

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA DE DECISIÓN LABORAL

DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

Magistrado Ponente

Proceso	Ordinario
Radicado	66001-31-05-003-2018-00078-02
Demandante	Noemi Yohana Scarpetta Lloreda
Demandado	Sociedad Spain Telemark Sl
Tema	Apelación sentencia 17 de julio de 2020
Juzgado	Tercero Laboral del Circuito
Asunto	Contrato de trabajo

APROBADO POR ACTA No. 126ª DEL 16 DE AGOSTO DE 2022

Hoy, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Laboral integrada por lo magistrada **Dra. OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA** y los magistrados **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, procede a resolver los recursos de apelación, respecto de la sentencia proferida el **17 de julio de 2020** por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso ordinario promovido contra de **TELEMARK SPAIN SL SUCURSAL COLOMBIA**, bajo el radicado **66001-31-05-003-2018-00078-02**, por parte **NOEMI YOHANA SCARPETTA LLOREDA**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión por escrito aprobada por esta Sala, conforme al artículo 15 del Decreto No. 806 de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, la cual se traduce en los siguientes términos,

SENTENCIA No. 88

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

YOHANA SCARPETTA LLOREDA pretende que se declare que el bono de asistencia constituyó factor salarial, el cual debe ser incluido para liquidar las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, aportes a la seguridad social y que dicha conducta obedeció a la mala fe de la demandada. En consecuencia, solicitó se condene a la sociedad **TELEMARK SPAIN SL** al reajuste de las prestaciones sociales y los aportes a la seguridad social; además, se imponga el pago de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST junto con las costas procesales.

2. Hechos.

Fundamenta sus aspiraciones en que: i) suscribió un contrato de trabajo con la demandada el cual inició en el mes de mayo de 2011 y culminó en abril del 2016; ii) el salario devengado fue el mínimo; iii) durante toda la relación laboral recibió un pago denominado “bono de asistencia”, el cual se generaba si el trabajador no tenía inasistencias durante el mes inmediatamente anterior, cuyo valor ascendía a la suma de \$100.000; iv) dicho rubro se hizo como contraprestación del servicio, pero no fue tenido en cuenta como factor salarial para liquidar las acreencias laborales ni los aportes a la seguridad social.

3. Cuestión previa.

La demanda fue presentada el 12-febrero-2018 [archivo 4]; fue admitida por auto del **14-febrero-2018** en contra de Telemark Spain S.L. Sucursal Colombia Zona Franca Permanente Especial, decisión que se notificó por estado el 15 del mismo mes y año [archivo 08]. Las citaciones para notificación fueron entregadas el 14-08-2018 y 22-08-2018, siendo notificada el 24-08-2018 [archivo 15].

Frente al auto admisorio, la demandada interpuso recurso de reposición al indicar que se debió demandar a Telemark Spain S.L [archivo 16], siendo negado por auto del 03-09-2018 [archivo 17].

La Sala al resolver la excepción previa “inexistencia de la demandada”, por auto del 25-julio-2019 revocó la decisión de primer grado declarando probada la excepción de inexistencia del demandado y declaró que la llamada a juicio era la Sociedad extranjera Telemark Spain SL, ordenando la notificación del auto admisorio a éste a través de su apoderado general [archivo 07].

Conforme a lo anterior, el juzgado de conocimiento por auto del 20-08-2019 estuvo a lo dispuesto por la Sala y ordenó notificar a la demandada [archivo 23], la citación para notificar fue entregada el 04-09-2019 [archivo 26].

4. Posición de la demandada.

TELEMARK SPAIN SL se opuso a las pretensiones argumentando que el bono de asistencia no era factor salarial, pues las partes de común acuerdo habían excluido el mismo a través de un pacto de desalarización, como daba cuenta los documentos aportados al expediente; de otro lado, aceptó la relación laboral refiriendo que la actora tuvo dos contratos entre el **02-mayo-2011** y el **28-febrero-2013** frente al cual existió sustitución patronal a la empresa Acciones y servicios de telemarketing S.A. – Sucursal Colombia – y, posteriormente, la accionante se vinculó con la demandada realizando labores entre el **09-mayo-2014** y el **11-abril-2016** y, respecto del salario indicó que correspondió al mínimo legal. Como excepciones formuló las que denominó “inexistencia de la demandada”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “cobro de lo no debido”, “inexistencia de las obligaciones demandadas”, “compensación”, “prescripción”, “buena fe” y las genéricas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, mediante fallo del 17 de julio de 2020 dispuso:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de PRESCRIPCIÓN que oportunamente planteó la entidad TELEMAR SPAIN S.L como se explicó precedentemente.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones contenidas en la demanda presentada por la señora NOHEMY YOHANNA SCARPETA LLOREDA frente a TELEMAR SPAIN S.L.

TERCERO: ABSTENERNOS de imponer condena en costas procesales a la parte demandante como se explicó en precedencia”.

La jueza, frente al denominado “*bono de asistencia*”, se apoyó en las pruebas arrojadas y acudió al concepto de salario para arribar a la conclusión que el bono de asistencia en discusión constituía factor salarial para el pago de prestaciones sociales al hallarlo habitual y retributivo del servicio prestado, siendo por tanto Telemark responsable de incluir dicho valor como factor en el pago de las prestaciones sociales entre **mayo de 2014** y **abril de 2016** -sic-.

Al respecto, encontró que los derechos fueron afectados por la prescripción en consideración del artículo 94 del CGP que habla de la suspensión de dicho fenómeno jurídico. Para ello, estableció que al ser la renuncia del **12-abril-2016**, a partir de allí iniciaron a correr los 3 años para reclamar y, al no existir reclamación previa al empleador, entonces la fecha de presentación de la demanda del **12-febrero-2018**, en principio interrumpía el fenómeno. No obstante, al revisar la interrupción de la prescripción que obliga a notificar al demandado a más tardar al año siguiente de proferido el auto admisorio de la demanda, encontró que los derechos invocados se encontraban prescritos.

Advirtió que ocurridos unos errores frente a la determinación del extremo pasivo, por conducto del juez de segunda instancia, se ordenó notificar al demandado que correspondía lo cual se hizo en pro de la garantía de los derechos del trabajador pero, ello no implicaba, que quedaran sin efecto los tiempos que transcurrieron entre cada uno de los hechos que permitieron la actuación procesal, implicando que al ser notificado el demandado el **09-septiembre-2019**, es decir, un año después de admitida la demanda, ello implicaba que prescribieron todos los derechos al demandante porque este tenía hasta el **19-abril-2019** para haber ejercido sus derechos pero no lo hizo mediante el uso de las diversas oportunidades procesales que tuvo para haber vinculado a quien finalmente tenía que comparecer como demandado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante**, inconforme con lo decidido apeló la decisión de primer grado frente a los numerales 1 y 2, fundamentados en que la sentencia le resultaba desfavorable en lo que tiene que ver con la prescripción aplicada. Al respecto, sostuvo que, si bien la presentación de la demanda interrumpía dicho fenómeno siempre que el auto admisorio fuera notificado en el término de un año al demandado, lo cierto es que, en

este caso, esa data no podría ser tenida en cuenta porque la demanda se admitió en contra de quien no tenía personería jurídica y por tanto ese acto inicial estuvo viciado. Entonces, para establecer desde cuando se inicia el conteo se debió tener presente que el Tribunal fue quien ordenó vincular a quien hoy es demandado caso en el cual el término del año no habría pasado.

Agrega, que frente a quien se demandó inicialmente, era de aplicar la confianza legítima porque todos los documentos expedidos por la demandada señalaban que el nombre era Telemark Spain sucursal Colombia zona franca especial como sociedad extranjera e incluso, en el certificado de existencia y representación legal aportado por la demandada al enunciar la razón social dice que se trata de una sociedad extranjera y más abajo en el nombre de la casa principal no hay ningún nombre. De otro lado, la escritura pública que aporta el demandado del 10 de mayo del 2018 indica que quién la otorga es Telemark Spin SL sucursal Colombia Zona Franca permanente especial, frente a lo cual se preguntaba *¿si es un establecimiento de Comercio acaso sí podía otorgar una escritura?* A ello, se aúna que existen sentencias proferidas en segunda instancia que emitieron condenas en contra de la sucursal.

En ese orden, la notificación inicial no tuvo ningún efecto y se debe observar que se envió la citación al sitio que aparece en el certificado de existencia y representación como el lugar oficial para notificaciones y por ello, eran ellos quienes tenían el deber legal de informar a la casa matriz sobre la demanda instaurada en su contra. Además, consideró que debía tenerse en cuenta el hecho de que el demandado respondió la demanda y en ese sentido ello debió tener el efecto de la reclamación, considerando que, en el caso, se incurrió en un exceso del ritual manifiesto, amén que no hubo negligencia para notificar y tampoco puede recaer en perjuicio del ciudadano la congestión o los actos judiciales que deben resolver algo.

En suma, considera que el año debe contarse después de que el Juzgado ordenó el estese a lo resuelto de la decisión que resolvió la excepción previa. De igual forma, solicita que se revoque el numeral segundo de la sentencia que negó las pretensiones y que en su lugar decida sobre todas ellas, incluida la declaración de la mala fe de la cual no se hizo análisis; además de la reliquidación de los aportes en pensión, frente al cual no operaba la prescripción y el numeral tercero para que en su lugar se ordene que las costas sean a favor de la parte demandante.

La **parte demandada** recurrió la decisión en el sentido de que se declare la buena fe de la parte demandada respecto de la desalarización del factor del bono por asistencia, frente al cual, refirió que, si bien no estaban de acuerdo con la naturaleza salarial que se indicó respecto del bono, si lo estaban frente a la prescripción declarada.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Atendiendo a que la finalidad de esta etapa es atender la persuasión fáctica y jurídica sobre el tema objeto de discusión, bajo ese espectro se tendrán en cuenta los alegatos que guardan relación directa con los temas debatidos. Mediante fijación en lista del 04-03-2021 se surtió el traslado para la

presentación de alegatos. Ambas partes presentaron escrito. El Ministerio Público no rindió concepto.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los argumentos expuestos en la sentencia de primera instancia, los fundamentos de la apelación y los alegatos de conclusión, corresponde a la Sala analizar los problemas jurídicos consistentes en (i) Establecer si el bono de asistencia constituye factor salarial; (ii) Determinar cuál es el hito a tener en cuenta para efectos de la prescripción y con ello, determinar si para el caso operó dicho fenómeno y (iii) Analizar si la demandada demostró la buena o mala fe al no tener en cuenta el bono para la liquidación de las prestaciones y los aportes en pensión a favor de la demandante.

En el presente asunto, es menester resaltar que la A-quo estableció en el contexto de la sentencia y que no fue objeto de recurso, que entre las partes existió una relación laboral ejecutada entre el **09-mayo-2014** y el **11-abril-2016** para cumplir el cargo de agente call center – teleoperador -; que el salario base para cada anualidad era igual al mínimo legal vigente; que a la trabajadora se le cancelaba un “bono de asistencia” por valor de \$100.000.

La Corte en sentencia SL2029-2020, frente a los pagos que constituyen salario, puntualizó:

“Impera recordar que esta Corporación, en la sentencia CSJ SL1993-2019, enfatizó que los pagos que se perciben en el marco del contrato de trabajo se presumen salario, a menos que se demuestre que son ocasionales, la mera liberalidad del empleador y/o que no remuneran los servicios prestados. También orientó que el carácter remuneratorio de un pago no emana directamente de la ley, sino que, en cada caso, deben analizarse los elementos fácticos, en aras de establecer cómo se consagró y si con él se retribuyen directamente los servicios prestados; que no basta con referir que, como la denominación de un rubro coincide con aquellos que consagra taxativamente el artículo 128 del CST, no es factor salarial, pues un pago seguirá predicándose como tal, si cumple las condiciones previstas en la ley, aun cuando exista estipulación en contrario, debido a que se impone la realidad sobre las formalidades, aparte de que la naturaleza salarial proviene de lo dispuesto en el artículo 127 *ibídem* y no es dable su desconocimiento por lo previsto en la primera preceptiva enunciada

Así lo ha entendido la Corporación de vieja data, como se constata en la sentencia CSJ SL12220-2017, que dice:

Vale recordar que conforme al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo es salario *«todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte»*, de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad (artículo 53 CP), carácter salarial.

No es válido tampoco para las partes, en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojar de incidencia salarial un

pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, pues como lo ha sostenido esta Corporación, «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ 39475, 13 jun. 2012).

En consonancia con lo precedente, esta Corte, en sentencia SL 35771, 1 feb. 2011, explicó respecto a los pactos no salariales, lo siguiente:

[...] la Corte recuerda que, conforme a su orientación doctrinaria, al amparo de la facultad contemplada en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, que subrogó el 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las partes no pueden desconocer la naturaleza salarial de beneficios que, por ley, claramente tienen tal carácter.

Ello traduce la ineficacia jurídica de cualquier cláusula contractual en que las partes nieguen el carácter de salario a lo que intrínsecamente lo es, por corresponder a una retribución directa del servicio, o pretendan otorgarle un calificativo que no se corresponda con esa naturaleza salarial. Carece, pues, de eficacia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que responden a una contraprestación directa del servicio, esto es, derechamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

De otro lado, no sobra recordar que el binomio salario-prestación personal del servicio es el objeto principal del contrato de trabajo y, por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta. Bajo esta consideración, el empleador es quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa”.

Es de citar, que de vieja data la Corte ha hecho referencia sobre la facultad que tienen las partes de un contrato de trabajo en celebrar pactos de exclusión salarial, en efecto en la sentencia CSJ SL del 30 nov. 2010, rad. 35554, sostuvo:

“Sin embargo, este entendimiento del Tribunal acerca de la libre facultad de las partes de excluir el carácter salarial de cualquier beneficio percibido por el trabajador, a través de acuerdo con el empleador, tal como sería el caso de la bonificación alegada por la demandante, resulta equivocado a la luz de la jurisprudencia emitida por esta Sala, en la cual se ha sostenido que aquellas no pueden desconocer, según su libre entendimiento, la disposición del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece como salario cualquier suma que perciba el empleado como contraprestación directa del servicio, independientemente de la denominación que tenga, por lo que no puede desconocer dicha disposición para establecer como no salario una suma que retribuya de manera directa la prestación del servicio, so pena de ser ineficaz este pacto a la luz del artículo 43 del Código en mención”.

Pues bien, al expediente se adosaron, entre otros, los desprendibles de nómina que dan cuenta del pago continuo del “**bono de asistencia**” [Pág. 17-42, 70-102, archivo 18], además del registro de pago de aportes a seguridad social en pensión ante Protección S.A. del 2011 al 2016 los que, en su mayoría, se encuentran cancelados sobre el salario mínimo [Pág. 43-66, 110-111, 114-137, archivo 18].

En torno al bono de asistencia, obra una cláusula adicional del 22-julio-2014 el cual denota la desalarización de dicho pago [Pág. 69, archivo 18], el cual enuncia: “*Dentro de la remuneración del trabajador se le reconocerá, sin que tenga calidad de salarial ni prestacional, un BONO DE ASISTENCIA, el cual busca estimular el cumplimiento del horario pactado, pero no remunera la gestión del trabajador pues se*

reconoce sin evaluar la labor desplegada por éste durante la jornada. A dicho bono tendrá derecho el trabajador que no presente ninguna ausencia durante el mes medido de 21 a 20 del mes siguiente, y que tampoco presente más de tres (3) llegadas tarde durante el mismo período, advirtiéndolo que se pierde el derecho independientemente de la existencia o no de una justa causa para la ausencia. Únicamente se conserva el derecho, pese, a no asistir, cuando el trabajador sale a disfrutar de su periodo de vacaciones, tiempo que no se contabilizará al revisar las ausencias.”

De otro lado, enfocándonos en el citado bono de asistencia, de la prueba testimonial se extrae:

En el interrogatorio a **Yuli Patricia Suárez Arévalo**, representante de Telemark, frente al motivo por el que se pagaba el bono de asistencia, dijo que se creó como un beneficio para incentivar la asistencia del trabajador a pesar de su deber de asistir al trabajo; que dicho emolumento surge de unos estudios que demostraron que especialmente los trabajadores jóvenes presentan mayores ausentismos; que la razón para crear el beneficio era para que “*se tuviera un motivo adicional de ir a trabajar*”; que a pesar de que se contaba con el proceso disciplinario y el reglamento interno de trabajo ello no era un elemento que diera resultados porque aparte de la inasistencia inicial, las suspensiones que se aplicaban eran un perjuicio adicional para la compañía; agrega que el bono tenía unas condiciones que estaban plasmadas en un documento y se perdía dependiendo de si se cumplía o no la condición de asistir; que en casos de incapacidad se perdía el bono; que desde el inicio del contrato se explicó que el bono no era factor salarial lo cual se hizo con una capacitación donde explicó no sólo la labor a desempeñar, sino también el salario y se aceptó que dicho emolumento se pagaba en vacaciones.

Al ser interrogada **Noemi Yohana Scarpetta Lloreda**, aceptó haber suscrito el contrato de trabajo; que le pagaban el bono de asistencia; que las condiciones para que se causara era que según explicaron en un pre turno, la utilizaban los jefes de ventas; se iniciaba el 21 de un mes y finalizaba el 20 del mes siguiente pagándolo si no faltaban ningún día; que las novedades las daban en el pre turno al cual debían llegar 5 minutos antes de conectarse para las novedades, que los jefes de ventas decían que el bono era para incentivar la asistencia, sin indicar la razón de ello; dijo no recordar si firmó un documento en el que se plasmaban las condiciones para recibir el bono; que desconocía si éste tenía incidencia prestacional pero que su salario lo conformaba el mínimo legal, comisiones, el bono de asistencia y de alimentación.

La testigo **Leisy Yoherly Moreno Moreno**, amiga de la demandante. Relató que trabajó en Telemark desde el 02/11/2010 hasta el 26/01/2016; respecto al bono afirmó que no les dieron mayor información; que con el jefe de ventas de cada grupo informaron que por asistir del 20 de un mes al 21 del siguiente se ganaba un bono de \$100.000 por asistencia, para incentivar que se asistiera todos los días a trabajar siendo la información dada de manera verbal; que la excepción que permitía recibir el bono era en la época de vacaciones frente a lo cual, el jefe inmediato dijo que la razón era por ser un derecho y para que sacaran las vacaciones sin temor a disminuir lo devengado por lo que se le mantenía el bono de asistencia; que en ningún momento fueron reunidos para decirles que era o no factor salarial; que no se firmó documento; que sin importar la razón para ausentarse se perdía el bono; que el control de asistencia era que antes de empezar se portaba el carnet y se registraba la huella lo cual era a diario; que en caso de alguna calamidad el bono se perdía; que nunca se les dijo que el bono no tendría

que ver con las prestaciones; que no vio ni estuvo presente frente a alguna firma de acuerdo de desalarización o dónde se le explicará el tema del bono de asistencia a la demandante; que el salario estaba compuesto por el mínimo, las comisiones y el bono de asistencia.

De lo anterior, puede afirmarse que el bono de asistencia por valor de \$100.000 era una retribución directa del servicio entregada a los laborantes con la finalidad de que cumplieran con la prestación personal del servicio contratado, en el horario y en el sitio de trabajo dispuesto por el empleador. Además, lo que denota es que verdadero propósito era el ofrecer al empleador un servicio ininterrumpido y por ello, se retribuía de manera habitual esa prestación subordinada, lo que implica que, de conformidad del artículo 127 del CST, mod. por el art. 14 de la Ley 50 de 1990, era una contraprestación directa del servicio que se enmarca en el concepto de salario.

Ello se afirma, porque justamente la asistencia a las instalaciones del empleador es un requisito esencial para que se pueda ofrecer la prestación personal del servicio a cargo del trabajador, tanto así, que el no hacerlo, representa un incumplimiento de las obligaciones por parte de éste. De suerte que, el solo hecho de generar un pago adicional de \$100.000, destinado a retribuir el servicio personal, constituye un elemento esencial del contrato de trabajo y por ende, una consecuencia directa del cargo desempeñado y, por ello mismo, tal emolumento constituye factor salarial para el pago de prestaciones, vacaciones y la seguridad social, pues adicional a lo anterior, cumple con la característica de la habitualidad, sin que tal emolumento pudiera ser excluido del concepto de salario por el simple acuerdo de voluntades, en la medida que no se enmarcó en lo establecido en el artículo 128 del C.S.T., razón por la cual la cláusula contractual que así dispuso, resulta ineficaz [1].

En ese orden de ideas, resulta viable reajustar las prestaciones sociales y aportes en pensión teniendo en cuenta un valor adicional de \$100.000 como factor salarial, sin que se atienda lo relativo a las vacaciones por cuanto dicho emolumento era el único cancelado frente a este concepto en particular.

De la prescripción y su interrupción².

La prescripción es un modo de adquirir cosas ajenas, o bien, de extinguir las acciones y derechos, por haberse poseído dichas cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un lapso de tiempo determinado. Es decir, la prescripción extintiva se entiende como una forma de extinción o desaparición de un derecho, real o personal o de una acción, cuando durante un determinado período de tiempo establecido en la ley, no se realizan ciertos actos, a lo que el ordenamiento le atribuye la consecuencia indicada (SL5159-2020 reitera CSJ SL2501-2018).

¹ Sentencias del 14-05-2021 (Rad. 66001310500320180033402) y 24-05-2021 (Rad. 66001310500320180003902). M.P. Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

² SL5159-2020 (11-11-2020). M.P. Iván Mauricio Lenis Gómez

Los artículos 151 del CPTSS y los artículos 488 y 489 del CST, disponen que las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres años que se cuentan a partir del momento en que cada uno se hizo exigible (CSJ SL13155-2016, CSJ SL 1785-2018 y CSJ SL2885-2019), de modo que quien exija una prestación social deberá alegarla en el término establecido, en cuyo caso, basta «el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador», para que por una sola vez se entienda interrumpida y comience a correr de nuevo el término por un lapso igual al inicialmente señalado.

Aquí, es importante tener en cuenta que el artículo 94 del CGP, aplicable a los procesos laborales en virtud de lo dispuesto por el artículo 145 del CPTSS, contempla la posibilidad que el término de tres años se entienda interrumpido desde la fecha de radicación de la demanda, siempre que el auto admisorio de aquella «se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación al demandante de tales providencias. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado, siempre que se determine que las razones que conllevaron a la tardanza en la notificación se debieron a la negligencia de la actora (SL3693-2017, SL3788-2020).

En este punto es de mencionar que la Jurisprudencia de la Corte ha sido recurrente en indicar que en materia laboral es aplicable el artículo 94 CGP, pero dicha disposición no se aplica de manera automática porque es imperante el «*examinar si la tardanza en la notificación del auto admisorio de la demanda se debió a la negligencia de la actora, si fue ocasionada por las órdenes del director del proceso, o si fue consecuencia de la conducta procesal observada por la demandada*» (CSJ SL2156-2020 reiterada en la SL1431-2022).

Al respecto, la sentencia SL8716-2014 (02-07-2014)³, hace alusión a las eventualidades en que resulta inaplicable la disposición, así:

“[...] esta Sala de la Corte ha previsto en su jurisprudencia que entre la presentación de una demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, que no son imputables a quien funge como demandante y que, por lo mismo, no pueden redundar en su perjuicio. En tal orden, contrario a lo argüido por la censura, ha admitido excepciones a la regla prevista en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y, concretamente, como lo dedujo el Tribunal, ha aceptado que «...la sola presentación de la demanda interrumpe la prescripción cuando la notificación del auto admisorio de la misma no se efectúa oportunamente por negligencia del juzgado o por actividad elusiva del demandado...»

Dichas excepciones a la regla de interrupción de la prescripción están fundadas en la prevención de conductas reprochables desde todo punto de vista, que tienden al abuso de la disposición por parte de los deudores y, en materia laboral, en una protección especial para el trabajador que acude a tiempo a reclamar sus derechos y que realiza todas las acciones que están a su alcance para lograr la notificación de la demanda, por lo que no se le puede sancionar con la prescripción, a pesar de haber actuado diligentemente. [Reitera las sentencias CSJ SL, 12 feb. 2004, rad. 21062, las sentencias de julio 31 de 1991 (Rad. 4336) y mayo 15 de 1995 (Rad 7343)]

Dichas posturas⁴, se han mantenido, entre otras, en la sentencia SL3788-2020 (30-09-2020) M.P. Omar Ángel Mejía Amador, donde se dijo:

³ CSJ – SCL. M.P. Rigoberto Echeverri Bueno

⁴ Entre otras, véase la sentencia SL5159-2020 (11-11-2020) y la más reciente, la SL1431-2022 (03-05-2022) que reiteró la SL2126-2020 y SL1680-2021.

“Ciertamente, como lo dice la censura, los efectos de la interrupción de la prescripción con la presentación de la demanda que prevé el art. 90 del CPC (cuya aplicación al procedimiento laboral es aceptada por la jurisprudencia laboral vigente, verbigracia sentencias CSJ SL 3693-2017 y SL2532-2018) están condicionados a que la notificación al demandado del auto admisorio se efectúe dentro del año siguiente a la notificación de ese auto a la parte actora.

No obstante, la jurisprudencia laboral también tiene establecido que la condición consistente en realizar la notificación al demandado dentro del plazo concedido por el legislador no se aplica literalmente, de forma automática, es decir, con el simple conteo de términos, pues, de acuerdo con el principio de interpretación conforme que ha de orientar en todo caso la interpretación de la ley según el art. 4 de la Constitución, el juzgador debe evaluar si la tardanza en la notificación obedeció a la conducta negligente del actor o si, por el contrario, tuvo que ver con el proceder del despacho judicial o el de la demandada.

Conforme a lo anterior, pasa la Sala a revisar los medios demostrativos que militan en el expediente a efectos de determinar si en el sub-lite, se logró interrumpir el fenómeno de la prescripción.

Pues bien, en el presente asunto obsérvese que, culminada la relación laboral, esto es, el **11-abril-2016**, la parte actora tenía hasta el 11-abril-2019 para reclamar los derechos, presentando la demanda oportunamente el **12-febrero-2018** [archivo 4].

Ahora, si bien la demanda fue erradamente admitida por auto del **14-febrero-2018** en contra de Telemark Spain S.L. Sucursal Colombia Zona Franca Permanente Especial, decisión que se notificó por estado el **15-febrero-2018** [archivo 08], se entiende que el demandante tenía hasta el **15-febrero-2019** para surtir los actos de notificación, cuyas citaciones fueron entregados/recibidas el 14-agosto-2018 y 22-agosto-2018, siendo notificada el 24-agosto-2018 [archivo 15].

Sin embargo, obsérvese que la misma demandada advirtió a la A-quo que se debió demandar a Telemark Spain S.L [archivo 16] y, por ello, advirtió el error en el auto admisorio de la demanda, pero el juzgado por auto del **03-septiembre-2018** [archivo 17] se negó a revisar la actuación aun cuando se debió cumplir por parte del director del proceso, con el deber que le impone el artículo 42, numeral 12 del CGP, como lo es el realizar control de legalidad de la actuación procesal, amén que a su conocimiento se puso de manifiesto la necesidad de aplicar medidas de saneamiento que conllevaban a una futura nulidad y, en vez de ello, continuó con el trámite para luego, por auto del **21-enero-2019**, resolver negativamente la excepción previa, el cual, por auto del **25-julio-2019** fue revocado por esta Sala para declarar que la llamada a juicio era la Sociedad extranjera Telemark Spain SL, ordenando la notificación del auto admisorio a éste a través de su apoderado general [archivo 07], por lo que el juzgado por auto del **20-agosto-2019** estuvo a lo dispuesto por la Sala y ordenó notificar a la demandada [archivo 23], citación que fue tramitada el **04-septiembre-2019** [archivo 26] y finalmente surtida el **09-septiembre-2019**.

Aplicando la jurisprudencia traída a colación, el demandante entre el **3-sep-2018** – fecha en que el Juzgado se negó a reponer el auto admisorio de la demanda – y el **21-agosto-2019** -fecha en que el juzgado ordenó la

notificación -, el demandante ninguna actuación podía realizar porque la gestión que estaba a su cargo había sido cumplida conforme a lo dispuesto por el mismo Juzgado.

Además, debe decirse que el auto admisorio de la demanda fue objeto de modificación por esta Sala, pues nótese que lo dispuesto fue que la llamada a juicio era Telemark Spain S.L. y ordenó la notificación del auto admisorio a ésta, lo que implica que a partir del acto procesal del 22-abr-2019 por medio de la cual el Juzgado estuvo a lo dispuesto por esta instancia, correspondió al momento en que el demandante debió cumplir con el acto de notificación lo cual logró el 09-septiembre-2019 y, en ese sentido, la interrupción de la prescripción surtió efectos porque el tiempo transcurrido entre ambos actos procesales no superó el año.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que el tiempo transcurrido entre el 03-sep-2018 y el 21-agosto-2019 no se le puede atribuir al demandante por situaciones esencialmente atribuibles al procedimiento mismo y, adicional a ello, tampoco se dieron las condiciones de los numerales 2 y 5 del citado artículo 95 del C.G.P. porque no se terminó el proceso con el medio exceptivo y tampoco se declaró la nulidad, como para que se entendiera ineficaz dicha interrupción.

Así las cosas, para el caso debe entenderse interrumpida la prescripción con la presentación de la demanda del 12-febrero-2018.

En torno a la prescripción parcial que se avizora, se tiene que la **prima de servicios** la cual es pagadera en junio y diciembre de cada anualidad. Frente a la primera, la prescripción se empieza a contar desde el 1 de julio, y la que se debe pagar a más tardar el 20 de diciembre, empieza a contarse desde el día siguiente.

El órgano de cierre de esta jurisdicción en sentencia 43894 del 10 de junio de 2015 M.P. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas, dijo: «[...] respecto de las primas de servicios y los intereses a las cesantías, que fueron las otras dos condenas impuestas por el Ad quem, el término de prescripción sí se cuenta desde su respectiva causación, tal y como se hizo en la sentencia acusada, y en esa medida no erró en la exégesis de la norma acusada.»

Aplicando lo anterior al caso, se tiene que prescribieron las causadas en el 2014 y, atendiendo que en general los derechos causados con anterioridad al 12-febrero-2015 en este caso prescriben, se tiene que la prima de servicios generadas entre dicha calenda y el 11 de abril de 2016 estarían a salvo de la prescripción, lo que conlleva a una condena por ese concepto y teniendo en cuenta el excedente mensual (\$100.000) a favor, asciende a la suma de **\$116.389**.

Frente a las **cesantías**, dispone el art. 249 del CST que, al término del contrato de trabajo, el empleador está obligado a pagarle al trabajador un mes de salario por cada año trabajado o proporcional si el tiempo fuere inferior a un año, situación que implica que son exigibles por el trabajador al momento de terminar el contrato de trabajo, por lo que la prescripción empezaría a correr a partir del día siguiente a la terminación del vínculo. Aquí es de aclarar que dicha situación no cambia en tratándose de reajuste

de las cesantías que son consignadas anualmente, tal y como se dijo en la sentencia 46704 del 26 de octubre de 2016:

«En este punto debe aclararse, que las cesantías así se tengan que consignar anualmente en un fondo de pensiones, se hacen exigibles a la terminación del contrato de trabajo, ya que por la naturaleza y finalidad de esta prestación social, destinada a atenuar las vicisitudes que pudieren sobrevenir de la condición de cesante en que pudiera encontrarse el trabajador, solo a la finalización del vínculo aquél podría beneficiarse sin las limitaciones exigidas en los casos en que durante la vigencia de la relación laboral necesitara anticipos parciales o préstamos sobre las mismas, lo que significa que desde el día siguiente a culminarse el contrato resulta dable contar con la efectiva libertad de disposición.»

Lo anterior significa que el derecho a su pago se hace exigible al terminar el vínculo laboral y, por tanto, a partir de ese momento corre el término de la prescripción. Con todo, al no haberse recurrido los extremos a los que hizo alusión la A-quo, esto es, entre el 09-mayo-2014 y el 16-abril-2016, previos cálculos aritméticos respecto del excedente a favor, a la demandante se le adeuda un excedente por **\$192.222**.

Finalmente, frente al reajuste de los **intereses a las cesantías**, se aplica la prescripción trienal que empieza a contarse desde la fecha que vence el plazo para que el empleador los pague, esto es, el 31 de enero de cada anualidad que es el momento de exigibilidad. Lo anterior significa que, en el presente asunto se encontrarían prescritos los intereses que eran exigibles con antelación al 12-febrero-2015, lo que implica que el reajuste de los intereses sobre las cesantías de los años 2015 y 2016, generan un valor a favor del demandante por **\$12.969**, según los cálculos realizados por la Sala.

Finalmente, como quiera que los **aportes en pensión** no están sujetos a la prescripción, se ordenará el pago de un excedente mensual de \$100.000 en el IBC mensual generado entre el 09-mayo-2014 y el 11-abril-2016, atendiendo los extremos a que se hizo alusión en la sentencia y que no fueron objeto de reclamo.

De la indemnización moratoria.

En cuanto a la buena o mala fe, ésta se debe analizar para los efectos de la indemnización moratoria del artículo 65 CST a la que se aspira, debiéndose indicar que la jurisprudencia ha lineado que esta no es automática y que al momento de estudiar su procedencia corresponde abordar la conducta del empleador que se sustrajo del pago de sus obligaciones laborales, para efectos de determinar si actuó o no de buena fe (CSJ SL1166-2018, CSJ SL1430-2018 y CSJ SL2478-2018).

Para el caso, es de puntualizar que no basta con la contemplación objetiva de las acreencias laborales, sino que dentro de su análisis ha de revisarse las razones subjetivas, serias, razonables y atendibles, que justifiquen el obrar omiso del obligado, por lo que, al tener el bono de asistencia la finalidad de retribuir la prestación personal y efectiva del servicio, a juicio de la Sala, no conllevan a denotar su buena fe, puesto que como ya se expuso, tal incentivo, se constituye como un prerequisite ineludible, en orden a que sea posible que la trabajadora se ponga al servicio del empleador, y este pueda entonces beneficiarse de la labor, impartirle órdenes y reglamentos, llamarle la atención etc., por lo que se queda sin

sustento que se quiera restar su incidencia salarial sin más, aun cuando está claro que es la obligación del trabajador de asistir al trabajo, la que tiene como finalidad la prestación del servicio, y consecuentemente, su retribución directa a favor del empleador sin que en este caso se hubiese acreditado por el empresario que su entrega obedecía a una finalidad diferente a pesar que era a él a quien incumbía la carga de probar que su destinación tenía una causa no remunerativa.

Es que atendiendo los lineamientos de la Sala de Casación Laboral⁵, la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la simple afirmación del demandado de creer estar actuando conforme a derecho, pues, en todo caso, es indispensable la verificación del haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción. Por tanto, el carácter salarial del bono de asistencia, desconocido por el empleador, no es razón suficiente para eximirle de la sanción moratoria, amén que el órgano de cierre de esta jurisdicción ha indicado que *“la práctica de entregar sumas de dinero al abrigo de figuras de desalarización o exclusión salarial, en fraude a la ley y con el ánimo de disimular su verdadera naturaleza salarial y, a la postre, liquidar sobre ellas prestaciones sociales, que luego son entregadas al trabajador con otros nombres o bajo otras denominaciones, evidencia un acto desprovisto de buena fe (...)”*

Por ende, no se observa un argumento o razón suficiente para eximir a la demandada de la sanción moratoria, como quiera que ningún elemento probatorio se allegó para probar la presencia de una conducta consciente, aceptable y convincente.

Obligado resulta, la condena por la indemnización moratoria, para lo cual se tomará en cuenta que la demandante devengaba más del salario mínimo - *atendiendo el bono con carácter salarial* -, por lo que, según las voces del artículo 65 del C.L., al haber presentado la demanda 24 meses siguientes a la finalización del contrato de trabajo, el valor a que tiene derecho, corresponde a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales, a partir del 11-04-2016 - fecha de terminación - y hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación.

En cuanto a las costas de primera instancia que fueron objeto de recurso por la parte demandante, debido a que resultaron viables los pedidos de la demanda de manera parcial, conlleva a que se impongan al demandado a favor del accionante en un 20% de las causadas, por lo que se revocará en ese sentido el ordinal tercero de la sentencia.

Con todo, se dispondrá a modificar parcialmente el ordinal primero de la sentencia de primera instancia respecto de la prescripción declarada, se revocarán los ordinales segundo y tercero ordenar el reajuste de la prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y aportes en pensión, teniendo en cuenta la prescripción parcial dispuesta y, se adicionará la condena

⁵ Sentencia del 18-05-2016. Radicado 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo

relativa a la indemnización moratoria. En lo demás, se confirmará la sentencia.

Conforme a lo aquí dispuesto y por haber salido avante el recurso de apelación, las costas en esta instancia serán a cargo de la demandada, pues el recurso propuesto por la pasiva no tuvo vocación de prosperidad.

Por lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR parcialmente el ordinal primero de la sentencia del 17 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, el cual quedará así:

“**PRIMERO: DECLARAR** parcialmente probada la excepción de **PRESCRIPCIÓN** formulada por **TELEMARK SPAIN S.L**, frente a la reliquidación de la prima de servicios e intereses a las cesantías causadas con anterioridad al 12-02-2015”.

SEGUNDO: REVOCAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia recurrida. En su lugar, **DECLARAR** que el bono de asistencia de \$100.000 pagado por **TELEMARK SPAIN S.L** a la trabajadora **NOHEMI YOHANA SCARPETTA LLOREDA**, constituye factor salarial para el reajuste de la prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y aportes en pensión, por el tiempo laborado entre el 09-05-2014 y el 11-04-2016.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia para **CONDENAR** a **TELEMARK SPAIN S.L** a pagar a la señora **NOHEMI YOHANA SCARPETTA LLOREDA** la suma de **\$321.580** por concepto de reajuste a la prima de servicio (116.389), cesantías (192.222) e intereses a las cesantías (12.969).

CUARTO: ADICIONAR la sentencia para **CONDENAR** a **TELEMARK SPAIN S.L** a pagar a **NOHEMI YOHANA SCARPETTA LLOREDA** la indemnización moratoria del artículo 65 del C.L., por los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las sumas adeudadas por concepto de prestaciones sociales, a partir del 11-04-2016 y hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación.

QUINTO: ADICIONAR la sentencia para **CONDENAR** a **TELEMARK SPAIN S.L** a pagar a favor de **NOHEMI YOHANA SCARPETTA LLOREDA** el reajuste de los aportes en pensión, teniendo en cuenta el IBC adicional de \$100.000 entre el 09-mayo-2014 y el 11-abril-2016, ante el fondo de pensiones donde se encuentre afiliada la demandante.

SEXTO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de disponer como condena en costas a favor de la demandante en un 20% de las causadas, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen.

SÉPTIMO: CONFIRMAR la sentencia en lo demás.

OCTAVO: COSTAS en esta instancia a favor de la parte demandante y a cargo de Telemark Spain S.L.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMAN DARÍO GOEZ VINASCO

OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ

Firmado Por:

German Dario Goez Vinasco
Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0746167d0a43f0ad9e998758d1b9520d8ada6819138817b75a79cca4889b577a**

Documento generado en 22/08/2022 01:08:17 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>