



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA – LABORAL.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO

Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020)

Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en acta N°29

Radicación N° 44-430-31-89-001-2017-00066-01. Proceso Ordinario Laboral. AMERICA ESTHER ALFARO DIAZ contra SEGURIDAD EL PENTAGONO COLOMBIANO- SEPECOL LTDA

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1° y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia dictada en audiencia pública por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Maicao, La Guajira, verificada el veintiocho (28) de agosto del dos mil diecinueve (2019).

ANTECEDENTES.

1.1. La demanda

Por intermedio de apoderado judicial, la señora América Esther Alfaro Díaz promovió demanda contra Seguridad El Pentágono Ltda. –SEPECOL- y solidariamente Carbones del Cerrejón Limited, indicando que entre ambos sostuvieron contrato de trabajo a término fijo inferior a un (1) año para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios generales, realizando funciones de cocina, aseo, entre otros, en el campamento La Rosita ubicado en el complejo carbonífero del Cerrejón, ubicado en Albania- La Guajira, desde el tres (3) de abril de dos mil diez (2010), prorrogado sin solución de continuidad, hasta el treinta (30) de junio de dos mil catorce (2014); que el contrato terminó presuntamente sin justa causa por parte del empleador, aclarando que únicamente aquel fundamentó obedeció a la terminación del contrato No. 046/2008 convenido con Carbones del Cerrejón Limited, resaltando que no

perteneció a ningún sindicato y que la demandada no le facilitó el servicio de transporte.

En relación con la solidaridad de la codemandada manifiesta que ésta se benefició de las labores desempeñadas por la ex trabajadora y que la parte débil de la relación laboral nunca suscribió contrato por obra o labor contratada.

Alega que durante la relación y especialmente en el momento de liquidar sus prestaciones, la empresa no tuvo en cuenta el salario promedio y en especie devengado, menos los elementos integrantes de éste, especialmente el auxilio de transporte, de ahí que depreque además de la declaración de existencia del vínculo laboral, reconocimiento de salario efectivo variable y en especie, sumada reliquidación de prestaciones con esos aspectos que alega como factores sobre el auxilio de cesantías, intereses sobre estas, vacaciones, primas de servicio, auxilio de transporte, incluyendo indemnización por terminación unilateral sin justa causa, indexación de las sumas que eventualmente lleguen a reconocerse, indemnización del artículo 99, numeral 3° de la Ley 50 de 1990 y sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, amén de costas a sus contradictoras.

2.2 LA SENTENCIA APELADA

El Juez de conocimiento profirió sentencia en la que **DECLARÓ** que probadas las excepciones de “*inexistencia de las obligaciones demandadas*”, “*cobro de lo no debido*” y “*buena fe del empleador*” y, en consecuencia **absolvió** a la demandada SEPECOL Ltda., y en consecuencia **CONDENÓ** en costas procesales a la parte demandante por la actividad desplegada en ese grado de conocimiento, fijando la suma de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes (2 s.m.l.m.v.), por último ordenó la consulta ante el superior, en caso de que no fuera apelado el fallo.

2.3 RECURSO DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria de la sentencia de primera Instancia, el apoderado judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación manifestando que:

“Consideramos que, no se tuvo en cuenta el acervo probatorio que se presentó, en cuanto al tipo de contrato que venía rigiendo para la calidad de mi representada como trabajadora de servicios generales, en calidad

de que ese tipo de contrato fue de término fijo, que inicialmente fue prorrogado, incluso hasta la séptima prórroga, de modo que, la prórroga que venía adelantándose era por carácter de un año, que nunca logró desvirtuar, incluso la empresa, si bien todos conocimos una convención, no prueba un depósito, no prueba de que mi cliente haya sido parte del sindicato que firmó dicha convención. No se logra probar ni siquiera dentro de los soportes de pago, de que mi cliente haya recibido algún descuento con ocasión a la presunta convención que estaba siendo beneficiada. Además de que el mismo artículo 53 de la constitución nos dice que por ningún motivo podemos transar, pactar o ceder, derechos fundamentales del trabajador por lo tanto solicito al tribunal que revoque y conceda a favor de mi cliente el despido sin justa causa, toda vez que ella se encontraba con un contrato a término fijo por un año y que fue interrumpido de manera abrupta por la empresa SEPECOL y que a su vez la empresa CERREJÓN no tuvo la vigía respecto la modalidad en la cual venía ella desarrollando sus actividades. Además de que, como ya manifesté, no sólo no se liquidó sino que al no ser parte mi cliente del sindicato, tampoco hay acerbo probatorio que nos lleve a entender de que se le debía aplicar por extensión la convención colectiva, luego entonces no es de recibo dar por probado que el contrato de mi clienta era de Obra/Labor, cuando lo que sigue está latente y palpable es que mi clienta manifieste incisivamente que ella lo que concedió, contrató o celebró, fue un contrato de término fijo.

Además tampoco es de recibo cuando el juez afirma, que habiendo escarbado, se hace una mala interpretación de la norma cuando dice que es válido en contrato verbal, y sí es válido en contrato verbal en materia del derecho laboral pero no para este tipo de contratos como es el de labor y obra, porque el contrato labor y obra debió haber sido escrito y por lo menos mediado algún consentimiento donde mi clienta mostrara la aceptación de ese tipo de contrato a pesar de que hubiera sido con ocasión a la convención, que incluso mi clienta manifiesta y todas las que atestiguaron indican, que en efecto ella se enteran es con ocasión al despido, cuando ya la empresa los está desvinculando. No es de recibo entonces entender o llegar a la conclusión de que ellas ya sabían, además, el juzgado no podía desviar la posición de debilidad manifiesta y la posición subordinante que ejerce la empresa dado las calidades económicas que le asisten a mi clienta y el factor económico que le asiste a la empresa propiamente.

Por otra parte cuando hablamos en materia de auxilio de transporte, si bien es cierto hay una causal que indica dentro del contrato y atendiendo la norma que trae a colación el despacho, creo que se hace una mala interpretación porque se está olvidando que quedó probado, no sólo que el domicilio de mi clienta era en Valledupar, sino que también ella no vivía en el lugar de trabajo, ella se alojaba durante los días que venía desempeñando sus funciones y una vez cesaba su descanso, ella tenía que recurrir a desplazarse a su domicilio o residencia la cual era en Valledupar. No obstante, no es de recibo cuando el mismo juez, indica, que incluso hasta confunde cuando indica de que el auxilio de transporte procede para personas que no devengan más de dos salarios mínimos, la cual calza perfectamente para la calidad de mi clienta, además, cuando en efecto no importa la variación del desplazamiento, lo que realmente importa es que el empleado tenga que desplazarse del trabajo a su casa, mi clienta sí se desplazaba una vez terminaba la jornada o el turno que le habían designado CERREJÓN Y SEPECOL. En consecuencia, en cuanto a la responsabilidad solidaria, considero que ésta llamada a prosperar y que no se tuvo en cuenta porque en principio CERREJÓN está en la obligación de haber adelantado esas actuaciones, tanto así que quedó demostrado con el testimonio que ellos trajeron a colación del señor Gustavo, de la señora Rosa cuando ellos explican que dadas las circunstancias de seguridad que le asistían para ese momento a la empresa, era necesario e inminente que estuviera vigente el tipo de contrato de vigilancia, pero por defecto cuando ellos elaboran o circunscriben contrato de vigilancia, que ellos le llaman así, uno se encuentra en la contestación del CERREJÓN que admiten incluso que dentro del objeto y del alcance del contrato que mostraron hoy a colación mercantil que es el 046 del 2008 y dice: “el contratista se obliga bajo su plena responsabilidad técnica y objetiva a prestar los servicios de entrega de alimentos, café, aseo, mantenimientos de equipos e instalaciones incluyendo todas las actividades indispensables, inherentes y accesorias, además de que olvida tajantemente CERREJÓN el objeto Contractual, el objeto de la cámara de comercio que a ellos le asiste, cuando tajantemente le indica de que todos los contratos que ellos circunscriban para asegurar las funciones de acuerdo al literal F) que se encuentra en folio 171 de la cámara de comercio que aporta cerrejón se indica qué: todos los negocios y actividades comprendidas en el objeto social de la compañía pudiendo por tanto celebrar toda clase de negociación, actos, contratos etc. Necesarios o convenientes para luego de los fines indicados, luego entonces quedó

tajantemente probado, que el contrato suscrito con mi cliente era justo y necesario para garantizar la actividad que ella venía desarrollando. De modo que, en el contrato 046 del 2008 en caso de que incumpliera SEPECOL con la entrega de los alimentos o incumpliera SEPECOL con la entrega del alojamiento o el adecuado estado del alojamiento de la alimentación era causal de penalidad como te había mostrado en la etapa de pruebas.

Además de que incluso se deja constancia en el mismo contrato 046 del 2008, que aporta CERREJÓN en la pág 36, 37 y 38 del contrato de la referencia, se indica que el incumplimiento de este tipo de obligaciones como era el carácter de contrato de mi clienta, generaba directamente la anulación o la celebración de este contrato. De modo que, con esto quiero decir, la responsabilidad civil está llamada a prosperar porque, quedó probado, primero, que el contratante beneficiario que era CERREJÓN contrató directamente a SEPECOL para que realizara una actividad que no era ajena a su objeto social, que más bien lo necesitaba, y hoy no me puede decir CERREJÓN que no es responsable solidario porque simple y llanamente le pagó a SEPECOL, por el contrario, la responsabilidad solidaria lo agota a que verifique y realice una vigilancia del correcto pago de las prestaciones sociales y de los salarios a los cuales tenía derecho de cada trabajador la cual se sirvió. Además, en cuanto a la terminación sin justa causa es pertinente y en cuanto a materia de la reliquidación de las prestaciones sociales, es pertinente, es necesario que se modifique y se declare a favor de mi clienta, toda vez, que en principio quedó demostrado, ratificado en el mismo contrato 046 del 2008 donde el CERREJÓN le ordena a SEPECOL suministrar comida y alojamiento a todos los empleados que hagan parte del proceso toda vez que la misma señora Mara mediante testimonio indica que se les entregaban los alimentos, las tres comidas y el alojamiento a cada uno de los trabajadores durante el tiempo que estuvieran desempeñando sus funciones. Entonces hoy no me puede decir el despacho de que haciendo una mala interpretación del código laboral cuando me define el salario, entonces se va a exigir, si bien es cierto hay una cláusula de salarización pero es para estas cosas que por ningún motivo y de ninguna manera están llamadas a ser salario pero en estas circunstancias queda plenamente probado que para qué trabaja una persona, para asegurar su alimento y su alojamiento, entonces, lo que le estaban dando en materia financiera en salario mínimo, casi que se asemejaba de forma directa como quedo evidenciado en la prueba pericial

al valor que ellos estaba suministrándoles de manera en especie, es decir, cuando la norma me hace una interpretación el 127 y dice: constituye salario no sólo la remuneración ordinaria que le venían dando en el salario mínimo sino que también la variable y la fija que en este caso era la fija porque desde el mismo día que ingresó mi clienta hasta el 30 de junio del 2014 ella percibió de forma reiterativa, permanente y constante su alimento y su alojamiento y dice el mismo artículo 127, “sino todo lo que recibe en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, no importa el tema de la cláusula cuando nosotros queremos enmascarar, maquillar o disimular, porque si bien es cierto, alguien se estaba sirviendo y era SEPECOL, ya que estaba omitiendo el pago correcto de las prestaciones sociales a mi cliente y estaba eludiendo el pago a la seguridad social, luego entonces si alguien estaba beneficiándose y lucrándose era la misma contratista, no es de recibo entonces que le digan que era a título gratuito y no era a título gratuito Tribunal, solicito que lo tengan en consideración cuando vayan a resolver este recurso, toda vez que, no podemos alegar, de hecho hay sentencia la SL 216 del 2016 ha dicho en forma reiterativa y hay un precedente que me indica, que el salario en especie, llámese como se llame o cualquier tipo de reconocimiento salarial no puede ser enmascarado bajo un título para maquillarlo y evadirlo, además, cuando entramos a estudiar el salario en especie que mi cliente dejó de percibir de manera reiterativa, y se analiza la cláusula de desalarización que traen a colación el juez, no se analiza puntualmente cuál era la razón o cual era el objeto, solamente colocaron que se desalarizaba, pero si uno entiende de manera más precisa, de acuerdo con el mismo que elaboró el contrato, avizoraba que ese tipo de prestación tenía vocación de salario, entonces tampoco le recibo decir que actuaron de buena fe, y como le entregaron noventa y cinco mil pesos (\$95.000 pesos) según ellos de extra o de agregado en materia de liquidación, entonces zanjaron ya, la deuda que venían realizando cuando venían omitiendo desde el mismo día que entró mi cliente desde 3 de abril del 2010 hasta el 30 de junio de 2014. El pago correcto del auxilio de transporte, el pago correcto de las prestaciones sociales, el pago correcto de las cesantías, la liquidación adecuada que correspondía para materia de seguridad social que va a ser reflejada de manera negativa en cuanto mi cliente tome la decisión de pensionarse porque aun habiendo trabajado con un salario se va a tener que ver en la necesidad de referir su pensión con ocasión a otro, porque simple y sencillamente ha sido burlado. No se ha atendido ni siquiera el principio de favorabilidad que le asiste. Además,

dejo en claridad que la carga de la prueba no estaba en el accionante, la carga de la prueba estaba en la demandada, ya que la carga probatoria de demostrar a cabalidad el pago correcto era de la demandada, entonces no le recibo cuando me dicen que dentro del acervo probatorio y del expediente, está plenamente corroborado el pago, cuando la relación que indica SEPECOL en donde hace una redacción pero no tiene ni siquiera un timbre, hacen una redacción de unos nombre y unos valores pero que en ningún momento hay un sello que indique que tenga alguna validez. Así mismo solicito al tribunal que tenga en cuenta para resolver el recurso de apelación, que incluso dentro de la misma liquidación, no me pueden decir que como le liquidaron con ocasión y le zanjaron el auxilio de transporte en la liquidación entonces es una presunción que durante el resto de tiempo de meses que trabajó mi clienta había recibido el auxilio de transporte. No basta con decir que se pactó en el contrato que le iban a entregar el auxilio de transporte como para decir que ella lo recibió, cuando ella en efecto está diciendo, “nunca lo recibí”. Además cuando miramos el alcance de los servicios del contrato 046 del 2008, estaba también proteger los servicios generales, luego entonces era deber del mismo CERREJÓN y de la misma contratista cumplir y proteger los derechos laborales que le asisten a mi clienta.

Luego entonces lo que solicito puntualmente dentro de este recurso de apelación es que se declare favorablemente que el contrato de trabajo de mi clienta era de término fijo y que por defecto ella está llamada a ser indemnizada porque en ninguna parte, como justa causa cabe traer a colación una convención que incluso es hasta atentatoria y violatoria de los derechos de mi clienta. Además se está olvidando de algo, que el artículo 18 del CST que dice que mi clienta no está obligada a asumir las pérdidas de la empresa, si SEPECOL perdió el proceso del contrato de había suscrito durante varios años con CERREJÓN, mi clienta no tenía por qué asumirlo, máxime cuando SEPECOL no le compartía de las utilidades que había devengado con ocasión al contrato que había adelantado.

Por otra parte quiero dejar a colación que no se debe dar por probado esa buena fe, la cual se está hablando y precaviendo para exonerar de la sanción moratoria por el pago incompleto de las cesantías porque nadie puede lograr su propia culpa. Cuando yo encuentro de que el mismo SEPECOL establece una cláusula de desalarización a sabiendas que el CERREJÓN dentro del contrato 046 del 2008 le había dicho, “SEPECOL

contratista usted tiene que pagarle las prestaciones sociales debidamente a los empleados que usted vaya a vincular entonces no le podemos festejar tanto a SEPECOL la hazaña de haber desalarizado a través de una cláusula y así mismo aplaudirle o festejarle a CERREJÓN cuando incumplió en la verificación del correcto cumplimiento de los conceptos de prestación social y de salarios que le concernían a mi clienta como trabajadora directa. A demás de que si alguien se ve beneficiado y ejerció subordinación directa respecto de las labores que desempeñó mi clienta fue CERREJÓN. Toda vez que dentro del mismo contrato 046 del 2008 ratificado por el testimonio del señor Gustavo y de la señora Rosa, de que ellos hacían verificación constante tanto de los horarios como de los alimentos como de las actividades que venían realizando entonces cerrejón no se puede salir de la tangente y decir “que esto no es conmigo” por el contrario lo que está solicitando mi clienta y lo que rogamos y suplicamos es que nos asistan justicia que se aplique el principio de favorabilidad que se indague de manera juiciosa el expediente verificando no solamente las pruebas que traemos a colación sino el conjunto de acervo probatorio, entendiendo que el mismo contrato 046 de 2008 y la misma contestación de la demanda que realiza CERREJÓN cuando indica el alcance del contrato, demuestra da buena fe de que en efecto la labor que desempeñaba mi cliente era directa, necesaria para realizar el objetivo principal de la cámara de comercio que le asiste a cerrejón”.

ALEGATOS DE CONCLUSION.

i.- Apoderada judicial de la parte demandante (cfr. los folios 22-26)

Alegó de conclusión, en síntesis, que si bien el juez de primera instancia señaló que la demandante suscribió contrato a término indefinido, aceptando la variación del mismo a obra o labor conforme a los argumentos deprecados por la demandada, aplicando la convención colectiva 046/2008, dicha convención es inaplicable para su defendida, por cuanto no existe prueba en el plenario que dé cuenta que la señora América Alfaro perteneciera al sindicato.

Agrega que a la demandante no se le liquidó el contrato a término fijo con la suscripción de la convención colectiva; y que durante la relación laboral firmó un único contrato el cual reposa en el expediente de modo que al estar vigente el contrato a término fijo y no mediar un oficio de no

prorroga, ni una causal que justifique la terminación del contrato procede la indemnización sin justa causa en favor de la demandante.

Respecto al auxilio de transporte alega que es un emolumento de tracto sucesivo el cual debe ser cancelado mes a mes a los trabajadores que no devengan más de 2 salarios mínimos, circunstancia en la que se encontraba la señora América Alfaro, por lo que reitera en este caso no hay excepción, por cuanto si bien pernoctaba en el lugar de trabajo durante sus turnos, no es menos cierto que al culminar los mismo debía desplazarse a su residencia en Valledupar.

Culmina aduciendo que del plenario quedo debidamente establecido que el alojamiento y la manutención fue otorgada por las demandadas en especie de manera habitual, de modo que debió ser tenida en cuenta al momento de realizar la liquidación de las cesantías, primas y vacaciones; y que se desconoció la responsabilidad solidaria, pese a que entre el objeto social de Cerrejon LTDA se encuentra en el literal F “Todos los negocios o actividades comprendido en el objeto social de la compañía, pudiendo por tanto celebrar toda clase de negociaciones, actos, contratos, etc. Necesarios o convenientes para el logro de los fines indicados”, actividad que es conexas con el servicio que desempeñó la demandante desde el 2010 hasta el 30 de junio de 2014.

ii.- Apoderado judicial de la parte demandada (cfr. los folios 31 – 33)

En síntesis, expuso que las aseveraciones realizadas por la parte actora no están llamadas a prosperar, dado que son contrarias a los estipulado en el art. 34 del CST y no tienen respaldo jurisprudencial ni doctrinal, además la demandante no fue contratada para prestar servicio de vigilancia a Cerrejón, sino para encargarse de los alimentos al grupo de trabajadores de SEPECOL que se encontraban concentrados en el campamento La Rosita durante sus turnos de trabajo.

En cuanto a la supervisión de actividades que hacia Cerrejón, expuso que la aludida no está demostrada. Tampoco existe jurisprudencia que determine que allí se pueda deducir responsabilidad solidaria.

Concluyó aduciendo que del pacto de exclusión salarial claramente se tiene que los beneficios recibidos por la demandante no se tendrían en cuenta como factor salarial; y que se demostró que el dictamen para

valorar esos beneficios no cumplió su cometido pues tenía sendos errores manifiestos para su respectiva valoración.

CONSIDERACIONES.

1. Presupuestos procesales.

Del estudio del plenario se determina que los requisitos indispensables para su formación y desarrollo normal representados en la demanda en forma, competencia del funcionario judicial y capacidad de las partes tanto para serlo como para obrar procesalmente, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite decidir de fondo mediante una sentencia de mérito, ya que tampoco se vislumbra causales de nulidad que invaliden lo actuado.

2. Problemas jurídicos.

Se conoce el proceso en segunda instancia por apelación formulada por la apoderada judicial de la parte demandante, lo que otorga competencia al Tribunal para revisar únicamente los puntos de inconformidad expuestos por el apelante único respecto de la sentencia de primera instancia.

En el presente caso se discute la existencia de la relación laboral entre las partes pues la parte demandante asevera que el contrato que la unió con la demandada fue un contrato a término fijo, mientras que la parte demandada arguye que el contrato fue de obra o labor contratada, de manera que corresponde a la Sala dilucidar: 1) que tipo de contrato suscribieron las partes en contienda, para ver si procede la indemnización por despido injusto, 2) Si hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales aducidas, atendiendo que no se tuvo en cuenta el auxilio de transporte, 3) si hay lugar a la condena de sanción moratoria consagrada en el art. 65 del C.S.T y Ley 50 de 1990 y 4) si procede la solidaridad solicitada.

Contrato de Trabajo.

La parte demandante en su recurso de apelación expresa que no es posible tener en cuenta la convención colectiva aportada por la demandada, porque la misma *“no prueba un depósito, no prueba de que mi cliente haya sido parte del sindicato que firmó dicha convención”*, por

lo que el juez de primera instancia no debió tener como prueba para llegar a la conclusión que el contrato de trabajo suscrito por el actor y la demandada había sido de obra o labor contratada. Por lo que antes de estudiar el contrato de trabajo suscrito interpartes, se le hace necesario a la Sala analizar la convención colectiva aportada por la demandada a folios 142 a 164 del expediente.

Requisitos de las Convenciones Colectivas.

Al efecto el art 469 del Código Sustantivo del Trabajo, reza que: *“La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes, y uno más que se depositará en el Departamento Nacional del Trabajo, a más tardar dentro de los 15 días siguientes a su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto.”*. Esto es, que la mencionada norma establece la exigencia del documento escrito contentivo de todos los términos de la Convención Colectiva, depositado oportunamente en el hoy Ministerio de Protección Social, para acreditar la existencia y la validez de la misma. Criterio que ha sostenido la jurisprudencia laboral, es así que en sentencia del 4 de diciembre de 2003, la Corte Suprema de Justicia, se expresó de la siguiente manera:

“No puede acreditarse en juicio la existencia de una Convención Colectiva como fuentes de derechos para quien la invoca en su favor sino aduciendo su texto autentico y el del acta de su depósito oportuno ante la autoridad laboral, o cuando menos para este último mediante certificación de dicha autoridad sobre el hecho de haberse depositado dentro del plazo hábil la Convención.

“Si tal prueba no se allega al proceso de manera completa, no puede el sentenciador dar por demostrado en un juicio que hay una Convención Colectiva del Trabajo, ni menos aún recordar derechos derivados de ella en beneficio de cualquiera de los contendientes. Y si llega a reconocer la existencia de aquella sin que aparezca en autos la única prueba legalmente eficaz para acreditarla, comete error de derecho, y, por ese medio, infringe las normas esenciales que conceptúan cosa distinta”. (Sala de Casación Laboral, radicación 21042).

Es así que de antaño, la jurisprudencia de la Sala Laboral del H. Corte Suprema de Justicia, ha entendido la exigencia consagrada en la norma

legal no solo como una formalidad, sino además, como un requisito asociado estrechamente a la existencia misma del convenio colectivo de trabajo, no tanto por blindar con mayores garantías los derechos de los trabajadores beneficiarios de la convención, como sí por la necesidad de revestir de certeza ante las partes y frente a terceros la existencia del acto y la correlativa generación de efectos del mismo.

Al respecto, vale la pena recordar lo dicho por esa Sala, en sentencia CSJ SL8718-2014: *“En cuanto a la aplicación que reclama la acusación, en este caso de los postulados constitucionales de prevalencia del derecho sustantivo y de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, debe decirse que no es válido invocar estos principios para suplir la falta de una exigencia prevista por la ley como condición imprescindible del acto solemne para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, pues la razón de ser de este medio de prueba es precisamente dar certeza a las partes y a terceros sobre la existencia del acto, y su consecuente generación de efectos, precisamente con el propósito de garantizar sus derechos, de manera que la ausencia de una exigencia requerida para la validez de un acto no puede identificarse como un problema de conflicto de normas, de interpretación de las mismas o simplemente de una formalidad superflua, pues se trata de un asunto de derecho probatorio”*.

Y mediante providencia del 16 de mayo de 2001, radicación 15120, fue enfática la H Corte al señalar: Radicación n.º 64611 16 *“[...] al ser la convención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual, si se le aduce en el litigio del trabajo como fuente de derechos, su acreditación no puede hacerse sino allegando [...], así como el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo. En conclusión, el que no aparezca la nota de depósito oportuno del acuerdo colectivo ante el Ministerio del Trabajo, pues el demandante se limitó a allegar un folleto del texto convencional (folios 16 a 17), circunstancia que no discute el recurso, impide verificar si el depósito fue hecho o si lo fue de manera oportuna, esto es, “a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma”, para acreditar así la existencia y validez del mismo,*

aspectos jurídicos que debían ser analizados por el Tribunal, lo que excluye la supuesta transgresión al principio de consonancia. De otro lado, como también la censura alega que el artículo 54 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en cuanto dispone que la copia simple de la convención colectiva tiene plena validez sin hacer excepción acerca de si la convención va acompañada o no de la nota de depósito, debe igualmente ponerse de presente que no incurrió el tribunal en el yerro que se le imputa”.

En conclusión se afirma, porque en primer lugar, el depósito de la convención colectiva es un requisito exigido por el artículo 469 del Código Sustantivo del Trabajo, para que dicha convención produzca efecto, como ya quedó dicho; y segundo, porque el artículo 54 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, al disponer que deben reputarse auténticas las copias simples, entre otros documentos, de las convenciones colectivas de trabajo, no derogó el citado requisito del depósito. Una cosa es los requisitos que deben tener ciertos instrumentos para que puedan producir efectos probatorios; y otra, muy distinta, es que a dichos instrumentos se les haya quitado la exigencia de la autenticidad o de la originalidad, de manera que copia simple de ellos se reputen auténticos.

En otras palabras, la copia simple de un convenio colectivo debe contener la constancia de su depósito, por lo que si el Ministerio del Trabajo, por ejemplo, a través de la oficina correspondiente, expide copia de una convención colectiva con su nota de depósito, las reproducciones fotostáticas de ella se reputarán auténticas, pero sin que pueda obviarse la constancia del depósito.

Revisado el expediente, se encuentra a folios 142 a 164 del expediente. la convención colectiva de trabajo aportada en copia simple por la parte demandada, en donde brilla por su ausencia la nota de depósito del acuerdo colectivo ante el Ministerio del Trabajo, lo que impide verificar si el depósito fue hecho o si lo fue de manera oportuna, esto es, “*a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma*”, para acreditar así la existencia y validez del mismo, o cuando menos para esto último una certificación de dicha autoridad que la convención fue depositada dentro del plazo hábil, tal como lo prescribe el art ARTICULO 469. Del C.S.T. “*La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se*

extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto”

Esa convención sin la nota de depósito no producen ningún efecto tal como como lo ha venido de antaño sentando la H. Corte Suprema en su Sala Laboral, pues la misma tiene el carácter de un acto solemne, su acreditación está sujeta a que se demuestre que se cumplieron los requisitos exigidos por la ley para que se constituya en un acto jurídico válido, con poder vinculante, de manera que si tal documento no se aporta al proceso de manera completa no podrá el juez del trabajo concluir que se acreditó la existencia de la convención colectiva y consecuentemente le está vedado reconocer eventuales derechos acordados a través del trámite de la negociación colectiva.

Dilucidado lo anterior, encuentra la Sala que entre las partes en contienda se verificó un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, tal como se prueba a folio 113 del expediente, desde el 3 de abril de 2010 hasta el 2 de julio de 2010 por 3 meses, pues la convención colectiva suscrita entre Sepecol y Sintracarbon no puede ser tenida en cuenta porque no reúne los requisitos del art. 469 del C.S.T., tal como quedó explicado en líneas anteriores, por lo que no es posible afirmar que el contrato a término fijo firmado por las partes, paso a ser de obra o labor contratada.

Indemnización por despido injusto.

Al establecer la Sala que el contrato suscrito interpartes fue a término fijo inferior a un año, revisara si hay lugar a la indemnización por despido injusto que reclama el actor

3 de abril de 2010	2 de julio de 2010	\$515.000
1 prorroga	2 de julio de 2010	2 de octubre de 2010
2 prorroga	2 de octubre de 2010	2 de enero de 2011
3 prorroga	2 de enero de 2011	2 de abril de 2011

--	--	--

Después de esas prorrogas que da la ley art 46 del C.S.T., el contrato se renovó automáticamente por un año así.

2 de abril de 2011	2 de abril de 2012
2 de abril de 2012	2 de abril de 2013
2 de abril de 2013	2 de abril de 2014
2 de abril de 2014	2 de abril de 2015

La demandada termino el contrato el 30 de junio de 2014, pero el mismo ya se había prorrogado hasta el 2 de abril de 2015, deviene la indemnización por despido injusto solicita en la demanda, en cuantía de \$5.906.541

Reliquidación de prestaciones sociales.

El juez de primera instancia consideró que a la ex trabajadora no le quedaron adeudado dinero alguno por concepto de reliquidación de prestaciones sociales, pues a su juicio, el servicio de transporte fue prestado y dicho auxilio fue incluido en la liquidación final de prestaciones sociales.

En lo que tiene que ver con la reliquidacion de las cesantías e intereses de las mismas deprecadas en la demanda por no haberse tenido en cuenta el auxilio de transporte como factor para liquidar estas y el salario promedio devengado, se considera que efectivamente, fue la Ley 15 de 1959 la que introdujo el auxilio de transporte como una obligación a cargo de los patronos y luego, a partir de la expedición de la Ley 1ª de 1963, éste auxilio se consideró incorporado al salario para efectos de prestaciones sociales.

Ahora bien, tal y como lo señala el artículo 4º de la Ley 15 de 1959, los empleadores pueden prestar directamente el servicio de transporte gratuito a sus trabajadores, evento en el cual, quedan exonerados del pago del auxilio monetario al trabajador.

Para dilucidar el interrogante jurídico planteado, y luego de realizar la interpretación del artículo 7 de la Ley 1ª de 1963, se considera que el fin de la norma fue crear una ficción legal, en aras de dar el carácter de factor salarial al auxilio de transporte, para efectos de liquidar prestaciones sociales, es decir, que se requiere como presupuesto

necesario para aplicar la norma en cita, que el trabajador tenga derecho al auxilio de transporte, y si tal presupuesto es satisfecho, surge consecuentemente la obligación patronal de tenerlo como factor salarial.

Y ello es así, porque frente a la obligación del empleador de auxiliar el valor que su trabajador invierte en el transporte, la Ley, tal como se expresó anteriormente, le ha dado dos opciones, pagar un valor monetario o prestar directa y gratuitamente el servicio, sin que esta última alternativa conlleve a la exoneración de incluir su valor real en la liquidación de las prestaciones sociales.

Acudiendo a un precedente jurisprudencial, la H. Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Laboral, sentencia de junio 30 de 1989, ha determinado que la Ley 1ª de 1963, creó una ficción legal, al entender incorporado al salario el auxilio de transporte, lo cual se hizo en los siguientes términos:

“(...) cuando el artículo 7º de la Ley 1º de 1963 le ordena incorporar al salario (...) para efecto de liquidar prestaciones sociales, lo que está es consagrando una ficción para efectos precisos y determinados. No se modifica así el carácter ex trasalarial del auxilio de transporte pues, por el contrario lo confirma. Como excepción que es, tiene que interpretarse restrictivamente pues es solo un privilegio que debe ceñirse a sus propios casos”.

De esta manera, resulta indiferente para efectos de aplicar el aludido artículo 7º de la Ley 1º de 1963, que el empleador auxilie el transporte en dinero o en servicio. Así, si existe la obligación patronal de reconocer el auxilio de transporte, existe igualmente el deber de tenerlo como factor salarial para efectos precisos y determinados: liquidar prestaciones sociales.

En el sub lite, se tiene que la demandante asevera que la demandada no le canceló el auxilio de transporte durante la relación laboral, hecho que difiere la demandada, pues en su contestación manifestó que la empresa demandada otorgó el auxilio de transporte a la actora a través de servicio gratuito con la intervención del parque automotor que posee la empresa.

Para probar la razón de su dicho, la demandada aportó el contrato de prestación de servicios No. 00462008 celebrado entre CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED y la empresa SEFURIDAD EL PENTAGONO

COLOMBIANO LTDA SEPECOL, en el que se observa a folio 131 a 141, su cláusula 11.1, la cual reza: “*Campamento para alojamiento del personal del contratista*”, dejándose sentada en ella, que el CERREJÓN suministrará al contratista, sin costo para aquel y a título de comodato, un campamento ubicado aproximadamente a 1 kilómetro del acceso principal a la Mina, para el alojamiento del personal directamente vinculado a la prestación de los servicios ...” y en su cláusula 10.3, se relacionan los medios de transportes, aparte normativo que indica que el contratista deberá proveer los medios de transporte necesarios para dar cubrimiento a las funciones inherentes a la prestación de los servicios tanto a nivel operativo, como a nivel administrativo e independiente entre sí, tanto en el complejo como fuera de él (folios 138 y 139). Aunado lo anterior, se recibió el testimonio de la señora MARIA DEL CARMEN DE LA HOZ MANGA, quien manifestó que la demandante residía en su sitio de trabajo en un campamento que se llama la Rosita, MARIA DEL CARMEN DE LA HOZ MANGA, quien manifestó que el actor para trasladarse a su sitio de trabajo no requería mayor esfuerzo físico, ya que la misma residía en el campamento La Rosita dentro del Complejo Carbonífero de CERREJON, y la demandada suministraba el transporte de los trabajadores del campamento a su sitio específico de trabajo a través de busetas, por lo que debe absolver al empleador de esta pretensión por mandato expreso del artículo 4° de la Ley 15 de 1959, el cual establece que cuando los empleadores presten directamente el servicio de transporte gratuito a sus trabajadores, quedan exonerados del pago del auxilio monetario al trabajador, empero si debe incluirse el mismo como factor salarial para efecto de la liquidación de las prestaciones sociales.

Revisado el expediente se observa a folios 114 la liquidación de las prestaciones sociales, en donde se evidencia que el empleador incluyó para liquidar las prestaciones sociales el subsidio de transporte, por lo que le asistió razón al juez de primera instancia al absolver a la demandada de esta pretensión.

Lo mismo aconteció con el salario realmente devengado; pues, verificada la cláusula segunda del contrato individual de trabajo, parágrafo segundo, se evidencia claramente entre las partes se ajusta su manifestación de voluntad a la condición sinalagmática del artículo 1602 del Código Civil y a los requisitos esenciales para obligarse, conociendo de antemano las condiciones pactadas, contexto donde sobresale que la demandante, cuando suscribió el contrato con la demandada tenía

conocimiento que la **alimentación, habitación o vivienda, transporte y vestuario**, no constituirían salario, ni se tendrían en cuenta como factores salariales para la liquidación de prestaciones sociales, menos para el pago de parafiscales.

Ahora bien, revisados los comprobantes de pago y demás medios probatorios aportados por la demandada, resulta transparente que el empleador respetó el salario mínimo legal convenido (folio 113 y 114), inclusive trabajo suplementario u horas extras, resaltando que si el salario promedio también se alegare por este último concepto, erraría en su apreciación la parte gestora, máxime, cuando estas fueron canceladas en su oportunidad y por supuesto que el libelo introductorio no indica de manera cronológica y pormenorizada las horas laboradas dejadas de solucionar, pues la jurisprudencia ha establecido en este punto que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia: “(...) *no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada (...)*”¹.

Si bien los recargos permitían que se superara el salario mínimo y que pudiera también establecerse cierta variabilidad del mismo, esto per se no indica la inclinación para el reconocimiento de un salario efectivo variable o promedio, según acota la parte reclamante.

SOLIDARIDAD.

“Artículo 34. Contratistas independientes. 1. *Son contratistas independientes y, por tanto verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios las personas naturales y jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule*

¹ C.S.J. Sentencias SL9318 de 22 de junio de 2016 y SL3009-2017 de 15 de febrero de 2017. Radicaciones 45050 y 47044. M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores”.

La H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en sentencia del 10 de agosto de 1994 radicado 6494, MP ERNESTO JIMENEZ DIAZ, con respecto a los contratistas independientes. Solidaridad con el beneficiario o dueño de la obra, dijo lo siguiente.

“En sentencia de Sala Plena del 14 de diciembre de 1970, la Corte hizo un análisis detenido sobre los efectos y consecuencias que se derivan de la solidaridad prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, entre el contratista independiente y el dueño o beneficiario de la obra, llegando a deducir que se presentan 3 situaciones procesales diferentes: b) el trabajador puede demandar conjuntamente el contratista patrono y el beneficiario o dueño de la obra como deudores. Se trata de un litisconsorcio prohijado por la ley, y existe la posibilidad que se controvierta en el proceso la doble relación entre el demandante y el empleador y éste con el beneficiario de la obra, como también la solidaridad del último y su responsabilidad frente a los trabajadores del contratista independiente.

Así mismo esa H. corporación en Sentencia del 12 de Junio de 2002, radicación 17573 MP GERMAN VALDES SANCHEZ, manifestó.

“El artículo 34 de Código Sustantivo del Trabajo contempla estas situaciones:

...

La del contratista independiente que realiza una obra o servicio determinados, en beneficio de una persona cuya actividad empresarial o mercantil es a fin con la obra o servicio contratado. Esta afinidad implica, según la ley laboral, la garantía de la solidaridad, que compromete a los dos sujetos, contratante y contratista, de manera solidaria, en el pago de los salarios, prestaciones e indemnizaciones de los trabajadores.

La de los subcontratistas independientes, sin importar el número o, en otros términos, sin importar cuán extensa sea la cadena de contratos civiles de obra o de prestación de servicios. La solidaridad legal laboral del beneficiario de la obra o del servicio con los subcontratistas dependerá de si existe o no afinidad entre la obra o servicio contratado y la actividad empresarial o mercantil del contratante inicial.

De todo lo anterior se interpreta que la solidaridad surge cuando la obra, labor o actividad contratada con el contratista independiente, es propia de desarrollo normal del empleador.

Si la actividad contratada es parte del proceso de producción, o corresponde a cualquier actividad que normalmente debe desarrollar la empresa para poder operar, entonces hay solidaridad con las obligaciones laborales incumplidas por el contratista.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se observa que las actividades que desarrolla la demandada SEPECOL (folio 29), no son del giro ordinario que las que desarrolla la empresa Cerrejón (folio 177 al reverso), razón por la cual no cumple con uno de los supuestos de hecho establecidos en el art 34 del C.S.T., para que pueda entenderse la existencia de la solidaridad deprecada por la parte actora entre el beneficiario del servicio y el verdadero empleador, por lo que esta se confirmara también esta pretensión.

Sanción Moratoria contemplada en el art. 65 del C.S. del T.

En lo que atañe a la pretensión de pago de la sanción moratoria, el tribunal considera que esta no es de aplicación automática ni inexorable, para acceder a ella se debe tener en cuenta la buena o mala fe del empleador al no cancelar a la finalización del vínculo laboral los valores adeudados a los trabajadores por conceptos de acreencias laborales pero ésta buena fe debe ser pregonada por quien considere tenerla, en éste caso, no hay lugar a imponer dicha sanción, toda vez, que en el plenario quedó demostrado que a la ex trabajadora no se le quedaron adeudando prestaciones sociales algunas atendiendo a que la demanda al momento de liquidarlas si incluyó cuando efectuó su pago, por lo que no habrá lugar a imponer condena por esta pretensión.

Dada las resultas del proceso, debe decirse que al encontrarse demostrado que la demandada al momento de liquidar las prestaciones sociales no quedó adeudando suma de dinero alguno, forzoso es concluir que le asistió razón al a quo en su decisión de absolver a la demandada de esta pretensión.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **FALLA:**

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia apelada proferida por el Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Maicao, La Guajira el 28 de agosto de 2019, en el asunto de la referencia, por lo expuesto en los considerandos de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SEPECOL ltda, a pagarle a la señora AMERICA ESTHER ALFARO DIAZ, la suma de \$5.906.541, por concepto de indemnización por despido injusto

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en segunda instancia a cargo de la parte demandada. Fijense agencias en derecho en la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: Por la Secretaría de esta Corporación, **NOTIFICAR** en estado esta providencia.

NOTIFÍQUESE, PÚBLIQUESE Y CÚMPLASE

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada.

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado.

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado.