El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. 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 28 de julio de 2017

**Radicación No. :** 66001-31-05-001-2014-00482-01

**Proceso :** Ordinario Laboral

**Demandante :** Noralba Calle Cifuentes

**Demandado :** Colpensiones

**Juzgado :** Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira

**M.P. :** Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema INDEMNIZACIÓN MORATORIA Y BUENA FE EXENTA DE CULPA: (…)** A propósito del concepto de buena fe, en varias oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, y en la sentencia de marzo 16 de 2005, expediente 23987, indicó, rememorando una sentencia del año 1958: que la *“La buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud", como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958” (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223).*

#### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

#### **SALA LABORAL**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Julio 28 de 2017)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 10:20 a.m. de hoy, viernes 28 de julio de 2017, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **NORALBA CALLE CIFUENTES** en contra de **CLAUDIA LORENA GALLÓN ECHEVERRY** y **ELOINA ECHEVERRY ARANGO**. Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… demandada…

**Alegatos de conclusión**

Con fundamento en 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: Parte demandante… Parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a desatar el recurso de apelación promovido por la demandante en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el pasado 14 de julio de 2016.

**PROBLEMA JURIDICO**

De conformidad con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, le corresponde elucidar a la Sala si la codemandada **ELOINA ECHEVERRY ARANGO** fungió o no como empleadora de la demandante y si hay lugar al pago de la indemnización moratoria de la que fue absuelta la codemandada **CLAUDIA LORENA GALLÓN ECHEVERRY**

**I – ANTECEDENTES**

La señora **NORALBA CALLE CIFUENTES** dice que desde el 16 de enero de 2012 y hasta el 28 de febrero de 2013, laboró en el cargo de “asesora nutricional” en el establecimiento de comercio denominado *“nutrición vida y bienestar familiar”*, propiedad de **CLAUDIA LORENA GALLÓN ECHEVERRY** y administrado por ELOINA ECHEVERRY, devengando un salario proporcional al monto de sus ventas (conforme se explica detalladamente en el hecho 6º de la demanda), con la obligación de cumplir con una cuota mínima de $300.000 diaria en ventas.

 Señala igualmente, que trabajaba de lunes a viernes en horario de 07:30 a.m. a 04:00 p.m. y aunque fue liquidada al finalizar la relación laboral, se excluyó de lo adeudado lo descontado por las “fugas”, devoluciones y retenciones.

 Respecto a esto último, se anota en los hechos 11 y 12 de la demanda, que la demandada retenía quincenalmente la suma de $26.000 *“por si los clientes no cancelaban la factura”* y que las denominadas fugas, son pagos fallidos por morosidad o cambio de dirección de los clientes, casos en los cuales la empleadora le descontaba no solo la comisión pagada por la venta sino el valor comercial del producto.

 Por último, indicó que finalizó el contrato de trabajo por justa causa, por cuanto le iban a modificar las condiciones iniciales del contrato aumentándole a $35.000 pesos la retención quincenal por el descuento de fugas, por comentarios desafortunados de la administradora y por acoso laboral.

 En ese orden, enumeró como pretensiones: **1)** el pago de la reliquidación de sus prestaciones sociales, en la que se incluya como factor salarial el subsidio de transporte y se sumen, además, los descuentos y retenciones ilegales; **2)** que se reintegre la suma de $1.653.850, descontados por concepto de fugas; $2.353.600 por concepto de retención y $2.911.750 de las comisiones por ventas no pagadas por devolución; **3)** que se paguen $1.317.900 por concepto de subsidio de transporte, $2.213.000 de indemnización por despido injusto y $8.377.566 por la sanción moratoria ante la falta del pago completo de salarios y prestaciones sociales.

En respuesta a la demanda, la señora **CLAUDIA LORENA GALLÓN ECHEVERRY** negó la existencia de cualquier vínculo laboral con la demandante, con el argumento de que la relación que las había unido alguna vez, fue de carácter civil, pues nunca se configuraron los elementos esenciales del contrato de trabajo y aunque la demandante por la prestación de servicios independientes no tenía derecho a liquidación y pago de prestaciones sociales, ni subsidio de transporte ni primas ni cesantías, se le pagaron, como un acto de mera liberalidad, en señal de agradecimiento por sus ventas. En ese orden se opuso a las pretensiones de la demanda e invocó como defensa las excepciones de prescripción, inexistencia de contrato entre la demandante y la demandada, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, existencia y aceptación de fugas, perdidas y extravío de productos, compensación, mala fe de la demandante y la genérica.

Por su parte, **ELOINA ECHEVERRY ARANGO**, negó cualquier tipo de relación contractual con la demandante, señalando que simplemente actuaba como una empleada de la señora CLAUDIA LORENA GALLÓN ECHEVERRY, dueña del establecimiento de comercio a través del cual se comercializaban los productos sobre los cuales cobraba comisión la demandante. En consecuencia, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones las que denominó: “inexistencia de sustitución patronal”, “inexistencia de representación patronal”, “existencia de contratista independiente llamada CLAUDIA LORENA GALLÓN ECHEVERRY”, “inexistencia de solidaridad”, “prescripción”, “inexistencia del contrato”, “enriquecimiento sin causa”, “compensación” y “mala fe de la demandante”.

**II – SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Mediante sentencia del 14 de julio de 2016, el Juzgado de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de enero 2012 y el 28 de febrero de 2014, el cual terminó de manera unilateral por la trabajadora por causa imputable a la empleadora.

Asimismo, concluyó que los descuentos a título de fuga por mercancías, retenciones y devolución de comisiones por ventas no pagadas, eran ilegales a la luz del artículo 28 del C.S.T., que proscribe la posibilidad de imponer los riesgos o pérdidas de la empresa al trabajador.

En ese orden, condenó al pago **$6.535.280**, correspondientes a la suma de los descuentos quincenales que se hicieron sobre el salario de la demandante a lo largo de la relación laboral y de **$420.600** por concepto de subsidio de transporte, sobre la base de que el mismo nunca fue cancelado a la demandante.

De otra parte, sumando los descuentos al salario mensual de la demandante, procedió a re-liquidar las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones, encontrando una diferencia favorable a la trabajadora por la suma de $5.769.719, cuyo pago impuso a la demandada.

Por último, condenó al pago de $4.027.334 por concepto de la indemnización por despido injusto y absolvió de las demás pretensiones, incluida la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

En lo que interesa al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, decidió absolver de todas las pretensiones a la codemandada ELOINA ECHEVERRY ARANGO, al considerar que esta no ejercía subordinación directa sobre la prestadora del servicio, sino que actuaba como una mera agente o representante de quien era su verdadera empleadora, esto es, la propietaria del establecimiento de comercio “nutrición vida y bienestar familiar” (CLAUDIA LORENA GALLÓN ECHEVERRY) cuyo objeto o actividad comercial principal (reseñada en el certificado de matrícula mercantil visible en el folio 8 del expediente y consistente en la comercialización de productos farmacéuticos y medicinales) está directamente relacionada al cargo de vendedora puerta a puerta que desplegó la trabajadora a lo largo de la ejecución del contrato de trabajo.

En esa medida, como quiera que el establecimiento no es propiedad de ELOINA ECHEVERRY ARANGO, sino de su hija CLAUDIA LORENA GALLÓN ECHEVERRY, ha de asumirse que la primera actuaba en representación de la segunda, lo que, *per se,* no la convierte en empleadora, así haya ejercido subordinación sobre la demandante, pues si lo hacía era con la debida autorización de la empresaria o dueña del establecimiento de comercio del que se viene hablando.

Por último, para absolver a la demandada de la indemnización moratoria por el pago incompleto de salarios y prestaciones sociales, adujo que, pese a la materialización de los citados descuentos ilegales, la empleadora había actuado de buena fe, bajo el convencimiento de que los mismos habían sido autorizados expresamente por la trabajadora. En esa medida, aunque dichos descuentos son violatorios de la norma que prohíbe participar de las pérdidas al trabajador, el error de apreciación jurídica en que incurrió el empleador, no alcanza a reflejar mala voluntad de su parte, de suerte que no hay motivo alguno para imponerle el pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., la cual solo opera en el evento en que se haga evidente la mala del empleador moroso.

**III - RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la decisión acabada de resumir, presentó recurso de apelación el apoderado judicial de la parte actora, con el propósito de que la condena se extienda a la codemandada ELOINA ECHEVERRY ARANGO y que se acceda al reconocimiento de la sanción moratoria a favor de la demandante.

Frente a lo primero, señaló que **ELOINA ECHEVERRY ARANGO** era la directa directora o propietaria del establecimiento de comercio, frente a lo cual existen las siguientes evidencias: 1) el contrato de prestación de servicios que ella suscribió con la demandante, 2) la demandada condenada no residía en Pereira. Además, no es posible que una hija deje a una desconocida al frente de un negocio en Pereira, cuando su mamá está ahí y lo puede administrar directamente; 3) hay mala fe y posible fraude en este proceso, pues el establecimiento de comercio fue cerrado el 31 de octubre de 2014, es decir, 8 días antes de la notificación personal de la demanda, y fue abierto otro, en la misma dirección, con el mismo objeto, pero a nombre de ELOINA, madre de la demandada condenada.

Frente a lo segundo, indicó que hacer descuentos al trabajador por fugas o pérdidas es ilegal y los actos ilegales son de mala fe. Entonces no es posible revestir de buena fe un acto ilícito, y además, quien tiene que conocer la norma es el empleador, no la trabajadora.

**IV – CONSIDERACIONES**

En primer término, no existe ninguna razón para dictar fallo condenatorio en contra de la señora **ELOINA ECHEVERRY ARANGO**, en la medida en que esta fue presentada en la demanda como directa empleadora de la demandante y lo que a la postre quedó demostrado en el proceso, de acuerdo a las pruebas documentales y testimoniales oportunamente allegadas al mismo, es que más bien actuó como agente o representante de la verdadera empleadora de la promotora del litigio, pues el hecho de que haya aceptado en el interrogatorio de parte que le ayudaba a su hija (es decir, a quien resultó condenada como empleadora de la demandante) a conseguir personal para las ventas, no la convierte automáticamente en intermediaria de la verdadera empleadora, dado que una empresa puede perfectamente disponer de empleados u agentes encargados del reclutamiento de otros trabajadores, sin que por esa sola razón pueda afirmarse que estos empleados actúan como intermediarios independientes, dado que en últimas, en estas circunstancias, el empleador no está buscando evadirse de sus obligaciones patronales apelando a un tercero, sino que está ejecutando una tarea específica, como lo es el enganche de nuevos trabajadores, a través de sus propios empleados.

Ahora bien, que dicha co-demandada aparezca como contratante en el contrato de prestación de servicios, tampoco es elemento suficiente para darle la connotación de empleadora, puesto que dicho contrato, como quedó plenamente acreditado, no guarda ninguna relación con la realidad, ya que habiendo quedado demostrado que la verdadera relación que ató a las partes fue de carácter laboral y no civil, las condiciones de la relación laboral ya no pueden ser gobernadas por un vínculo formal que desdice de la realidad, incluso en lo que atañe a las partes que lo componen.

En lo que concierne a la absolución de la sanción moratoria por el pago incompleto de salarios y prestaciones, advierte la Sala en sede de apelaciones, al examinar las probanzas del proceso, que el documento escrito que le sirvió a la a-quo para absolver de dicha pretensión a la demandada, solo autoriza el descuento de la suma de ($26.100) quincenales para *“prevención por pérdidas en devoluciones destapadas y fugas”*, pese a lo cual (como puede observarse en los desprendibles de nómina visible entre los folios 17 y 33) se registraron otra serie de descuentos no autorizados expresamente por la trabajadora, tales como “fugas, retención, producto devuelto”. Para dar un ejemplo, en la quincena del 1 al 15 de diciembre de 2013 (fl. 29), se registran los siguientes descuentos: retención: 26.100, fugas: $252.000, producto: 19.200.

Bajo dichas circunstancias, es evidente que los descuentos no solo eran ilegales por estar destinados a cubrir los riesgos inherentes a la actividad de la empresa -como la fuga de cartera, el vencimiento o apertura de productos, etc.-, lo que resulta violatorio del artículo 28 del C.S.T., sino que además no habían sido expresamente autorizados por la trabajadora, lo que los hace inexcusables, en la medida que el empleador tiene tajantemente prohibido, de acuerdo a lo previsto en el artículo 149 del C.S.T., efectuar descuentos sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso.

Ahora bien, ello como ejemplo prototípico de buena fe exenta de culpa, en la jurisprudencia de la Corte Suprema casi siempre aparece como protagonista el patrono que, estando convencido de que no existió contrato de trabajo, porque la [relación laboral](http://www.gerencie.com/relacion-laboral.html) ofrecía dudas respecto a las características externas de dependencia y subordinación, razonablemente consideró que no le adeudaba emolumento laboral alguno al contratista que a la postre demuestra la existencia del contrato de trabajo. También se hace común la exoneración en los casos en que se ha dejado de cancelar el monto pretendido de un derecho cuyo valor es discutible, como cuando se debate con razones admisibles si determinado pago constituye o no salario para efectos de la liquidación prestacional.

A propósito del concepto de buena fe, en varias oportunidades la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, y en la sentencia de marzo 16 de 2005, expediente 23987, indicó, rememorando una sentencia del año 1958: que la *“La buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud", como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958” (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223).*

En ese orden de ideas, de las pruebas practicadas en el proceso debe emerger que el empleador actuó de buena fe y que en ningún momento pretendió evadirse de las responsabilidades y obligaciones que pertenecen a la esfera del contrato de trabajo, pues no de otra manera podrá salir absuelto del pago de la mentada sanción por incumplimiento.

Ahora bien, la buena fe se acredita demostrando no solo la conciencia de haber actuado correctamente sino también la presencia de un comportamiento encaminado a verificar la regularidad y el cuidado de la situación, pues no cualquier error es excusable, máxime cuando este afecta gravemente los ingresos del trabajador que pierde su trabajo y que, por consiguiente, requiere de los recursos provenientes de su liquidación para enfrentar la condición cesante. Y aunque no es lo mismo equivocarse honradamente que causar un daño de manera deliberada, la culpa lata (es decir, aquella que deviene de la negligencia o falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones del agente) es más justificable cuando proviene de un lego que de un especialista, pues este último generalmente se equivoca no por ausencia de conocimiento sino por falta de diligencia y cuidado.

Con todo, la Sala no encuentra justificable que a lo largo de la relación laboral la trabajadora haya tenido que responder económicamente por el pago de los créditos de clientes morosos y por el costo de los productos devueltos por clientes insatisfechos. Con esa manera de actuar, la empleadora le impuso una carga ilegal a la trabajadora y se liberó totalmente de los riesgos que entrañan las ventas a crédito, actuación que no puede ser avalada por la justicia laboral y que merece la sanción prevista en el artículo 65 del C.S.T., consistente en el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago de la fracción de salarios y prestaciones que se quedaron adeudando al finalizar la relación laboral.

Ahora bien, como quiera que la trabajadora devengaba más de un salario mínimo mensual legal vigente, dicha sanción será por 24 meses, al cabo de los cuales el empleador empezará a pagar intereses moratorios a la tasa máxima sobre los créditos adeudados.

De lo que viene de decirse, la condena por concepto de la sanción moratoria asciende a la suma de $27.596.160, por lo corrido entre el 1º de marzo de 2014 y el mismo día y mes del año 2016, fecha a partir de la cual empezarán a correr los intereses moratorios en la forma prevista en el párrafo anterior sobre el monto adeudado. Lo anterior liquidado sobre la base de un salario de $1.149.840, que resulta de promediar el salario variable de los últimos tres (3) meses del contrato.

En vista de lo dicho hasta aquí, se habrá de revocar la absolución de la sanción moratoria, para en su defecto condenar al pago de la misma, en la forma en que acaba de precisarse. Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** parcialmente el numeral **QUINTO** de la sentencia de primera instancia. En su defecto, condenar a la señora **CLAUDIA LORENA GALLON ECHEVERRY** apagar a la demandante la suma de$27.596.160 a título de indemnización moratoria y a que continúe pagando, a partir del 1º de marzo de 2016, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por superintendencia financiera, sobre las prestaciones sociales insolutas calculadas en primera instancia hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, tal como fue precisado en la parte motiva de la presente sentencia.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia apelada.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia**.**

**Notificación surtida en estrados. Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ de la mañana, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

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