandante, en la que se detalló como “salario base para la liquidación” el SMLMV para el 2019 -\$828.116-; aportándose a fl. 33 –archivo 04 ibídem- recibo de caja menor suscrito por el actor, en el que se detalló idéntico valor como pago por concepto de “sueldo”; anexándose entre folios 34 y 35 ibíd. documento denominado “movimiento de auxiliares” en el que se relacionan los salarios y prestaciones sociales reconocidos a los trabajadores del demandado, entre ellos el actor, por el periodo comprendido de enero a junio de 2019, detallándose un salario de \$828.116 –SMLMV-.

Y a fl. 43 obra copia de la comunicación del 15 de diciembre de 2018, suscrita tanto por el ex trabajador demandante como por el empleador, en la que se lee:

“Certificamos que el señor ORLANDO DE JESÚS ARCILA RINCÓN CC 15350679 maneja una tractomula de propiedad de Libardo Escobar Echeverri con salario mínimo mensual vigente”.

Ahora, sobre el salario devengado por el actor, los testigos aportados por este, Señor Oscar Humberto Calderón -amigo y conductor de camión- y la Señora Fanny Patiño Osorio -esposa del demandante-, respectivamente manifestaron:

P. ¿Sabe el salario pactado? R/ nosotros trabajamos por un porcentaje por viaje, a él le pagaban el 9% del total del viaje, de lo que queda del viaje, le pagaban el 9% y al final del mes nos daban un básico.

P. ¿Cuál era el básico? R/ (se queda callado) cual era el básico?, el básico, el que, el que pagaba el gobierno, a lo que estuviera, eraaaaa en esteee momentooo.

P: ¿El salario mínimo? R/ el salario mínimo, sí.

P. ¿Porque sabe que ese fue el salario pactado entre el demandante y Libardo? R/ porque nosotros **hablábamos**, éramos compañeros y ganábamos lo mismo, yo también ganaba lo mismo que ganaba él, a mí me pagaban el mínimo y me pagaban un 10%.

P. ¿O sea que lo sabe por comentarios del demandante o estuvo presente cuando se pactó ese salario? R/ nosotros sabíamos, nosotros **comentábamos** cuanto nos ganábamos, cuanto nos pagaban en la empresa... nos **comentábamos** cuanto nos ganábamos, cuanto nos gastábamos.

P: ¿En general sabe cuál es la forma en la que se le paga a los conductores de carga en otras empresas R/ el transporte de carretera, **yo diría que**, en un 90% se maneja siempre así: le pagan a uno el salario básico mensual y el porcentaje sobre la plata que produzca el carro por viaje, **yo diría** que el 90% del transporte de carga por carretera se maneja así, todas las empresas, todos los patrones.

P: ¿Usted observó cuando al demandante le estaban pagando su salario? R/ que le hubieran entregado personalmente, nunca...”.

“P. ¿Usted sabe cuál fue el pago que se contrató con don Libardo para el manejo del vehículo? R/ ... él lo llamó, pusimos el alta voz y yo escuché, don Libardo le dijo que para que trabajara con él, lo afiliaba a la seguridad social y que el pago era de la siguiente manera: un salario mínimo mensual y el 9%, sobre el flete que hacía el carro.

P. ¿Cómo le pagaban el salario? R/ vea, el salario lo que le cabo de decir, muchas veces se iba y liquidaba allá, si tenían la plata ahí se la daban, le decían: vea, esto le tocó, otras veces que no tenían la plata le decían: mañana le consigno y sí, cuando era de pronto el básico así se lo consignaban a la cuenta”.

Y los testigos de la parte demandada, Luis Fernando Betancur Pineda –conductor de tractomula del demandado-, Carlos Alberto Franco Arroyave –contador del demandado-, y Gilberto Patiño Patiño –propietario de tractocamiones-, en su orden expresaron:

“P. ¿Cuál fue el salario del demandante? R/ tampoco le sé decir, yo no le preguntaba a don Libardo como le va a pagar a fulano o a persiano, simplemente yo hablé a nombre mío lo que acordé con don Libardo...”

P. ¿Usted no conoció el salario del demandante? R/ no, yo no le puedo decir de él, a mí me pagaban el mínimo, demás que a él era la misma cosa.

P. ¿Cuál fue su salario? R/ desde un principio don Libardo me dijo que iba a devengar el mínimo...”.

“P: ¿Sabe cuál era el pago que el demandante recibía? R/ el mínimo.

P. ¿Siempre recibió el mínimo o en algún momento hubo una variación? R/ no, siempre fue el mínimo, en el registro de cuenta siempre fue el mínimo y la seguridad social siempre fue sobre el mínimo.

P. ¿En las declaraciones, alguna vez se ha anotado algún reconocimiento en favor de los conductores que no sea el mínimo? R/ no, solo tuvimos algún registro cuando le daban viáticos o gastos de transporte en algunas ocasiones”.

“P. ¿Conoció cuál era el salario del demandante? R/ no señora, nunca lo llegué a conocer.

P. ¿Usted cómo le paga la asignación salarial a su trabajador? R/ se le está dando un sueldo mensual del mínimo y también se incluye la prima, seguridad social y prestaciones.

P. ¿Usted reconoce un porcentaje del producido del vehículo o de fletes? R/ no señor, en este momento no.”.

Conforme a lo anterior, si bien se demostró fehacientemente en el Proceso que el demandante devengaba la suma de un SMLMV como la remuneración básica mensual, no desconoce la Sala la posibilidad de que en efecto sea costumbre mercantil que los transportadores de carga devenguen además del salario básico, una suma adicional en forma habitual y periódica, lo cual resulta lógico, dada la gran responsabilidad que éstos asumen con su trabajo; pero también es cierto que el Juez no puede proferir condenas basado en simples elucubraciones o suposiciones por lógicas que ellas parezcan; es necesario que se aporte la prueba idónea que permita confirmar esas hipótesis; y en este caso era el actor quien tenía la carga de probar los hechos en que basó sus pretensiones, conforme lo dispone el artículo 167 del C.G.P aplicable por analogía al Procedimiento laboral. Y es que sobre el supuesto acuerdo entre las partes contratantes en relación con el pago de un determinado porcentaje sobre el valor del flete o viaje reconocido a su empleador por la empresa usuaria o contratista, conforme a los manifiestos de carga obrantes a folios 38 a 214 -archivo 01, Primera instancia-, lo cierto es que la prueba

testimonial no brinda suficiente convicción al respecto, pues si bien los testigos del demandante expresaron que a este se le pagaba un porcentaje del 9% del total del viaje, el señor Calderón es un testigo de oídas, pues lo que informó obedeció según él a conversaciones que dijo sostener con el actor; y la señora Patiño Osorio, dada su calidad de cónyuge del mismo, es lógico que tenga un interés en el resultado del Proceso, lo que implica que su declaración deba ser valorada con mayor rigor, y al no haber otra prueba precisa que permita corroborar sus dichos, no resulta suficiente para proferir condena en tal sentido. Y los testigos de la Parte demandada, nada dijeron sobre ese valor adicional.

Ahora, en relación con el Sistema SICE-TAC-, se tiene que la Parte actora no aportó prueba alguna al respecto, y consultada la información publicada en la página web del Ministerio de Transporte -<https://www.mintransporte.gov.co/publicaciones/4462/sice-tac/>-, se aprecia que tal Sistema establece información sobre tarifas y “costos de la operación de transporte, de acuerdo a las características propias de cada viaje: tipo de vehículo, tipo de carga, origen/destino, horas estimadas de espera, cargue y descargue”, pero no sobre el salario o remuneración de los servicios de los conductores.

Y finalmente, respecto a la supuesta costumbre comercial sobre el pago de los transportadores, el Art. 179 del C. de Comercio regula la manera como se debe y puede probar la misma en el ámbito nacional, prueba ésta que se echa de menos en el presente Proceso.

Consecuente con lo antes expuesto, no hay lugar a la pretendida reliquidación.
CONFIRMA Absolución.

Costas Procesales de Segunda Instancia a cargo del demandante por haber resultado vencido en el recurso y en favor de los demandados. Agencias en derecho: 1 SMLMV distribuido entre ambos.

En mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

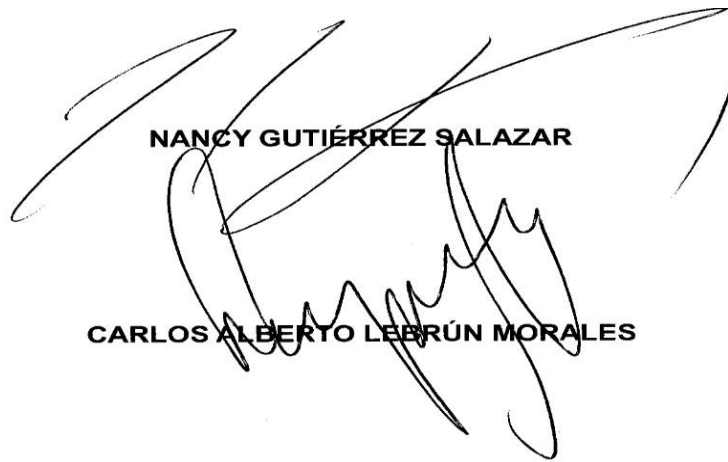
DECIDE

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Itagüí, el 28 de julio de 2021, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por el señor **ORLANDO DE JESÚS ARCILA RINCÓN** en contra del señor **LIBARDO ALFREDO ESCOBAR ECHEVERRY** y la señora **MARÍA BOTERO BOTERO**, según las razones expuestas en la parte motiva de esta Providencia.

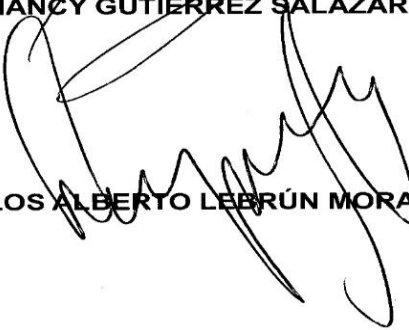
SEGUNDO: Costas Procesales de Segunda Instancia a cargo del demandante y en favor de los demandados. Agencias en derecho: 1 SMLMV distribuido entre ambos.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO** y se firma en constancia.

Los Magistrados;



NANCY GUTIÉRREZ SALAZAR



CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES



MARÍA EUGENIA GÓMEZ VELÁSQUEZ