

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: JOHANNA PAOLA SAAVEDRA VARÓN
DEMANDADO: BANCOMPARTIR S.A.
RADICACIÓN: 76001-31-05-012-2016-00555-01
ASUNTO: Consulta sentencia de julio 23 de 2019
ORIGEN: Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali
TEMAS: Nivelación salarial - Trabajo suplementario -
Prescripción
DECISIÓN: CONFIRMA

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, quince (15) de mayo de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte DEMANDANTE frente a la Sentencia No. 163 del 23 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **JOHANNA PAOLA SAAVEDRA VARÓN** contra el **BANCO COMPARTIR S.A. - BANCOMPARTIR S.A.**, con radicado No. **76001-31-05-012-2016-00555-01**.

SENTENCIA No. 048

DEMANDA¹. Pretende la promotora de la acción se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 8 de enero de 2008 al 9 de junio de 2016, que terminó por decisión unilateral del empleador; que son ineficaces las estipulaciones del contrato de trabajo de jornadas diferentes porque jamás laboró en turnos, jornadas flexibles u otra jornada diferente a la ordinaria de 8 horas al día de lunes a viernes y 5 horas el día sábado; que laboró en el cargo de Asesor Comercial Master en los siguientes periodos: A) Desde el 08 de enero de 2008 al 30 de diciembre de

¹ Fs. 82-92 Expediente Digital I

2010, B) Desde el 01 de febrero de 2012 hasta febrero de 2013 y C) Desde el mes de septiembre de 2013 hasta el 09 de junio de 2016; que trabajó simultáneamente en los cargos de Gerente encargada y Asesor Comercial en los siguientes períodos: a) Desde el 01 de enero de 2011 hasta el 30 de enero de 2012 y b) Desde marzo de 2013 hasta agosto de 2013; que durante el tiempo que fungió como Gerente encargada, debió percibir el salario correspondiente a dicho cargo y no el salario de Asesor Comercial Master; que desde el 08 de enero de 2008 hasta diciembre de 2015, laboró en todos los cierres de fin de mes horas extras diurnas, horas extras nocturnas y horas dominicales diurnas que no le fueron canceladas y que constituyen factor salarial para la liquidación de prestaciones sociales; como consecuencia de ello, se condene a la pasiva al pago de las horas extras diurnas, horas extras nocturnas y las horas dominicales diurnas, laboradas en todos los cierres de fin de mes; al salario como Gerente en los períodos: Del 01 de enero de 2011 hasta el 30 de enero de 2012 y desde marzo de 2013 hasta agosto de 2013; a la reliquidación de sus prestaciones sociales y aportes a la seguridad social con base en el reajuste salarial y las horas extra laboradas; la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T.; la indexación y costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con el demandado, el 8 de enero de 2008, para desempeñarse en el cargo de Asesor Comercial Máster; no obstante, laboró simultáneamente en el cargo de Gerente Encargada desde el 1° de enero de 2011 hasta el 30 de enero de 2012 en la oficina Poblado y desde marzo de 2013 hasta agosto de 2013 en la oficina Alfonso López; que como Asesor Comercial Master, recibió los siguientes salarios: año 2008: \$925.000, año 2009: \$968.000, año 2010: \$1.036.000, año 2011: \$1.114.000, año 2012:\$1.351.000, año 2013: \$1.670.000, año 2014: \$1.746.000, año 2015: \$1.836.000 y año 2016: \$1.997.000, pero del 1° de enero de 2011 al 30 de enero de 2012, los Gerentes Alexandra Lenis, Jhon Pablo Duque, Luis Vallejo y Dany Unígama, devengaron un salario mensual de \$2.800.000 y desde marzo de 2013 hasta agosto de 2013, devengaban un salario mensual de \$3.000.000; que en junio, julio y agosto de 2013, el banco demandado le dio \$1.000.000 como bonificación por cumplimiento de oficina; que el horario establecido por el Banco era de lunes a viernes de 8:00 a. m. a 12:00 m. y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m. y el sábado de 8:00 a. m. a 1:00 p. m., pero éste le comunicó por escrito el horario adicional a laborar en los cierres de fin de mes, por lo que trabajaba habitualmente en tiempo

adicional hasta las 11 p. m. o 11:30 p. m.; que la demandada solo pagó horas extras al personal operativo y no a ella; que el Ministerio solo había autorizado al Banco para trabajar un máximo de 12 horas extra semanales, las cuales no fueron respetadas y nunca la entidad llevó el registro de las horas extra laboradas por el personal.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

BANCOPARTIR S.A.². La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que La extrabajadora fue contratada para desempeñar el cargo de asesora comercial y estas funciones fueron las que desarrolló en toda la vigencia de la relación laboral, pues nunca realizó funciones de asesor comercial máster, ni mucho menos de gerente. Agregó, que el cargo de asesor comercial no tiene como característica el laborar en horarios adicionales a la jornada legal, por lo que la actora nunca realizó trabajo suplementario. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación, prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 163 del 23 de julio de 2019, declaró probada la excepción de prescripción respecto de todo lo que se haya hecho exigible con anterioridad al 10 de noviembre de 2013; declaró probada la excepción de cobro de lo no debido frente al pago de jornadas suplementarias, reliquidación de prestaciones sociales, aportes a la seguridad social e indemnizaciones por no pago, y se abstuvo de condenar en costas a la parte demandante.

Como fundamentos de su decisión, la a quo señaló, en síntesis, previa mención respecto que no existía discusión frente al contrato de trabajo que existió entre las partes que había terminado por decisión unilateral del empleador, que no se logró demostrar que la demandante hubiese desempeñado un cargo distinto al de asesora comercial, pues los testigos que así lo dijeron fueron imprecisos y contradictorios y, además, existían documentos suscritos por ésta durante la vigencia del vínculo laboral y en todos ellos se identifica como asesora comercial, pero que, en todo caso, cualquier reajuste por ese hecho se encontraba prescrito, ya que afirmó

² Fs. 111-121 Expediente Digital I

haber sido gerente encargada hasta agosto de 2013 y la demanda se presentó solo hasta noviembre de 2016. Agregó, frente al trabajo suplementario, que la demandante no había probado con precisión las horas extras y dominicales que aduce haber laborado y la jurisprudencia laboral desde el año 2000 tenía establecido que, en relación con ese aspecto, el juez no podía hacer presunciones o promedios, aunado a que el reglamento interno de trabajo del Banco disponía que los asesores comerciales no estaban autorizados para trabajar más allá de la jornada ordinaria.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte **DEMANDANTE**, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el artículo 69 C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte DEMANDADA reiteró los argumentos de defensa esgrimidos al contestar la demanda. La parte DEMANDANTE guardó silencio.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a “...las materias objeto del recurso de apelación...” de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMA JURÍDICO. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centra a resolver: **(i)** si la demandante tiene derecho a que en los periodos del 1º de enero de 2011 al 30 de enero de 2012 y de marzo de 2013 hasta agosto de 2013, se le reajuste su salario al mismo establecido para el cargo de Gerente; **(ii)** si tiene derecho al pago de horas extra diurnas, nocturnas y dominicales y; en consecuencia, **(iii)** si se deben reliquidar o no sus prestaciones sociales y aportes a la seguridad social y; **(iv)** si resulta procedente la sanción establecida en el artículo 65 del C.S.T.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que son hechos que no son objeto de debate dentro del presente asunto: **i)** Que la señora JOHANNA PAOLA SAAVEDRA VARÓN suscribió contrato de trabajo a término indefinido con FINANCIERA AMÉRICA S.A. hoy BANCO COMPARTIR S.A., el 8 de enero de 2008 (fs. 123-124 ED I) y; **ii)** Que el contrato fue terminado por el empleador de forma unilateral y sin justa causa, el 9 de junio de 2016 (f. 126 ED I).

Para resolver el primero de los problemas jurídicos planteados, se denota que lo pretendido por la parte demandante encuentra sustento en la supuesta violación del principio “*A trabajo igual, salario igual*”, establecido en el artículo 143 del C.S.T., que se ha constituido en un principio del derecho laboral de índole legal y constitucional.

Este precepto normativo señala que a trabajo desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, debe corresponder salario igual, sin que sea posible establecerse diferencias por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales, y que todo trato diferenciado en materia salarial, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

Frente a la aplicación de este principio, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su pacífica jurisprudencia, reiterada, entre otras, en la sentencia SL-2512-2018, tiene adoctrinado que:

“...para que la garantía derivada del principio de a trabajo igual salario igual consagrado en el artículo 143 del CST, que tiene respaldo constitucional en el artículo 13 de la CN, tenga aplicación imperativa, se debe desempeñar el mismo puesto no solo en condiciones de eficiencia iguales, sino observando otros ingredientes de comparación que deben ser demostrados en el juicio, tales como la capacitación o capacidad profesional o técnica, antigüedad, experiencia, idénticas funciones, el mismo grado de responsabilidad laboral, entre otros aspectos.”

Conforme lo anterior, hay que tener en cuenta que los alcances del citado principio no implican “per se”, una igualdad absoluta en materia salarial para los trabajadores, dado que lógicamente dentro del orden jurídico existen actividades de diversa complejidad que justifican un tratamiento diferencial en materia de remuneración. En este contexto, confluyen una serie de condiciones que posibilitan las aludidas

disparidades, tales como la jornada laboral, el rendimiento y eficiencia, la naturaleza de las labores desempeñadas, la preparación académica, la antigüedad en la empresa, entre otras.

Sin embargo, la doctrina jurisprudencial de la Corporación, reiterada recientemente en la Sentencia SL 3330-2022, ha enseñado que:

“...para que pueda pregonarse en materia salarial y prestacional un trato diferente como no discriminatorio, es menester que el elemento diferenciador se encuentre sustentado en un aspecto legítimamente jurídico y equitativo. En esa medida, será arbitrario aquel tratamiento dispar, fundamentado en criterios de valoración subjetiva, como la etnia, el color de piel, el sexo, la religión, la posición política, con sujeción a lo preceptuado en el artículo 13 de la CP, así como en el Convenio 111 de la OIT relativo a la discriminación en empleo y ocupación (1958), aprobado en Colombia por la Ley 22 de 1967 y ratificado el 4 de marzo de 1969, que marca los derroteros del principio de la igualdad en el ámbito laboral.

Lo anterior implica que, una vez se demuestre que un trabajador ejecutó labores idénticas a las de otro en las mismas condiciones de duración, rendimiento, eficiencia, entre otros, pero percibió una remuneración inferior, corresponde al empleador la carga de la prueba de acreditar que ese trato diferenciado en materia salarial tiene sustento en aspectos objetivos, equitativos y jurídicos, pues como lo indica la norma, de no hacerlo, éste se considerara discriminatorio.

En el presente asunto, lo primero que se debe destacar es que en la demanda se aduce que la señora JOHANNA PAOLA SAAVEDRA VARÓN fue contratada por la entidad financiera para desempeñar el cargo de Asesora Comercial Máster; no obstante, de acuerdo con el contrato de trabajo suscrito entre las partes, el cargo para el cual fue contratada la promotora de la acción fue el de Asesora Comercial (f. 123 ED I), lo cual se ratifica con la certificación laboral aportada con la demanda (f. 31 ED I), por lo que, sobre ese aspecto le asiste razón a la parte demandada.

Ahora, la demandante sostiene que simultáneamente se desempeñó en el cargo de Gerente encargada desde el 1° de enero de 2011 hasta el 30 de enero de 2012 en la oficina Poblado y desde marzo de 2013 hasta agosto de 2013 en la oficina Alfonso López. Sin embargo, esa afirmación quedó huérfana de algún elemento de prueba en el cual soportarse, pues aunque los testigos DOLLY ADRIANA GARAVITO CAMARGO (Min. 44:40 – 1:03:15 Audio No. 1) y RAÚL ERNESTO RODRÍGUEZ FOLLECO (Min. 03:05 – 43:25 Audio No. 2), ambos convocados por la parte actora, coincidieron en manifestar que la señora JOHANNA PAOLA SAAVEDRA VARÓN se había

desempeñado en el referido cargo, lo cierto es que existen serias imprecisiones y contradicciones en sus relatos que impiden darle credibilidad a sus versiones, como se pasa a explicar:

La primera de las testigos en referencia dijo que la demandante había ejercido el cargo de Gerente en la oficina Plaza de Caicedo, pero a pesar de haber sido indagada sobre el período o las fechas en las que había realizado dicho encargo, no hizo mención al respecto y posteriormente indicó que su conocimiento sobre ese aspecto derivaba de comentarios que escuchó en la oficina, es decir, la deponente no es testigo directa de los hechos sobre los cuales versó su declaración.

Por su parte, el segundo testigo manifestó que la actora había sido Gerente encargada de la oficina de Alfonso López y de la oficina de Plaza de Caicedo y, aunque también indicó no recordar los periodos, expuso que entre 2015 y 2016 lo fue en la última oficina mencionada, lo cual le constaba porque entre 2014 y 2016, él se desempeñó como Gerente de Zona y que incluso envió el documento para que nombraran a la accionante en el cargo de Gerente de forma permanente y no en encargo.

No obstante, nótese que en la demanda se indica que la señora JOHANNA PAOLA SAAVEDRA VARÓN se desempeñó como Gerente encargada en la oficina del Poblado, no mencionada por ninguno de los testigos, y en la oficina de Alfonso López, pero que ello solo había sido entre marzo y agosto de 2013 y no entre 2014 y 2016 como lo manifestó el segundo testigo en referencia. Adicionalmente, la demandante no señala haber sido Gerente en la oficina Plaza de Caicedo como lo dijeron los deponentes, sino que, según expuso, en esa oficina solo se desempeñó como Asesora Comercial del 8 de enero de 2008 al 30 de diciembre de 2010 (hecho 2° f. 84 ED I).

Aunado a lo anterior, en el expediente milita documental suscrita por la promotora de la acción dentro de los interregnos en los que aduce se desempeñó como Gerente encargada, y en todos ellos se identifica como Asesor Comercial, como la solicitud de retiro de cesantías del fechada el 30 de noviembre de 2011 (f. 194 ED II), la cláusula adicional al contrato de trabajo suscrita el 2 de mayo de 2013 (f. 196 ED II) y la solicitud de beneficios del pacto colectivo del 3 de julio de 2013 (f. 197 ED II) , situación que también deja sin piso sus afirmaciones.

Ahora bien, si en gracia de discusión llegara a admitirse que con la versión de los testigos quedó acreditado que la demandante desempeñó

el cargo de Gerente en las mismas condiciones de duración, rendimiento y eficiencia que Alexandra Lenis, Jhon Pablo Duque, Luis Vallejo y Dany Unígama, que no lo está, aun así las pretensiones de la demanda relativas a la nivelación salarial no tendrían vocación de prosperidad, pues tal y como lo dejó establecido la operadora judicial de primer grado, la actora indica que estuvo en dicho cargo hasta agosto de 2013, pero la demanda que dio origen al proceso fue presentada, el 10 de noviembre de 2016 (f. 77 ED I), sin que se advierta que presentó a la demandada el simple reclamó escrito al que se refiere el artículo 489 del C.S.T., por tanto, todos los derechos laborales causados y exigibles con antelación al 10 de noviembre de 2013, se encuentra afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción, oportunamente propuesto por la pasiva como medio exceptivo, al tenor de lo establecido en el artículo 488 ibídem, debiendo la Sala inexorablemente confirmar la sentencia en ese sentido.

Ahora, respecto del pago reclamado por laborar en tiempo suplementario en jornadas nocturna y en días ordinarios, dominicales, horas extras, la Sala respalda la decisión de la jueza de primer grado, habida cuenta que en realidad no se allegó la plena prueba para establecer con precisión dicho laboreo, pues si bien con la demanda se allegaron unos cuadros donde se relacionan las supuestas horas extras laboradas por la señora JOHANNA PAOLA SAAVEDRA VARÓN (fs. 32-49 ED I), no existe certeza para este cuerpo colegiado que provengan de la entidad demandada, más aún, cuando en la misma demanda se indica que la entidad financiera no llevaba un registro del trabajo suplementario de los empleados.

Asimismo, es necesario resaltar que los dos testigos a los que se ha venido haciendo mención, que fueron los únicos que apoyaron la tesis de la demanda, en realidad no afirman que les constara directamente que la demandante laboró horas extras durante toda la relación laboral, como se aduce en el libelo introductorio, sino que simplemente se limitaron a señalar como era el procedimiento y la jornada laboral en los períodos de cierre dentro de las oficinas, sin que ello implique que deba presumirse que en todos los casos la demandante participó de esas jornadas de cierre.

Por lo anterior, se hace necesario recordar que la jurisprudencia de antaño emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa en el sentido que, para efectos de cuantificar el tiempo suplementario laborado, así como el trabajo en dominicales y festivos, se debe probar en forma exacta, sin que se puedan calcular tomando calendarios o haciendo promedios o suposiciones, en razón a que la condena por dicho concepto debe corresponder al número de horas extras laboradas, por tanto, si tal aspecto se pretende demostrar a través de prueba testimonial, ésta tiene que ser de una definitiva claridad y precisión, pues se itera, no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para deducir un número probable de las que se estimen trabajadas.

Así lo reiteró la Sala de Casación Laboral dentro de la Sentencia SL1174-2022, en los siguientes términos:

“Pues bien, importa destacar que esta Sala ha precisado de forma pacífica y reiterada que para que el juez condene al pago de horas extras de dominicales o festivos se requiere que el demandante acredite con precisión y claridad que trabajó más de la jornada ordinaria y el número de horas adicionales en que prestó el servicio, toda vez que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de las que estimen trabajadas (CSJ SL6738-2016 y CSJ SL7670-2017).”

En ese sentido, al no existir en el plenario un elemento de juicio que lleve a la convicción inequívoca respecto del número de horas extra y dominicales laborados por la promotora de la acción, como tampoco de los periodos en los cuales se ejecutó el supuesto trabajo suplementario, mal haría la Sala en imponer condena por ese concepto, razón por la que también deberá confirmar la sentencia en ese sentido y, por no existir acreencias insoluta en favor de la actora, por sustracción de materia, resulta improcedente la sanción moratoria reclamada.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia de primera instancia será confirmada en su integridad. Sin costas en esta instancia por haberse conocido en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

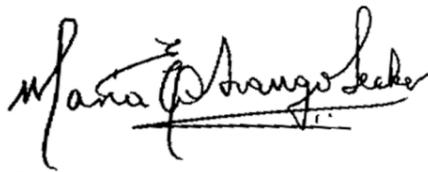
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia No. 163 del 23 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

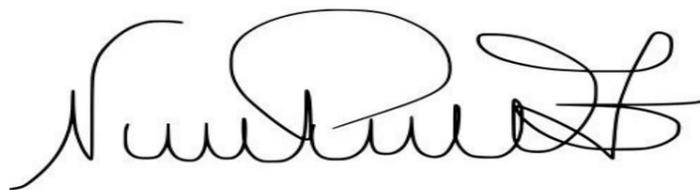
Los Magistrados,



MARÍA ISABEL ARANGO SECKER



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA