El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la secretaría de esta Corporación.

Providencia: Sentencia del 30 de septiembre de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-005-2014-00410-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Martha Bibiana Zuloaga Giraldo

Demandado: Reinel Cardona Ramírez

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema:**

 **Contrato de trabajo – Auxilio de transporte:** Al haber quedado demostrado que la demandante percibía unos emolumentos con los cuales se suplía el auxilio de transporte, no había lugar a reconocer su pago como si nunca se hubiera cancelado, lo que de contera lleva a concluir que las prestaciones sociales a que tenía derecho debían incluir ese monto, mismo que en momento dejó de cancelarse con ocasión de la distancia que existía entre los establecimientos donde la demandante prestó sus servicios y el lugar donde ella residía.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: Ana Lucía Caicedo Calderón

Acta No. \_\_\_\_

(Septiembre 30 de 2016)

Siendo las 2:30 p.m. de hoy, septiembre 30 de 2016, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado Martha Bibiana Zuloaga Giraldo en contra de Reinel Cardona Ramírez.

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**Sentencia**

Como quiera que los argumentos expuestos en las alegaciones han sido tenidos en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver la apelación propuesta por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el día 4 de mayo de 2015.

**Problema jurídico a resolver**

De conformidad con lo expuesto en la sentencia de primer grado y en recurso de apelación, el problema jurídico en esta instancia se circunscribe a verificar si es dable ordenar el pago del auxilio de transporte a la señora Martha Bibiana Zuloaga Giraldo por el tiempo laborado para el demandado, y si es procedente tener en cuenta ese monto para liquidar las prestaciones sociales.

1. **La demanda y su contestación**

 La citada demandante solicita que se declare que entre ella y el señor Reinel Cardona Ramírez existió un contrato de trabajo a término indefinido de tipo verbal que inició el 5 de enero de 2010 y fue finalizado por ese empleador el 15 de febrero de 2014, de manera unilateral y sin mediar justa causa. En consecuencia, procura que se condene a la parte demandada a pagarle las prestaciones, vacaciones, horas extras, auxilio de transporte y dotación causadas en ese lapso, debidamente indexadas; así como la indemnización por despido injusto; un día de salario por cada día de retardo en el pago de las deudas laborales; lo que resulte probado en virtud de las facultades extra y ultra petita y las costas procesales.

 Para fundar dichas pretensiones manifiesta que prestó sus servicios de manera personal y subordinada, a través de un contrato de trabajo a término indefinido, en los establecimientos de comercio “Almacén Muebles y Colchones” y “Almacén Mundo de los Muebles”, ambos de propiedad del demandado. Agrega que laboró desde el 5 de enero de 2010 hasta el 15 de febrero de 2014, cuando fue despedida de manera unilateral y sin justa causa por parte de su patrón, mediante comunicación escrita del 27 de enero de 2014.

 Refiere que todas sus funciones fueron relacionadas con la contabilidad; que la jornada de trabajo que cumplió fue de lunes a sábado, de 8:30 a.m. a 7:00 p.m., laborando dominicales cada 15 días, así como los días festivos de 9:00 a.m. a 1:00 p.m.; que siempre recibió como contraprestación el salario mínimo y que nunca se le pagó el auxilio de transporte, las horas extras, recargos nocturnos, dominicales, festivos, ni se le suministró calzado ni vestido de labor.

 Indica que las prestaciones sociales no le fueron bien liquidadas y que las cesantías se le cancelaron directamente sin mediar solución de continuidad en el contrato laboral; que nunca fue afiliada a ninguna administradora de fondo de cesantías ni al sistema de seguridad social de manera completa y, que nunca se le llamó la atención.

El señor Reinel Cardona aceptó que la demandante se desempeñó como administradora, pero como empleada de confianza; que laboró en el establecimiento “Muebles y Colchones”; que la labor de la demandante fue desempeñada a través de un contrato verbal y que la desarrollaba de lunes a viernes desde las 8:30 a.m. Acepto igualmente que la actora devengaba el salario mínimo y que no se le canceló el auxilio de transporte pero en razón a que vivía cerca al trabajo y, por lo tanto, no debía tenerse en cuenta para la liquidación de las prestaciones sociales.

Por último, acepto que pagó horas extras a la promotora del litigio ni se le suministró vestido ni calzado porque ejerció un cargo de dirección, manejo y confianza, y que las cesantías le fueron canceladas directamente por acuerdo entre las partes. Frente a los demás hechos indicó que no eran ciertos o que no le constaban.

Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó “Inexistencia de las obligaciones demandadas”; “Cobro de lo no debido”; “Pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral” y “Buena fe exenta de culpa”.

1. **Sentencia de primer grado**

 La Jueza de primera instancia determinó que entre Martha Bibiana Zuloaga Giraldo y el señor Reinel Cardona Ramírez existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 5 de enero de 2010 y el 15 de febrero de 2014, el cual terminó por causas atribuibles al empleador; en consecuencia, condenó al demandado al pago de las diferencias obtenidas de la reliquidación de las prestaciones sociales a favor de la actora, las cuales ascienden a $477.841; así como $3.260.000 por concepto de auxilio de transporte por todo el tiempo laborado y $1.893.629 como indemnización por despido injusto.

 Igualmente, condenó al señor Cardona Ramírez a pagar la indexación de las sumas ordenadas desde el 15 de febrero de 2014 y lo condenó en costas procesales.

 Para llegar a tal determinación la A-quo consideró, en síntesis, que a pesar de que quedó probado que la demandante no se desempeñó como trabajadora de confianza y, por lo tanto, no se le podía exigir que desempeñara horarios distintos a los establecidos legalmente, no quedó demostrado con exactitud la cantidad de horas extras que laboró y, en esa medida, no le era dable como operadora judicial entrar a hacer suposiciones o cálculos aproximados al respecto.

 Seguidamente, indicó que al estar consagrado el auxilio de transporte en una norma de orden público era de obligatorio cumplimiento y no era renunciable ni negociable, tal como lo alegó la parte demandada, en consecuencia, era dable ordenar a la parte demandada que reconociera el causado durante todo el interregno que duró la relación.

 Finalmente, refirió que el hecho de que la empresa se cerrara o extinguiera no era una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, por lo tanto, condenó al demandado a pagar la indemnización por despido injusto.

1. **Recurso de apelación**

La apoderada del señor Reinel Cardona apeló la decisión arguyendo que de las pruebas testimoniales recaudadas en el proceso se podía establecer que la demandante no tenía derecho al auxilio de transporte reconocido por cuanto residía a pocas cuadras del lugar de trabajo; sin embargo, por ese concepto recibía una bonificación como subsidio de transporte.

1. **Consideraciones**

 Tal como quedó plasmado al momento de plantear el problema jurídico a resolver, teniendo en cuenta que la parte demandada fue la única apelante en el caso bajo examen, el análisis en el presente asunto se centrará en establecer, en primer lugar, si es procedente reconocer a la demandante el auxilio de transporte por el tiempo que prestó sus servicios a favor del demandado y, en segundo lugar, si ese emolumento debía tenerse en cuenta a efectos de liquidar las prestaciones sociales, quedando por fuera del debate lo relacionado con la sanción por despido sin justa causa y la de indexación de las condenas, por no haber sido objeto de censura.

 Previo a ello, debe indicar la Sala que dicho auxilio es una figura creada por la Ley 15 de 1959, y reglamentada por el Decreto 1258 de 1959, con el objetivo de subsidiar el costo de movilización de los empleados desde su casa al lugar de trabajo, que se paga a quienes devengan hasta dos [salarios mínimos](http://www.gerencie.com/salario-minimo.html) mensuales y tiene por objeto facilitar al empleado llegar al sitio de labor, por lo tanto, al no constituir una remuneración o ingreso, no hace parte del [salario](http://www.gerencie.com/salario.html) y no se incluye para el cálculo de los aportes parafiscales, para seguridad social ni para las vacaciones, empero, por expresa deposición legal del artículo 7º de la Ley 1ª de 1.963, sí **se debe tener en cuenta a la hora de calcular las prestaciones sociales**. Ahora bien, por disposición del Decretos 25 de 1963, que modificó el Decreto 1258 de 1959, al aludido guarismo debe pagarse sin tener en cuenta los criterios de distancia entre el lugar de trabajo y donde viva el empleado.

Descendiendo al caso de marras, debe indicarse que si bien es cierto que los derechos consagrados en normas de orden público son irrenunciables, tal como lo adujo la Jueza de instancia, en el sub lite quedó probado que la señora Zuloaga Giraldo sí percibió una suma por ese concepto según lo expuesto por los 4 testigos que rindieron declaración: María Ayde Cuartas, Luis Gonzaga Buitrago, Luz Marina Montes y Fernelly Gil Escobar *-este último llamado por la propia actora-*, quienes coincidieron en afirmar que la promotora del litigio y el demandando acordaron, desde el inicio y durante toda la relación laboral, que como pago de dicho subsidio se cancelarían mensualmente $50.000 a título de bonificación, sin que pueda entonces tomarse ese pago como una renuncia de la actora a su derecho y pasarse por alto de manera tajante, pues al haberse recibido efectivamente, debía liquidarse únicamente la diferencia dejada de pagar, teniendo en cuenta que para el año 2010 ese auxilio ascendía a $61.500; en el 2011 a $63.600; en el 2012 a $67.800; en el 2013 a $70.500 y en el año 2014 a $72.000.

Así las cosas, la Sala procedió a calcular el valor de las diferencias adeudadas por ese concepto desde el 5 de enero de 2010 hasta el 15 de febrero de 2014, obteniendo la suma de $791.845, tal como se observa en la liquidación que se pone de presente a los asistentes y que hará parte del acta que se levante con ocasión de la presente diligencia. Así las cosas, se modificará el ordinal tercero de la sentencia de primer grado.

En este punto es preciso indicar que el hecho de que no se hicieran descuentos a la demandante para el pago de seguridad social no puede tomarse como parte de pago por concepto del subsidio en mención; primero que todo, porque ello no tenía la connotación de valor “adicional” al salario, cono sí lo tenía la bonificación de $50.000; y segundo, porque al no efectuar los descuentos por seguridad social era el empleador quien cedía el derecho que le asistía, entendiéndose que si la demandante se benefició de ello se trataba de una dádiva que este le ofrecía, pero no precisamente para abarcar el concepto del transporte.

Ahora bien, a efectos de absolver el segundo cuestionamiento, debe indicarse que al haber quedado demostrado que la demandante percibía unos emolumentos con los cuales se suplía el auxilio de transporte, las prestaciones sociales a las que tenía derecho debían incluir ese monto, mismo que en momento alguno dejó de cancelarse con ocasión de la distancia que existía entre los establecimientos donde la demandante prestó sus servicios y el lugar donde ella residía, como se adujo en la contestación de la demanda y el recurso de alzada, situación que quedó desvirtuada con los pagos a los que se ha hecho alusión y que además carece de sustento legal, tal como quedó plasmado previamente.

Además de lo anterior, debe resaltarse que de la declaración de parte rendida por el señor Reinel Cardona Ramírez se extrae que la cercanía de la casa al lugar de trabajo nunca fue un factor determinante para abstenerse de cancelar el auxilio de transporte, pues en la misma indicó “uno no tenía en cuenta dónde vivía ella ni nada”; además, ninguno de los testigos a los que se ha hecho alusión refirió que la distancia entre los almacenes y las respectivas casas de los habitantes determinara si había lugar al pago o no del auxilio.

 Así las cosas, se mantendrá incólume la condena de pago de las diferencias salariales efectuada en primera instancia.

 Sin lugar a costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala de Decisión Laboral No. 1**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.- Modificar** el ordinal tercero de la sentencia proferida el 4 de mayo de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido Martha Bibiana Zuloaga Giraldo en contra de Reinel Cardona Ramírez, en el sentido que sentido de que este último debe cancelar a la demandante la suma de **$791.845** como diferencia dejada de pagar por concepto de auxilio de transporte.

**SEGUNDO.- Confirmar** en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

**TERCERO.-** Sin lugar a costas en esta instancia.

 **Notificación surtida en estrados. Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_**

Secretario Ad-Hoc

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Año**  | **Auxilio de transporte** | **Valor reconocido** | **Diferencia**  | **Meses**  | **Total a pagar** |
| 2010 |  $ 61.500,00  |  $ 50.000,00  |  $ 11.500,00  | 11,83 |  $ 136.045,00  |
| 2011 |  $ 63.600,00  |  $ 50.000,00  |  $ 13.600,00  | 12 |  $ 163.200,00  |
| 2012 |  $ 67.800,00  |  $ 50.000,00  |  $ 17.800,00  | 12 |  $ 213.600,00  |
| 2013 |  $ 70.500,00  |  $ 50.000,00  |  $ 20.500,00  | 12 |  $ 246.000,00  |
| 2014 |  $ 72.000,00  |  $ 50.000,00  |  $ 22.000,00  | 1,5 |  $ 33.000,00  |
|  |  |  |  |  |  $ 791.845,00  |