***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 22 de septiembre de 2016*

***Radicación No****:**66001-31-05-003-2013-00596-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral*

***Demandante****: Martha Cecilia Moreno Muñoz*

***Demandado:*** *24 Horas Seguridad Ltda. Y otro*

***Juzgado de origen****: Quinto Laboral del Circuito de Pereira.*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Mutación del contrato a término fijo en contrato a término indefinido. Unicidad de la relación laboral.*** *Examinadas las características generales y determinantes de cada modalidad contractual, es necesario determinar que el contrato a término fijo puede mutar a término indefinido, cuando medie pacto de las partes en tal sentido, siendo preciso aclarar que el hecho de que se pueda prorrogar indefinidamente, como lo dice el canon 46 del CL, no implica un cambio de modalidad, sino que permite que el contrato a término fijo se pueda prorrogar en el tiempo por ese mismo lapso, cuantas veces las partes lo permitan. Ahora, también es preciso determinar que cuando se suscriben sucesivos contratos de trabajo entre las mismas partes, con el mismo objeto y sin que medie una verdadera ruptura entre alguno de ellos, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, es claro que se tomará como un solo contrato que se ha prorrogado en el tiempo.* ***Conceptos que conforman el salario.*** *Estas normas contemplan los pagos efectuados al trabajador que se consideran salario y aquellos que no. Así mismo establecen unos elementos que deben tener las sumas pagadas para ser consideradas salario y para no tener esa connotación. En el primero de los casos, se indica que todo lo recibido por el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, se reputara como salario. Igual condición tendrán aquellas bonificaciones, primas o sobresueldos que se paguen habitualmente. A contrario censu, no se tendrán como salario, aquellas sumas que reciba el trabajador ocasionalmente o por mera liberalidad del empleador o las que estén destinadas al cabal cumplimiento de sus labores o aquellos beneficios o auxilios habituales, pactados convencional o contractualmente como no constitutivos de salario, que estén destinados a suplir alimentación, habitación o vestuario del trabajador o aquellas primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. Respecto al pacto de las partes sobre el carácter salarial o no de un pago determinado, ha de decirse que la jurisprudencia ha precisado que las partes están en libertad de pactar como no constitutivas de salario, aquellos pagos que haga el empleador de manera extralegal y que expresamente se pacten como carentes de efecto salarial, pacto que debe hacerse en el contrato de trabajo o en la convención colectiva, sin que importe la habitualidad o no de los mismos, pero teniendo clara las limitaciones establecidas en el canon 127 mencionado.* ***Terminación del contrato a término fijo. Debe ser expresa manifestación de no prorroga. Confianza Legítima. Expectativa legítima y razonable de prórroga del contrato.*** *Sin embargo, tal documento adolece de un yerro que le resta el efecto pretendido y es que, en su tenor literal, solamente comunica que el contrato finaliza el 31 de diciembre de 2012, mas no dice que el mismo no se prorrogará, que es lo que en realidad, debe manifestarse de manera expresa por una parte a la otra, para entender que su intención es finalizar la relación laboral, tal como lo exige el canon 46 del CL. Además de lo anterior, y teniendo en cuenta que anualmente se hacia el mismo preaviso y a pesar de ello la relación laboral seguía ejecutándose sin variaciones, se generó una confianza legítima en la trabajadora de que los referidos preavisos, en realidad de verdad, no surtían el efecto de terminación del vínculo. Aunados ambos argumentos, la conclusión ineludible es que existía una expectativa legitima y razonable en la trabajadora de que el contrato se mantendría, a lo menos por un año más, razón por la cual la ruptura contractual deviene en injustificada, debiendo por tanto, penarse con la indemnización establecida en el canon 64 del CL.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintidós (22) días del mes de septiembre de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), reunidos en el recinto de Audiencia los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, Sala de Decisión No. 03, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver los recursos de apelación propuestos por los apoderados de ambas partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito proferida el 04 de noviembre de 2014, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Martha Cecilia Moreno Muñoz*** contra ***24 Horas Seguridad Ltda. y Jaime Edmundo Bastidas Cadena.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que se persigue mediante este proceso que se declare que la señora Moreno Muñoz y la sociedad demandada estuvieron atados mediante un contrato verbal a término indefinido celebrado el 08 de enero de 2003 y que terminó el 30 de diciembre de 2012. Igualmente pide que se declare que la empresa demandada no realizó el pago total de los intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones causadas en la relación laboral, así como la correspondiente indemnización por despido sin justa causa, Igualmente persigue que se declare que el señor Jaime Edmundo Bastidas Cadena es solidariamente responsable con la sociedad demandada. Como consecuencia de las declaraciones que preceden, pide que se imponga condena a los codemandados por los intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones no canceladas en la relación laboral, igualmente pide que se imponga indemnización por despido sin justa causa, la sanción por no pago de intereses a las cesantías y la sanción moratoria de que trata el canon 65 del CST, por el no pago total de los salarios y prestaciones adeudadas al finiquito del nexo, así como las costas del proceso.

Como hechos jurídicamente relevantes, se relata que la señora Martha Cecilia Moreno Muñoz celebró con la sociedad demandada un contrato de trabajo verbal el 08 de enero de 2003, a término indefinido, que la remuneración pactada era el mínimo legal mensual vigente, que la labor para la cual fue contratada era la de asistente de gerencia, que en el año 2008 la actora suscribió seis contratos con la demandada por un año, correspondiendo a toda la relación laboral que llevaba hasta ese momento, que en el año 2008 se le empezaron a entregar desprendibles de nómina a la trabajadora, que los mismos referían como salario la suma de $652.200, que en el mes de diciembre de 2012 se le informó que el contrato a término fijo no iba a ser prorrogado, sin aducir una justa causa para el efecto, que la liquidación de prestaciones sociales no se cumplía a cabalidad con la periodicidad de ley, que se adeudan varias sumas por concepto de cesantías, intereses, vacaciones y prima de servicios.

Admitida la demanda, los codemandados allegaron contestación por intermedio de portavoz judicial común, el que se pronunció frente a los hechos, aceptando las funciones de la demandante, la injustificación del despido y el pago efectuado por concepto de liquidación de prestaciones sociales. Frente a los restantes estima que no son ciertos. Se opone a las pretensiones de la demanda y formula como medios exceptivos de fondo los de “Falta de legitimación por pasiva”, “Inexistencia de la obligación”, “Buena fe”, “Ausencia de causa para pedir” y “Fraude procesal”.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

Evacuadas las probanzas, la Jueza a quo dictó sentencia que puso fin a la instancia, accediendo parcialmente a las pretensiones. Dividió la providencia en tres puntos. El primero de ellos, alusivo a determinar la naturaleza del contrato de trabajo y su forma de terminación, encontrando que el mismo fue un contrato de trabajo a término fijo de un año y no indefinido como lo aludió la parte actora. Ello, porque existe en el infolio prueba documental que acredita que inicialmente se pactó un convenio laboral a un año, que nació en el año 2003, el cual se ratificó anualmente. Partiendo de ese punto, encuentra que la terminación del contrato no es injusta, pues al ser un contrato a término fijo, era indispensable el preaviso de terminación con no menos de treinta días a su vencimiento, lo que efectivamente ocurrió. El segundo de los puntos planteados, fue el tema del salario. Encontró que de conformidad con lo acordado por las partes en los contratos de trabajo y con las declaraciones, especialmente la de la señora Adriana Patricia Ospina López, se acredita con suficiente claridad que la remuneración devengada fue el mínimo vigente para cada anualidad. Frente a los desprendibles de pago aportados, desestimó los mismos atendiendo la versión de la deponente, de que en la mayoría de los casos ellos no reflejaban fidedignamente la realidad.

El tercer y último punto tratado por la a-quo, es el atinente a las prestaciones sociales y las sanciones e indemnizaciones del caso por su no pago, encontrando que la parte demandada no acreditó el pago total de las mismas, pues aparecen períodos insolutos. Así, encontró que se debían los intereses a las cesantías de los años 2007 a 2011, por lo que impuso condena por ellos y también la sanción por su no pago. Tampoco encontró prueba del pago de las primas de servicio de los años 2005 a 2009 y de las vacaciones del año 2011, por lo que impuso condena por ese concepto. Frente a la indemnización moratoria, estimó que no existía razón alguna para que la empresa no hubiera pagado las prestaciones determinadas, evidenciándose en consecuencia, un actuar de mala fe y, por lo mismo, la impuso a razón de $18.890 diarios a partir del 1º de enero de 2013 hasta el pago total de las prestaciones adeudadas.

***III. APELACIÓN.***

1. **Parte demandada.** El portavoz judicial de la sociedad demandada, estuvo en desacuerdo con el fallo, por las condenas impuestas en contra de su defendida. Para contradecir los fundamentos de la sentencia, dijo que la demanda estaba encaminada a la reliquidación de las prestaciones sociales, por haberse presentado un salario más alto al tenido en cuenta, lo que la Jueza a quo encontró improcedente, pues estimó que la remuneración fue la mínima vigente para cada año. Por lo tanto, no estaba en discusión si se habían pagado o no las prestaciones sociales, además, existe prueba en el infolio de su pago parcial, por lo que resulta poco probable que se pagaran unas si y otras no. En cuanto a la indemnización moratoria, estima que no existe evidencia de la mala fe de la entidad, antes bien, se avizora la buena fe de la misma.
2. **Parte demandante:** Apela la sentencia atacada por dos situaciones. La primera, que tiene que ver con la naturaleza del contrato, esto es, si es a término fijo o indefinido. Señala que la decisión comete un error al estimar que el mismo fue a término fijo, cuando media prueba de que en realidad la relación fue indefinida a partir del año 2005, cuando la demandante no suscribió el contrato escrito, lo que indica que no dio su consentimiento para el efecto. Por lo tanto, estima, no puede entenderse la existencia de varios contratos, sino uno solo a término indefinido, el cual se terminó de manera injustificada. El segundo tema que refiere la parte actora en su apelación contra la sentencia, es que existen unos pagos que constituían salario al tenor de lo establecido en el canon 127 del CL y que no se contabilizaron como tal para efectos de pagos de prestaciones sociales.

***IV. ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***IV. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

Los recursos de apelación planteados, implican el análisis de los siguientes problemas jurídicos:

*¿Cuál fue la naturaleza de la relación laboral que existió entre la demandante y la sociedad demandada y cómo fue su terminación?*

*¿Se encaminaban las pretensiones de la demanda a la reliquidación de las prestaciones sociales o al no pago total de las mismas?*

*¿Acreditó la parte demandada el pago total de las pretensiones en disputa?*

*¿Cuál fue el verdadero salario que devengó la parte demandante como trabajadora al servicio de la sociedad demandada?*

*¿Se dieron los supuestos normativos y jurisprudenciales para la imposición de la sanción moratoria de que trata el canon 65 del CL?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

***Naturaleza de la relación laboral y su terminación.***

El legislador estableció que la relación laboral se podía dar en virtud a varias formas de contrato. Estableció la posibilidad de que el mismo fuera escrito o verbal y también de que se le estableciera una duración determinada o se hiciera de manera indefinida. En el artículo 45 de la legislación laboral se establece la clasificación de los contratos de trabajo según su duración, señalándose la existencia de: (i) contratos a término fijo o determinado, (ii) por obra o labor contratada, (iii) indefinido y (iv) accidental, ocasional o transitoria.

Para efectos del recurso se estudiaran únicamente los contratos a término fijo e indefinido.

El primero de ellos, está regulado en el canon 46 del CST, indicando que el mismo puede ser, a su vez, de dos modalidades: Inferior a un año e igual o superior a un año. En esta segunda hipótesis, se plantea que el contrato a término fijo puede ser entre uno y tres años, pero es prorrogable indefinidamente. Esto no quiere decir que el convenio mute su naturaleza de término fijo a indefinido, sino que se puede prorrogar tantas veces como lo estimen las partes, por ese mismo lapso. En cuanto a su forma de terminación, se tiene que la misma se contempla en el numeral 1º del canon referido, indicando que cualquiera de las partes la puede hacer, avisando siempre a la otra por escrito el deseo de no prórroga, con una antelación no inferior a 30 días de su vencimiento. Esto obviamente, adicional a las formas de terminación contenidas en el canon 61 de la obra laboral sustantiva. Únicamente puede pactarse por escrito.

El contrato a término indefinido, se encuentra regulado en el canon 47 del CL, norma que indica en su numeral 2º que el mismo mantendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo. Su terminación procederá en los términos del artículo 61 del CL. Su pacto puede ser de manera escrita o verbal.

Examinadas las características generales y determinantes de cada modalidad contractual, es necesario determinar que el contrato a término fijo puede mutar a término indefinido, cuando medie pacto de las partes en tal sentido, siendo preciso aclarar que el hecho de que se pueda prorrogar indefinidamente, como lo dice el canon 46 del CL, no implica un cambio de modalidad, sino que permite que el contrato a término fijo se pueda prorrogar en el tiempo por ese mismo lapso, cuantas veces las partes lo permitan.

Ahora, también es preciso determinar que cuando se suscriben sucesivos contratos de trabajo entre las mismas partes, con el mismo objeto y sin que medie una verdadera ruptura entre alguno de ellos, en aplicación del principio de la primacía de la realidad, es claro que se tomará como un solo contrato que se ha prorrogado en el tiempo.

En el caso puntual, se pretende o se persigue que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, labor que propuso la parte demandante por dos vías: la primera, planteada al inicio de la Litis, bajo el alegato de que la relación laboral se inició de manera verbal y por tanto indefinida y, avanzada la misma, se impuso a la señora Moreno Muñoz la firma de varios contratos de trabajo escritos a término fijo, los cuales obran a folios 12 y ss. de la actuación. Esta versión, se quedó sin ningún sustento probatorio, amén que la supuesta constricción a la firma de los mismos, no fue relatada por ninguno de los testigos traídos al proceso y tampoco existe medio de prueba alguno que así permita verificarlo, lo que lleva ineludiblemente a concluir que las partes, desde los albores de la relación laboral, determinaron que se regirían por un contrato a término fijo de un año. La segunda de las hipótesis que se plantea, es la de que tal relación laboral se tornó en indefinida, al no haber suscrito la demandante el contrato a partir del 1º de enero de 2005 –fl. 16-. Esta hipótesis, no puede aceptarse por la Judicatura por dos situaciones puntuales. La primera, que tiene que ver con que se trata de un hecho nuevo, nunca referido en la demanda o en las alegaciones de instancia y que sólo se vino a formular en la apelación a la sentencia de primer grado, razón por la cual aceptarlo sería cohonestar una violación al derecho de contradicción y al debido proceso que tiene la parte demandada. El segundo de los argumentos en contra de esta hipótesis, se ciñe a que en realidad no existieron varios contratos de trabajo, sino que existió uno, el primero de ellos, el cual estableció que las partes tendrían una relación por un lapso de un año, la cual realmente se prorrogó de manera automática hasta el 31 de diciembre de 2012, al no haberse dado una verdadera ruptura en el curso de la relación, sino que los preavisos que hacia la empresa empleadora, en realidad de verdad, carecían de efectos, amén que la relación se seguía ejecutando sin alteraciones, como lo refieren todos los testigos escuchados, lo que, se itera, implica la existencia de una sola relación laboral, regida por un único contrato de trabajo a término fijo que se prorrogó en el tiempo.

Atendiendo la conclusión que antecede, debe decirse que debe modificarse la decisión de primer grado en el sentido de declarar que existió una única relación laboral regida por un único contrato de trabajo a término fijo de un año.

En cuanto a la terminación del convenio laboral, la cual se alega injusta, dígase que la parte demandada informó a la demandante por escrito que el contrato de trabajo terminaba el 31 de diciembre de 2012 –fl. 172- el cual consideró la Jueza como suficiente para declarar terminado el nexo laboral. Sin embargo, tal documento adolece de un yerro que le resta el efecto pretendido y es que, en su tenor literal, solamente comunica que el contrato finaliza el 31 de diciembre de 2012, mas no dice que el mismo no se prorrogará, que es lo que en realidad, debe manifestarse de manera expresa por una parte a la otra, para entender que su intención es finalizar la relación laboral, tal como lo exige el canon 46 del CL. Además de lo anterior, y teniendo en cuenta que anualmente se hacia el mismo preaviso y a pesar de ello la relación laboral seguía ejecutándose sin variaciones, se generó una confianza legítima en la trabajadora de que los referidos preavisos, en realidad de verdad, no surtían el efecto de terminación del vínculo. Aunados ambos argumentos, la conclusión ineludible es que existía una expectativa legitima y razonable en la trabajadora de que el contrato se mantendría, a lo menos por un año más, razón por la cual la ruptura contractual deviene en injustificada, debiendo por tanto, penarse con la indemnización establecida en el canon 64 del CL. Teniendo en cuenta que el contrato era a término fijo y se entendió prorrogado por un año más, la indemnización por este concepto equivale al valor de los sueldos por todo ese período, esto es $7.074.000.

***Interpretación de las pretensiones de la demanda.***

El proceso judicial, como el medio por el cual se determina de manera definitiva si una persona es o no titular de un derecho determinado y consecuentemente, otra tiene el deber de satisfacer el mismo, está enmarcado dentro de unos hitos espaciales que delimitan las mismas partes en litigio, esto es, que son los sujetos procesales, los llamados a establecer cuál va a ser la cuestión a determinar por el juzgador. Es por ello, que la parte incoatoria del proceso, al elaborar su demanda, está en el deber de trazar qué derecho pretende que se declare a su favor. Ello se logra, mediante las pretensiones de la demanda, que deben contener de la manera más clara posible qué es lo que se pretende al dar inicio al proceso judicial. Sin embargo, cuando las pretensiones o los hechos que las sustentan o sus mismos fundamentos jurídicos no sean claros, el operador judicial no puede ser un convidado de piedra y quedarse simplemente con lo que está escrito, sino que tiene el deber de interpretar y fijarle el verdadero alcance a la demanda, escudriñar cual es la real intención del litigante, con miras a cumplir el mandato de justicia que se le ha encomendado. Y la contraparte, no puede actuar de manera desleal, excusándose en las imprecisiones que tenga la demanda, para sustentar la defensa, debiendo cumplir plenamente sus cargas procesales y probatorias, para sustentar sus argumentos defensivos. Por ello, en materia procesal laboral, se le impuso la carga a la parte demandada, que en la contestación relate los hechos, fundamentos y razones de derecho de su defensa (num. 4º art. 31 CPLSS), argumentos que sin duda, no pueden izarse con apoyo en los dislates, equivocaciones o yerros de la demanda, sino en su propia argumentación, ello so pena de tenerse por no contestada la demanda (Par. 3º ibídem).

Como se observa, el hecho de que las pretensiones de la demanda no sean todo lo diáfanas que debieran ser, no le resta mérito al proceso y no puede ser una razón para negar las pretensiones demandadas.

En el sub-judice, se tiene que la demanda está encaminada a que se declare que la empresa 24 Horas Seguridad Ltda. no realizó el pago total de varias prestaciones sociales de la demandante y en sus hechos se destaca que se alude a que a lo largo de la relación laboral que ambas partes tuvieron, el empleador dejó de pagar algunos años varias de ellas, y que además, en algunos casos se hizo sobre una base menor a la real, es decir, armonizando petitum y sustento fáctico, fácil es colegir que lo buscado por la señora Martha Cecilia Moreno Muñoz es el pago completo de sus prestaciones sociales para todo el lapso que duró la relación laboral, tanto porque en algunos casos simplemente no hubo pago, como porque en otros es indispensable reliquidarlas con una base mayor a la tenida en cuenta. Por lo tanto, deleznable resulta el argumento que expone el portavoz judicial de la parte demandada, en el sentido de que la demanda solamente se destinó a la reliquidación de los pedidos, porque no se acompasa con lo discutido y probado en el curso del proceso. Por tal razón, se descarta la apelación por este concepto.

***Salario devengado por la demandante y pago de las prestaciones sociales.***

 Se alega en la demanda que en algunos períodos de la relación laboral sostenida entre las partes enfrentadas en litigio, existió un salario mayor al mínimo vigente que se pactó en el contrato de trabajo, correspondiendo el mismo a unos pagos adicionales que hacia el empleador, como retribución al trabajo. La parte demandada, por su parte, relató que los valores que se reflejan en algunas planillas de pago, son equivocados, pues la persona que los elaboró sumó el salario mínimo más la bonificación que ocasionalmente se pagaba y que las partes habían pactado que no fuera salario.

Pues bien, al revisar el material probatorio obrante en el proceso, se observa que a folios 65 a 101 y 112 y 113, se aportaron unos desprendibles de nómina de la señora Moreno Muñoz, en los que se relacionan los pagos efectuados por el empleador a la demandante entre los años 2009 y la primera quincena de febrero de 2012, destacándose en dichos documentos que a la demandante además de la remuneración recibía una suma adicional, registrada como “Ingreso 1” y que luego se describe como bonificación. Tal suma se pagó en todos los meses de los años 2009, 2010, 2011 y enero y parte de febrero de 2012. Tales documentos, que provienen de la parte demandada y que no fueron tachados por esta parte -solo fue rebatido su contenido con los argumentos citados al principio de este acápite-, fueron demeritados por la a quo, en esencia con el testimonio de la señora Adriana Patricia Ospina López, al cual la sentenciadora le dio credibilidad especialmente por el rol que esta desempeñaba en la empresa –encargada de la parte contable y subgerente de la misma- y desestimó la tacha propuesta por la parte demandante, por ser esposa del representante legal y codemandado en este asunto. Esta deponente indica que el salario siempre fue el salario mínimo, que la información contenida en las nóminas no siempre coincidía con lo que se pagaba y, por lo mismo, no son una fuente de información confiable y que a la demandante siempre se le pagaron las prestaciones sociales debidas.

Pues bien, encuentra la Sala que en puridad de verdad la valoración probatoria efectuada por la a quo se observa equivocada, puesto que la declaración de la señora Ospina López está completamente sesgada, en aras de resguardar los intereses de su compañero sentimental y los suyos propios, amen que ella es socia mayoritaria de la sociedad demandada, por lo que sin duda tiene un interés directo en las resultas de la actuación y, obviamente, su versión de la historia va a tener un claro tinte favorecedor a esos intereses. No puede pasarse por alto, además, la contundencia de la prueba documental arrimada al proceso, la cual relata de manera fidedigna, concreta y clara los valores pagados a la demandante, las sumas adicionales y los conceptos que se pagaron a ésta, siendo esta prueba un medio de convicción suficiente para que esta Sala llegue a la conclusión de que a la demandante, por lo menos en los años arriba anotados, se le pagó más del salario mínimo legal vigente para cada anualidad. Ahora, es indispensable revisar si ese pago constituía o no salario, al tenor de lo regulado en los artículos 127 y 128 del CL.

Estas normas contemplan los pagos efectuados al trabajador que se consideran salario y aquellos que no. Así mismo establecen unos elementos que deben tener las sumas pagadas para ser consideradas salario y para no tener esa connotación. En el primero de los casos, se indica que todo lo recibido por el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio prestado, se reputara como salario. Igual condición tendrán aquellas bonificaciones, primas o sobresueldos que se paguen habitualmente. A contrario censu, no se tendrán como salario, aquellas sumas que reciba el trabajador ocasionalmente o por mera liberalidad del empleador o las que estén destinadas al cabal cumplimiento de sus labores o aquellos beneficios o auxilios habituales, pactados convencional o contractualmente como no constitutivos de salario, que estén destinados a suplir alimentación, habitación o vestuario del trabajador o aquellas primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad. Respecto al pacto de las partes sobre el carácter salarial o no de un pago determinado, ha de decirse que la jurisprudencia ha precisado que las partes están en libertad de pactar como no constitutivas de salario, aquellos pagos que haga el empleador de manera extralegal y que expresamente se pacten como carentes de efecto salarial, pacto que debe hacerse en el contrato de trabajo o en la convención colectiva, sin que importe la habitualidad o no de los mismos, pero teniendo clara las limitaciones establecidas en el canon 127 mencionado.

En el presente caso, se pactó en el parágrafo de la cláusula cuarta del convenio laboral celebrado entre las partes, lo siguiente: *“Las partes expresamente acuerdan que lo que reciba el trabajador o llegue a recibir en el futuro, adicional a su salario ordinario, ya sean beneficios o auxilios habituales u ocasionales, tales como alimentación, habitación o vestuario, bonificaciones ocasionales o cualquier otra que reciba durante la vigencia del contrato de trabajo en dinero o en especie, no constituyen salario”*

Esta cláusula, según su redacción, establece que los pagos por concepto de beneficios o auxilios adicionales al salario, sin importar su periodicidad, no constituirían salario. Igual efecto le dio a las bonificaciones ocasionales que se paguen. Este pacto, se observa respetuoso de los límites legales trazados en los cánones 127 y 128 del CL, pero en realidad allí no se excluyó la bonificación que se pagó entre los años 2009 y 2012 a la señora Moreno Muñoz, pues la misma no fue ocasional, sino que se hizo habitual al pagarse de manera quincenal por más de tres años y, por lo mismo, debe formar parte de la base salarial sobre la cual se debían liquidar las prestaciones sociales causadas en esos períodos, conforme a los lineamientos trazados en el canon 127 del CL.

 Por lo tanto, es necesario reliquidar para los años 2009, 2010 y 2011, las prestaciones pagadas y, para el año 2012, efectuar una revisión de la liquidación efectuada por la empresa al momento del finiquito contractual, con el fin de determinar si hay lugar a alguna diferencia.

En cuanto a los años 2009, 2010 y 2011, se tiene que la diferencia entre lo pagado y lo que se debió pagar, teniendo en cuenta la bonificación anotada es la siguiente:



En total por las diferencias en los pagos de primas de servicio y vacaciones entre los años 2009 y 2011 se adeuda la suma de $2.106.740, suma que deberá adicionarse a las sumas que encontró impagas la juzgadora a-quo, en cuanto a primas de servicios, entre los años 2005 a 2008, para un total de $3.791.440.

En lo tocante a los intereses a las cesantías y teniendo en cuenta que la a quo no encontró prueba del pago de las mismas, entre los años 2007 a 2011, su valor corresponde a la suma de $369.678,24, tal como se observa en el cuadro siguiente:



La indemnización por no pago de los intereses a las cesantías, al depender del valor de los réditos insolutos, también debe modificarse, quedando entonces en la suma de $369.678,24.

En lo tocante al año 2012 y la liquidación efectuada por la empresa al finiquito del convenio laboral, debe decirse que como la aludida bonificación solo se pagó las tres primeras quincenas de ese año, el salario base para efectuar aquella no sufre variación y, por lo mismo, ha de mantenerse la efectuada por la empresa.

En cuanto a la acreditación de los pagos de las prestaciones sociales, encuentra esta Sala que al tenor de los cánones 177 del CPC (hoy 167 inc. 1º CGP) y 1.757 del Código Civil, quien alega la extinción de una obligación, debe probarlo Y ello encuentra su razón de ser en que el Juez está obligado a decidir los asuntos sometidos a su consideración con apoyo en las pruebas traídas al infolio y no con las meras suposiciones o dichos de las partes. En este caso, la parte demandada pretendió exonerarse de la condena alegando que ya había pagado la totalidad de las prestaciones que se enuncian como debidas en la demanda, sin embargo su actividad probatoria al respecto fue prácticamente nula, pues no aportó ninguna constancia del pago de las sumas adeudadas y las que se avistaron en el proceso, fueron traídas por la parte demandante, tal como se observa a folios 35 a 56. Por tal razón, la mera aseveración del pago de las prestaciones sociales, no puede ser la base para enervar la obligación insoluta que encontró la juzgadora a quo y que acá se modifica.

En síntesis, se hace necesario modificar el ordinal 3º de la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en las líneas anteriores.

***Indemnización moratoria.***

El artículo 65 del CL establece que al finalizar el contrato de trabajo, el empleador debe, de manera inmediata liquidar y pagar las prestaciones sociales y salarios adeudados al trabajador, indicando que de no hacerlo se deberá un día de salario por cada día de tardanza. Sin embargo, se ha esforzado ampliamente la jurisprudencia patria en indicar que, al tener un carácter sancionatorio, es indispensable que se verifique la buena o mala fe del empleador en el impago de lo debido, con miras a determinar si existe alguna razón valedera que justifique la tardanza. Lo anterior se sintetiza en que la sanción no es automática, sino que requiere un estudio del comportamiento patronal.

En este caso, la Jueza a quo halló, luego de efectuar ese análisis, que no existía justificación o circunstancia alguna que validare la actuación de la empresa empleadora, por lo que debía imponerse la aludida sanción. El recurrente, estima que la entidad siempre obró de buena fe y el hecho de no haber traído prueba de los pagos efectuados por concepto de prestaciones sociales, no puede interpretarse como prueba de mala fe. Pues bien, esta Sala comparte los argumentos expuestos por la sentenciadora de primera instancia, pues la verdad es que no se observa justificación alguna que valide el actuar de la entidad, al no cancelar a su trabajadora el total de las sumas que se causaron con su labor, la cual se extendió con la empresa por un total de 9 años y al omitir incluir, como factor salarial para liquidar prestaciones sociales, una bonificación que pagó habitualmente.

En realidad, la empresa sostiene a su favor un flaco argumento, el de haber pagado las prestaciones, el que como se vio no acreditó en este proceso y, por lo mismo, teniendo claro que conocía que debía pagarle a la demandante las prestaciones y se sustrajo de ello, es evidente el actuar avieso de la sociedad demandada y, por lo mismo, debe reprocharse y sancionarse con la aludida sanción. Por tal motivo, habrá de confirmarse la decisión de primer grado en este aspecto.

En síntesis de lo discurrido, se modificarán los ordinales segundo y tercero, en el sentido de que la relación laboral estuvo regida por un único contrato a término fijo que se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2012 y que término de manera injusta y en el valor de las condenas impuestas. Se confirmará la decisión en lo demás.

En cuanto a las costas en esta instancia, las mismas correrán a cargo de la sociedad demandada y a favor de la actora.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. ***Modificar*** el ordinal segundo dela sentencia proferidael 04 de noviembre de 2014 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira en el proceso de la referencia, el cual quedará así:

*“****Segundo: Declarar*** *que entre* ***24 HORAS SEGURIDAD LTDA.*** *y la señora* ***MARTHA CECILIA MORENO MUÑOZ*** *existió una relación laboral que estuvo regida por un contrato de trabajo a término fijo que inició el 08 de enero de 2003 y se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2012, el cual finalizó de manera injustificada”.*

1. **Modificar** el ordinal tercero de la aludida providencia, la cual quedará así:

***“Tercero: Condenar*** *a* ***24 HORAS SEGURIDAD LTDA.*** *a pagar a la señora* ***MARTHA CECILIA MORENO MUÑOZ****, las siguientes sumas de dinero:*

* *Intereses a las cesantías 2007 a 2011: $369.678,24*
* *Indemnización por no pago de intereses a las cesantías: $369.678,24*
* *Primas de servicios y vacaciones no pagadas y pagadas deficitariamente: $3.791.440.*
* *Indemnización por despido injusto: $7.074.000.*
* *Sanción moratoria art. 65 CL: $18.890 diarios, a partir del 1º de enero de 2013 y hasta que se verifique el pago de las prestaciones adeudadas”.*

1. ***Confirmar*** la sentenciaapeladaen todo lo demás.
2. ***Sin costas en esta instancia.***

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCIA CAICEDO CALDERON**

 Magistrada Magistrada

**ANEXO I**



**ANEXO II**

****