***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, Jueves 11 de agosto de 2016*

***Radicación No****:**66001-31-05-002-2014-00146-01*

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

***Demandante****: Dora Nelly Hoyos Clavijo*

***Demandado:*** *Claudia Lorena Gallón Echeverry*

***Juzgado de origen****: Segundo Laboral del Circuito de Pereira*

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

***Tema a tratar: Subordinación Laboral. Concepto****. Pero sin duda, el elemento esencial que distingue una vinculación laboral de cualquier otra es la subordinación, la cual implica la sujeción que debe tener el trabajador y la correspondiente facultad del empleador, de imponerle las condiciones de la prestación personal del servicio, esto es, fijar el lugar, la forma y el tiempo en que se debe desarrollar la labor, además de la posibilidad de imponer sanciones, hacer llamados de atención y, en general, determinar circunstancias de calidad y cantidad de trabajo que debe realizar el empleado, teniendo como límite esta facultad la dignidad humana del trabajador y sus derechos fundamentales.* ***Auxilio de transporte y viáticos. Son pagos diferentes.*** *Como se evidencia de la norma en cita, el auxilio de transporte nació como un pago a cargo del patrono y a favor de sus trabajadores, con el fin de subsidiarles el transporte desde su lugar de residencia hasta el sitio de trabajo y viceversa, mas no como un pago para el traslado de la oficina base de la empresa al lugar donde se debe ejecutar la labor, pues estos pagos ya configuran viáticos.* ***Deberes probatorios de quien tacha un documento.*** *Dicha aseveración, sin embargo, se quedó en eso, en una mera enunciación de unas deficiencias, pero sin acreditación alguna, razón por la cual no puede aceptarse ni restársele el valor probatorio a dichos documentos, pues recuérdese que quien tacha un documento, además de hacer tal manifestación –que en este caso no se hizo- está en el deber de presentar las pruebas que sustenten su dicho (art. 290 CPC y 270 del CGP), lo que en este caso, como ya se dijo, se echa de menos.* ***Indemnización moratoria. Deber del Juez de verificar buena o mala fe del empleador al finalizar el contrato de trabajo.*** *Finalmente, en lo referente a la indemnización moratoria de que trata el canon 65 del CST, dígase que la misma se impone cuando al finalizar el contrato de trabajo, el empleador no paga las prestaciones y salarios adeudados al trabajador. Sin embargo, se ha decantado hasta la saciedad por parte de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, que tal indemnización no procede de manera inexorable y automática, amén que es necesario que el juzgador analice, en cada caso en particular, si existe alguna razón que justifique el impago por parte del patrono, es decir, se debe verificar si la actuación de éste estuvo revestida de buena fe. Esta buena fe se debe verificar, se insiste, al momento del finiquito del contrato de trabajo.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los once (11) días del mes de agosto de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala de Decisión Laboral No. 03 del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver los recursos de apelación propuestos por ambas partes contra la sentencia dictada el 14 de mayo de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Dora Nelly Hoyos Clavijo*** contra ***Claudia Lorena Gallón Echeverry.***

**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 la declaratoria de un contrato de trabajo entre las partes, que tuvo vigencia entre el 03 de agosto de 2010 y el 23 de diciembre de 2013 y, consecuente con lo anterior, se impongan condenas, tendientes a la reliquidación de prestaciones sociales entre los años 2011 y 2013. Que se reintegren las sumas descontadas por concepto de fugas entre los mismos años, que se reintegren igualmente las sumas no pagadas bajo el concepto de retención, entre los mismos años, que se cancelen las comisiones no pagadas por devolución entre esos mismo periodos, que se cancele el subsidio de transporte entre los años 2011 a 2013, que se imponga la indemnización moratoria desde el 24 de diciembre de 2013 y hasta el pago de lo adeudado y las costas procesales.

Para así pedir, relata que la demandada es propietaria del establecimiento de comercio “Nutrición, vida y bienestar familiar”, que el mismo es administrado por la señora Eloina Echeverry, que la demandante laboró allí desde el 03 de agosto de 2010 y el 23 de diciembre de 2013, que el cargo desempeñado era el de asesora nutricionista, que el salario devengado por la demandante era por comisiones entre el 19 y 20% si las ventas eran mayores o menores a $3.500.000, que el horario de trabajo iba de 7.30 a.m. a 4 p.m., que no le cancelaban auxilio de transporte, que anualmente le liquidaban las prestaciones sociales, sobre el salario mínimo y el subsidio de transporte sin tener en cuenta las comisiones, que quincenalmente se le retenía la suma de $26.000 por si los clientes no cancelaban la factura, que en caso de fugas (usuario que no cancelaba y se perdía su rastro), el empleador descontaba la comisión pagada y el valor del producto, que tampoco le cancelaban a la demandante la comisión por ventas cuando se presentan devoluciones, que la actora laboró hasta el 23 de diciembre de 2013 porque le informaron que la retención para el año siguiente iba ser de $35.000 quincenales, que la empleadora tenía afiliada a la demandante a seguridad social.

Admitida la demanda, la parte demandada allegó respuesta, en el que acepta que el establecimiento de comercio denominado “Nutrición, vida y bienestar familiar” es de su propiedad y niega los restantes. Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito a su favor las de “Prescripción”, “Inexistencia de contrato de trabajo entre la demandante Dora Nelly Hoyos Clavijo y la demandada Claudia Lorena Gallón Echeverry”, “Cobro de lo no debido”, “Pretensión de enriquecerse sin causa por parte de la demandante a costas de la demandada”, ”Existencia y aceptación de fugas, pérdidas, deterioros y extravío de productos vitamínicos, toda vez que dichos productos fueron recibidos y puestos en manos de Dora Nelly Hoyos Clavijo y ella tenía la obligación de responder por ellos”, “Compensación”, y “Mala fe de la demandante”.

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

Evacuadas las etapas del proceso, la Juzgadora a-quo dictó sentencia en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre los extremos planteados en la demanda, pero no accedió a ninguna de las condenas impuestas. Para así concluir, la sentenciadora estimó que las pruebas testimoniales practicadas, dan cuenta de que efectivamente entre las partes existió una relación de naturaleza laboral, amén que existía imposición de horarios y de metas, se hacían llamados de atención y, en general, se coordinaba la labor de la forma propia como se hace en los contratos laborales, razón por la cual esa es la connotación que debía tener la relación entre las partes. Tal conclusión, se afinca también en las varias liquidaciones de prestaciones sociales que obran en el proceso.

Frente a las condenas deprecadas, termina negándolas, amén que encuentra que no existe prueba dentro del expediente del valor de las comisiones ni de los descuentos alegados. En cuanto al auxilio de transporte, estima que el mismo sí se pagaba por la demandada, tal como lo confesó la actora en el interrogatorio de parte, al indicar que diariamente se le daban $6.000 para transporte.

***III. APELACIÓN***

El procurador judicial de la parte demandante, estima que sí existe probanza sobre los descuentos efectuados por las partes. Tal prueba es la documental aportada con la demanda, en la que se constata lo que se retenía y descontaba.

Frente al tema del auxilio de transporte, estima que el dinero que se daba diariamente no constituía tal, razón por la cual se ha de tener insoluto este auxilio.

Por su parte, el togado que representa a la demandada, encuentra que la declaratoria de contrato de trabajo, debe ser revocada, por cuanto estima que esa parte demostró suficientemente que la relación no era laboral, dado que no existía subordinación, más allá de la propia que debe existir entre las partes que firman un contrato de cualquier naturaleza.

***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:

***V. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

Para resolver el recurso de apelación, la Corporación planteara los siguientes interrogantes jurídicos.

*¿Existió subordinación laboral en el presente asunto?*

*¿La suma que se entregaba diariamente a la demandante tiene la calidad de ser auxilio de transporte?*

*¿Hay prueba de las retenciones indebidas que hacia la demandada a la señora Hoyos Clavijo?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

* *Subordinación laboral.*

El contrato de trabajo, como todos los contratos entre las personas, parte de unos elementos comunes, como lo es la capacidad, el consentimiento, el objeto lícito y una causa lícita. No obstante, para que el mismo genere una relación regida por las leyes laborales, es necesario que se aúnen tres elementos esenciales, enunciados por el legislador en el artículo 23 del Código Laboral, los cuales son: (i) la prestación personal de un servicio, (ii) la subordinación o sujeción que existe entre el trabajador y empleador y (iii) el salario como retribución del servicio prestado.

Pero sin duda, el elemento esencial que distingue una vinculación laboral de cualquier otra es la subordinación, la cual implica la sujeción que debe tener el trabajador y la correspondiente facultad del empleador, de imponerle las condiciones de la prestación personal del servicio, esto es, fijar el lugar, la forma y el tiempo en que se debe desarrollar la labor, además de la posibilidad de imponer sanciones, hacer llamados de atención y, en general, determinar circunstancias de calidad y cantidad de trabajo que debe realizar el empleado, teniendo como límite esta facultad la dignidad humana del trabajador y sus derechos fundamentales.

Es pues la subordinación, una característica especial y única de las relaciones regidas por el derecho laboral, sin que ello desconozca que todos los contratos llevan ínsitos una sujeción entre las partes, dado que quien contrata la realización de una obra está facultado para imponer a su contratista unas determinadas características del objeto contratado, pero no para imponerle las herramientas o la forma de ejecución que debe llevarse a cabo, dado que esta le incumbe definirlas al contratista, facultad que sí tiene el empleador frente a su trabajador.

Teniendo en cuenta lo dicho, en el caso puntual se tiene que, de conformidad con la prueba testimonial practicada, la demandada Gallón Echeverry, por medio de su progenitora Eloina Echeverry, disponía la forma como se realizaba la labor por parte de la demandante y de las demás asesoras comerciales del establecimiento de comercio “Salud, Vida y Bienestar Familiar”. Según las versiones de Sandra Milena Calle Marín y Noralba Calle Cifuentes, la señora Eloina, ejerciendo como administradora del aludido establecimiento, realizaba reuniones para hacer llamados de atención por las llegadas tarde, fijaba metas, imponía productos a vender y disponía los lugares donde se debía ejercer esa función, fijándolos en un tablero que había en la sede del comercio mencionado. Los llamados de atención, según se relata por la misma testigo de la parte demandada Kelly Johana Henao Rodríguez, sí se presentaban, cuando no acudían o acudían tarde al trabajo, exigiéndosele además una excusa que justifique la inasistencia. Estas circunstancias, sin duda, que acreditan que entre las partes enfrentadas, en puridad de verdad existía una subordinación laboral, que aunado a la prestación personal del servicio que hacia la demandante Dora Nelly Hoyos Clavijo y a la remuneración percibida por esa labor, configura un contrato de trabajo. Esta conclusión, además, se apoya en que la misma parte demandada reconocía prestaciones sociales, tal como se evidencia en los folios 56 a 65 del expediente, en los cuales la misma parte demandada trajo al proceso las liquidaciones de primas, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, lo que evidencia que era consciente de que estaba atada laboralmente con la demandante.

Así las cosas, tal como lo dijo la Jueza a-quo, se declarará la existencia de un contrato de trabajo, en los extremos por ella referidos, dado que los mismos no fueron discutidos en el recurso de apelación.

* *Auxilio de transporte.*

Este pago fue creado mediante el artículo 2º de la Ley 15 de 1959, siendo oportuno, para determinar su finalidad, traer el tenor literal de la norma:

*“Establécese –sic- a cargo de los patronos en los municipios donde las condiciones del transporte así lo requieran, a juicio del gobierno,* ***el pago del transporte desde el sector de su residencia hasta el sitio de su trabajo****, para todos y cada uno de los trabajadores cuya remuneración no exceda de un mil quinientos pesos ($ 1.500) mensuales” (negrillas del Despacho).*

Como se evidencia de la norma en cita, el auxilio de transporte nació como un pago a cargo del patrono y a favor de sus trabajadores, con el fin de subsidiarles el transporte desde su lugar de residencia hasta el sitio de trabajo y viceversa, mas no como un pago para el traslado de la oficina base de la empresa al lugar donde se debe ejecutar la labor, pues estos pagos ya configuran viáticos.

En el caso puntual, la parte demandante aceptó en el interrogatorio de parte que recibía la suma de $6.000 diarios para efectos de trasladarse al lugar donde iban a ejercer la labor de asesoría y venta de productos vitamínicos y naturistas, versión que es ratificada por todos los declarantes traídos al proceso, quienes además señalaron, que cuando iban fuera de la ciudad, el valor de estos pagos se aumentaba, dependiendo del lugar a donde se trasladaran. Sin embargo, a pesar de tenerse certeza sobre el valor recibido diariamente por este concepto, debe decirse que tal como lo alega el apelante, estos pagos no pueden constituir el reemplazo o la compensación del auxilio de transporte establecido por Ley, por cuanto los mismos se hacían con miras a que la demandante se trasladara hasta el punto donde iban a ejercer su labor de venta, es decir, no se pagaban para subvencionar los costos de transporte desde su lugar de residencia hasta la sede de la empresa y para su posterior retorno a aquella. Los pagos diarios de $6.000 o más, no constituyen auxilio de transporte, sino viáticos y, por lo mismo, el auxilio de transporte se encuentra insoluto. Más adelante se concretará su valor.

* *Retenciones indebidas. Prueba.*

La jueza a-quo encontró que al tenor del artículo 149 del Código Laboral, los valores que se retenían a la demandante, relatados por los testigos, por concepto de fugas o devolución de productos o simple retención, no estaban justificados y se encontraban prohibidos, por lo menos, los anteriores al 14 de enero de 2013, fecha a partir de la cual, se suscribió autorización escrita por la demandante para que se efectuara un descuento quincenal de $26.100 –fl. 119-. Sin embargo, a pesar de encontrar la ilegalidad de dichas retenciones, estimó que no existían pruebas en el infolio que acreditaran su valor, dado que las nóminas aportadas con la demanda –fls. 8 a 36- habían sido tachados por la parte demandada y, los mismos, no contaban con certeza alguna de autenticidad.

La parte apelante, por su lado, estimó que en el infolio sí milita la prueba de tales descuentos, aludiendo a las nóminas enunciadas, por lo que dichos documentos deben ser debidamente valorados.

Pues bien, apreciando la contestación de la parte demandada –fls. 47 a 54-, el portavoz de este extremo dedicó un breve acápite para pronunciarse de las pruebas presentadas por la actora, manifestando que dichos desprendibles contienen unas inconsistencias, amén que no se trataba, en muchos casos, de la información definitiva de la quincena. Dicha aseveración, sin embargo, se quedó en eso, en una mera enunciación de unas deficiencias, pero sin acreditación alguna, razón por la cual no puede aceptarse ni restársele el valor probatorio a dichos documentos, pues recuérdese que quien tacha un documento, además de hacer tal manifestación –que en este caso no se hizo- están en el deber de presentar las pruebas que sustenten su dicho (art. 290 CPC y 270 del CGP), lo que en este caso, como ya se dijo, se echa de menos.

Por lo tanto, las nóminas mencionadas sí tienen validez probatoria, por lo que cometió una equivocación la falladora de primera instancia al excluirlas de su análisis probatorio, máxime cuando de su contenido, se puede extraer, aunque de manera parcial, el valor de unas retenciones indebidas, por concepto de devolución de mercancía, fuga y retención, valores que como lo evidenció la juzgadora de primer grado, no podían descontarse a la trabajadora.

Se dispone entonces la Sala, a determinar que valores de esos retenidos deben formar parte de la remuneración de la demandante, para establecer de allí el valor del salario y estudiar si las prestaciones liquidadas, corresponden a los valores que debieron realmente pagarse. Para los años 2011 a 2013, la base salarial fue la siguiente:



Establecidos estos salarios promedio en cada uno de los años, se verifica que en los años 2012 y 2013, el valor encontrado por la sala supera el valor pedido en la demandada, por lo que en virtud de los principios de la congruencia y la consonancia y ante la prohibición de que en segunda instancia se falle por fuera de lo pedido, se tomará como base para la liquidación los enunciados en el libelo genitor de la relación laboral. A continuación se procederá a determinar si las liquidaciones efectuadas por la demandada son acertadas o no, aunque previamente, para evitar un desgaste innecesario, se estima pertinente entrar a estudiar primigeniamente la prescripción propuesta en la contestación de la demanda.

Los cánones 488 y 151 del CST y del CPTSS, respectivamente, establecen que el término de prescripción de las acciones que emanan de los derechos sociales, es de tres años, siendo posible su interrupción por una única vez, con el simple reclamo escrito del trabajador al patrono. Pues bien, en este caso, la interrupción no se dio con el reclamo directo del trabajador al empleador, sino que se hizo por medio de la demanda laboral ordinaria que motivo este proceso, misma que se incoo el 20 de marzo de 2014. Por lo tanto, atendiendo las reglas de prescripción, se declararán prescritas todas las prestaciones causadas con antelación al 20 de marzo de 2011.

Teniendo claras las prestaciones exigibles, se procede a efectuar la reliquidación de las mismas, tomando como base el salario obtenido, lo cual se refleja en el siguiente cuadro:



 Se observa entonces, que por diferencia entre lo pagado y lo que realmente se debió pagar por prestaciones sociales entre los años 2011 y 2013, se adeuda la suma de $1.187.359.

Frente a la petición de reintegro de sumas descontadas por concepto de fugas y retención, la misma es admisible, tal como se dijo, por constituir estos conceptos descuentos ilegales, precisándose que las retenciones del año 2013, a pesar de ser autorizadas por la demandante, deben reintegrarse, amén que tal pacto trasgrede el mínimo de derechos de la trabajadora, pues es claro el mandato contenido en el canon 149 del Código Laboral, en el sentido de prohibir estas retenciones que están encaminadas a precaver posibles daños en los materiales o mercancías, pues este riesgo lo debe asumir únicamente el empresario.

Así las cosas, se procede a concretar la condena por estos conceptos, así:



En cuanto a las comisiones no pagadas por ventas, ante las devoluciones, se tiene que la prueba testimonial allegada al infolio, e incluso la misma demandante en su interrogatorio de parte, aceptó que las comisiones se pactaron sobre las ventas netas, esto es, aquellas que efectivamente se concretarán, por lo que si había devoluciones, las mismas no podrían sumarse para comisiones. Se absolverá, en consecuencia por este concepto.

En lo tocante al auxilio de transporte, atendiendo lo dicho en el acápite correspondiente, se concreta su valor, para lo cual se atenderán los valores fijados por el Gobierno Nacional para cada una de las anualidades y, además, se tomará en cuenta la excepción de prescripción, así:



Finalmente, en lo referente a la indemnización moratoria de que trata el canon 65 del CST, dígase que la misma se impone cuando al finalizar el contrato de trabajo, el empleador no paga las prestaciones y salarios adeudados al trabajador. Sin embargo, se ha decantado hasta la saciedad por parte de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia, que tal indemnización no procede de manera inexorable y automática, amén que es necesario que el juzgador analice, en cada caso en particular, si existe alguna razón que justifique el impago por parte del patrono, es decir, se debe verificar si la actuación de éste estuvo revestida de buena fe.

Esta buena fe se debe verificar, se insiste, al momento del finiquito del contrato de trabajo. En este caso, al hito final del convenio que ató a las enfrentadas, la demandada Gallón Echeverry, efectuó una liquidación de todas las prestaciones debidas, obteniendo un valor de $1.186.723 más los $330.000 que reconoció por concepto de prima de servicios (fls. 64 y 65). Si bien esta suma, no corresponde a lo que realmente se debió pagar, sí permite arribar a la conclusión de que la demandada no canceló la totalidad de lo adeudado, por estar convencida de que su actuar era el adecuado. No se avista mala fe, entendida esta como la intención de actuar contrario a los mandatos legales e infringir el ordenamiento, sino que se observa que la demandada actuó bajo una convicción errada de estar apegada a la norma. Por tal motivo, estima esta Sala que no debe imponerse la sanción moratoria contenida en la norma antes mencionada.

En cuanto a las restantes excepciones propuestas por la parte demandada, las mismas quedan resultas ínsitamente en las consideraciones ya vertidas.

Las costas en esta instancia estarán cargo de la parte demandada en un 80%. Las de primer grado se modificaran para imponerlas en este mismo porcentaje.

 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. ***Confirmar*** el ordinal primerode la sentencia proferidael 14 de mayo de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de ***Dora Nelly Hoyos Clavijo*** contra ***Claudia Lorena Gallón Echeverry.***
2. **Revocar** el ordinal segundo de la sentencia mencionada y en su lugar, **condenar** a la señora **Claudia Lorena Gallón Echeverry** a pagar a la señora **Dora Nelly Hoyos Clavijo** la suma de **ocho millones doscientos catorce mil setecientos setenta y nueve pesos ($8.214.779),**  por concepto de reliquidación de prestaciones sociales y otros pagos (primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones), por el reintegro de las sumas retenidas por el empleador bajo el concepto de retenciones y fugas y el auxilio de transporte, todos estos valores causados entre los años 2011 y 2013.
3. **Declarar probada parcialmente** la excepción de prescripción, propuesta por la parte demandada, frente a las prestaciones sociales, otros pagos y retenciones ocurridas con anterioridad al 20 de marzo de 2011. Las restantes excepciones se declaran no probadas
4. **Absolver** a la parte demandada de las restantes pretensiones de la demanda.
5. **Modificar** el ordinal 3º de la sentencia apelada, en el sentido de que el porcentaje de las costas procesales de primer grado que deberá pagar la demandada son del 80%.
6. **Condenar** a la parte demandada a las costas de segunda instancia en un 80% de las causadas.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERON OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA**

 Magistrada Magistrada

 **ALONSO GAVIRIA OCAMPO**

 Secretario