

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrados ponentes

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 07 2019 00497 01
DEMANDANTE: MAURICIO RIVERA ZORRO
DEMANDADO: ARK SOLUCIONES ARQUITECTÓNICAS Y DISEÑO S.A.S.

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 8 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato a término indefinido que estuvo vigente desde el 15 de abril de 2008 hasta el 28 de marzo de 2019, cuando la demandada lo terminó unilateralmente y sin justa causa. Que desempeñó como último cargo el de director de producción y los conceptos “*bono mensual*” y “*bono semestral*” son constitutivos de salario. En consecuencia, se condene a la encartada a reliquidarle las prestaciones sociales y las vacaciones causados en vigencia del contrato; la liquidación final; la indemnización por despido injusto; a pagarle la sanción moratoria; el saldo del bono de diciembre de 2018; la bonificación mensual a partir del 16 de febrero hasta el 28 de marzo de 2019; la bonificación semestral proporcional causada desde el 1° de enero al 28 de marzo de 2019; el

aporte a pensión de abril de 2008; la cotización a pensión sobre la base salarial real; la devolución de los dineros descontados en la nómina de marzo de 2019 para pagar la cuota del préstamo n.º 79780358 de Banco Davivienda; asimismo el pago total del crédito por libranza n.º 79780358 que suscribió con el Banco Davivienda S.A. para el desembolso a la empresa empleadora que a la fecha tiene un saldo insoluto de \$81.893.267 y una mora de 158 días.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 15 de abril de 2018 se vinculó a la demandada mediante contrato verbal, para desempeñarse inicialmente como gerente administrativo y financiero, a partir de 2016 fue designado como director administrativo y financiero, así como director de proyectos, el último cargo ejecutado fue el de director de operaciones.

Refirió que la empleadora no realizó el aporte a pensiones para abril de 2008 y en las demás anualidades en que estuvo vigente el vínculo laboral aportó sobre una base diferente al salario realmente devengado. Percibió como bonificación mensual la suma de \$3.000.000 y bonificación semestral \$10.000.000. La demandada puso fin al contrato de forma unilateral e injusta el 28 de marzo de 2019 y no canceló la indemnización por despido injustificado.

Expuso que en febrero de 2012 solicitó un crédito al Banco Davivienda el que fue aprobado bajo el n.º 5900473800116047, para el pago de la obligación la demandada mensualmente hizo el descuento y de manera directa giró a la entidad financiera, no obstante, para marzo de 2019, pese a que hizo el descuento de la nómina, no trasladó el dinero al banco. Narró que Liliانا Correa Santa María y Mauricio Rivera Zorro son esposos, socios y representantes de ARK Soluciones Arquitectónicas y Diseño S.A.S. y también de Arco Punto Inversiones S.A.S., empresas que comparten dirección judicial y comercial, con miras a inyectar económicamente a la última de las sociedades lo utilizaron para solicitar un crédito ante Davivienda, el que fue aprobado bajo el consecutivo 5900473800175050, del cual no se benefició y cuyas cuotas una vez finalizada la relación laboral la demandada no volvió a pagar, por lo que se

generó una deuda insoluble de \$81.459.287 (f.º 2 a 24 y 160 y 161 reforma expediente digital).

Al dar respuesta, la demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la existencia del contrato de trabajo y sus extremos, los cargos desempeñados por el accionante y la remuneración percibida, también la base salarial sobre la que realizó los aportes a pensiones en los diferentes periodos. Aceptó que el vínculo terminó de forma unilateral, que el actor solicitó un crédito al Banco Davivienda de descuento por libranza y la empresa descontó la cuota de marzo de 2019, pero no la giró al banco. Consintió la calidad de esposos, socios y representantes legales de las empresas Arko Punto Inversiones S.A.S y ARK Soluciones Arquitectónicas y Diseño, de Liliana Correa Santamaría y Edgar Augusto Pinilla Rojas. Manifestó no ser ciertos los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de imposibilidad de pago de la obligación por parte del deudor, el cobro de lo no debido, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (f.º 145 a 151 y 169 contestación reforma, expediente digital).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 8 de septiembre de 2020 declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido el cual estuvo vigente desde el 15 de mayo de 2008 y finalizó sin justa causa el 29 de marzo de 2019. Condenó a la demandada a pagar unas sumas de dinero por concepto de indemnización por despido injusto, liquidación final del contrato de trabajo. A pagar la sanción moratoria a razón de \$300.000 diarios desde el 29 de marzo de 2019 hasta el 28 de marzo de 2021 o hasta que se verifique el pago de la obligación, a partir del 29 de marzo de 2021 deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima que certifique la Superintendencia Financiera. Dispuso reliquidar aportes a la seguridad social en pensión, más las costas del proceso (Expediente digital).

Como sustento de su decisión, señaló que el demandante demostró haber recibido de manera habitual el pago mensual de \$3.000.000 bajo el concepto de bonificación, por lo que constituye salario, por ello, debe ser tenido en cuenta por la demandada a la hora de pagar prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social. Situación diferente ocurrió con el pago de la bonificación semestral que aspiraba se declarara constitutiva de salario. Consideró que, aunque no obra en el proceso carta de terminación del contrato, al absolver interrogatorio de parte el representante legal aceptó que la relación se dio por terminada, porque el accionante incumplió las metas propuestas, incurrió en conductas de falta de lealtad, sin que tales circunstancias hayan sido demostradas.

De otro lado, estimó que la encartada no obró de buena fe por lo que debe responder por la sanción moratoria. En lo relacionado con el pago del crédito frente a Davivienda es asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria en la especialidad civil.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron recursos de apelación.

El promotor del juicio adujo que la demandada le canceló bonificación semestral por la suma de \$10.000.000, la cual es constitutiva de salario, lo cual se encuentra probado con todos los correos electrónicos cruzados entre el demandante, el representante legal, su hermano y la señora Lina, que de manera expresa reconocen este pago. Expuso que en el interrogatorio de parte cuando el accionante indicó que esta bonificación no era pagada de forma completa, se refería a la fecha, pues se la cancelaban toda, pero fraccionada en los meses siguientes hasta llegar al monto total.

Por su parte la **demandada**, argumentó que el actor no probó haber recibido el pago habitual de las sumas que aduce constituyen salario, dado que no aparecen reflejadas en los desprendibles de nómina o extractos bancarios. En todo caso, debe tenerse en cuenta que el pago de

\$3.000.000 empezó a pagarse desde septiembre de 2014, según quedó consignado en la demanda y se suprimió mes y medio antes de finalizar la relación laboral. Asimismo, se debe tomar en consideración que ambas partes al absolver interrogatorio de parte confesaron que tenían relaciones distintas a la laboral y que había un cruce de cuentas por temas comerciales, así las cosas, ninguna de las bonificaciones se dio en realidad.

Refirió que, si en algún momento se dejaron de hacer pagos a seguridad social o se realizaron de manera incompleta, fue por culpa del demandante quien generó el error y no puede ahora endilgarle responsabilidad a la empresa que siempre actuó de buena fe. Señaló que para efectos de liquidar la indemnización por despido injusto debe tomarse en consideración que para el momento del finiquito del vínculo el accionante no percibía los \$3.000.000 correspondientes a la supuesta bonificación, por ello, no debe calcularse esta suma como factor salarial y tampoco tenerse para la liquidación final de prestaciones.

Finalmente, expuso que no puede pasarse por alto la situación económica de la compañía, que es demostrativa de su buena fe, que la llevó desde el año 2016 a estar en situación de reorganización, por tanto, en imposibilidad de pagar la liquidación final de prestaciones, pues le estaba prohibido hacer compensaciones, pagos o transacciones al administrador, por lo que la empresa estaba físicamente imposibilitada para cumplir con la obligación.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social. Por razones de método, en primer término, se analizará si el demandante recibió el pago de bonificación mensual de \$3.000.000 y

semestral en suma de \$10.000.000. En caso de establecerse si constituye factor salarial, se abordará la procedencia de la reliquidación de las prestaciones sociales y demás acreencias objeto de apelación.

Se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que entre Mauricio Rivera Zorro y ARK SOLUCIONES ARQUITECTOS S.A.S, existió un contrato de trabajo verbal desde el 15 de mayo de 2008 hasta el 29 de marzo de 2019, dado que así lo estableció el juzgado y no fue motivo de apelación.

1. De la naturaleza salarial de la bonificación mensual de \$3.000.000 y la bonificación semestral de \$10.000.000

De conformidad con los artículos 127 del Código Sustantivo del Trabajo y 1.º del Convenio 95 de la OIT, constituye salario *todo* aquello que recibe el trabajador, en dinero o en especie, como contraprestación directa de sus servicios, sea cualquiera la forma o la denominación que se adopte (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277).

También la jurisprudencia sentada por la H. Corte Suprema de Justicia ha resaltado la función social del salario al referir que constituye un elemento esencial del trabajo subordinado y sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, además de ser parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, por consiguiente, resulta de gran importancia su definición y delimitación en cada caso. Sobre este particular, en la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en SL 5146-2020, expresó:

En cuanto a su función, el salario, además de ser el valor con el que el empresario retribuye el servicio o la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, también cumple una misión socioeconómica al procurar el mantenimiento o subsistencia del trabajador y su familia. Por esto, a nivel constitucional y legal goza de especial protección a través de un articulado que garantiza su movilidad, irrenunciabilidad, inembargabilidad, pago, igualdad salarial, prohibición de cesión, garantía de salario mínimo, descuentos prohibidos, entre otros (arts. 53 CP y 127 y ss. CST).

Adicionalmente, la definición del salario es un asunto sensible para el trabajador, su familia y su futuro de cara a las contingencias a las que está expuesto. A partir de él se determina la base de liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones, cotizaciones a la seguridad social y parafiscales, así como el valor de los subsidios por incapacidad laboral, indemnizaciones a cargo del sistema de riesgos laborales, pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia. De allí la importancia de que en su fijación se tengan en cuenta los elementos retributivos del trabajo.

Por su parte, el artículo 128 de la misma obra sustantiva laboral señala que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes.

Conforme a lo expuesto, se concluye que 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 haga uso, 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, por ello, tendrá en virtud del principio de la primacía de la realidad prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, el carácter salarial.

Por tal motivo, no es válido para las partes que en uso de la posibilidad consagrada en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, despojen de incidencia salarial un pago claramente remunerativo, cuya causa inmediata es el servicio prestado, así lo ha considerado también la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en radicado n.º 39475, 13 jun. 2012, reiterada en SL12220-2017, en donde indicó que:

«la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por
esencia es salario, deje de serlo»

Paralelamente, la misma Corporación en sentencia radicado n.º 35771 de 1º feb. 2011, acerca de los pactos no salariales, puntualizó:

Para responder esta parte de la acusación, 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 ineffectia 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 efecticia jurídica todo pacto en que se prive de la índole salarial a pagos que respondan a una contraprestación directa del servicio, esto es, directamente y sin torceduras, del trabajo realizado por el empleado.

Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018 reiterada en SL 5146-2020, la forma de armonizar y entender adecuadamente esta facultad se traduce en que los referidos pactos de «desalarización» solo pueden recaer sobre «aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario», tales como los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. En dicha decisión, refirió:

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).

Si, con arreglo 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», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.

Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario.

Tal es el caso de los auxilios extralegales de alimentación, habitación o vestuario, las primas de vacaciones o de navidad. Nótese que estos conceptos no retribuyen directamente la actividad laboral en tanto que buscan mejorar la calidad de vida del trabajador o cubrir ciertas necesidades; sin embargo, de no mediar un acuerdo de exclusión salarial podrían ser considerados salario o plantearse su discusión. Por lo tanto, no es correcto afirmar que se puede desalarizar o despojar del valor de salario a un pago que tiene esa naturaleza, sino, más bien, anticiparse a precisar que un pago esencialmente no retributivo, en definitiva no es salario por decisión de las partes.

La Corte también ha precisado que es el empleador el que tiene la carga de demostrar que ciertos pagos regulares no tienen como finalidad directa la de retribuir los servicios del trabajador ni enriquecer su patrimonio, sino que tienen una destinación diferente, como puede ser la de garantizar el cabal cumplimiento de las labores o cubrir determinadas contingencias (CSJ SL12220-2017, CSJ SL1437-2018, CSJ SL5159-2018).

En síntesis, conforme a la línea jurisprudencial sentada por el máximo Órgano de cierre de la jurisdicción laboral, a efectos de verificar la naturaleza salarial de los pagos efectuados por el empleador al trabajador, es necesario tener en cuenta que: **1).** En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas (art. 53 C. Pol), lo que recibe el empleado como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes. **2).** El criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino. **3).** Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo. **4).** Por cuenta de la parte final del art. 128 del Código Sustantivo del Trabajo, el acuerdo entre las partes orientado a

especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio, en tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es. (CSJ SL986-2021).

1.1. Caso concreto

El contrato que unió a las partes se dio de manera verbal y la remuneración se pactó de la misma forma tal como confesó el actor al absolver interrogatorio de parte. Ahora, con el certificado expedido por la demandada el 28 de marzo de 2019, dirigida a la Caja de compensación Cafam se verifica el demandante Mauricio Rivera Zorro trabajó en dicha empresa mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 15 de abril de 2008 hasta el 28 de marzo de 2019, como Gerente de Operaciones “con una asignación básica mensual de \$6.000.000 (Seis millones de pesos m/cte). Más un bono no prestacional por un valor de \$3.000.000 (Tres millones de pesos m/cte). Este documento está suscrito por Lina Patricia Cano B. en su calidad de coordinadora de recursos humanos, por lo que al ser un representante del empleador de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Código sustantivo de Trabajo, lo compromete en su contenido.

El demandante allegó también comprobantes de nómina que reflejan el pago de “*otros ingresos*” para los meses de marzo y abril de 2017 en la suma de \$3.000.000, para mayo y junio de 2017 asciende a \$1.500.000 y para septiembre de 2017 el pago correspondió a \$700.000. Luego, en enero de 2019 se registra la suma de \$20.000 (f.º 32 a 62).

Igualmente, obra correo electrónico en el que Lina Cano informa sobre la suspensión del bono no salarial de \$3.000.000, decisión respecto de la cual el accionante solicita su solvencia dado que equivale al 33% de su ingreso mensual y pone de presente que el mismo no tiene carácter ocasional (f.º 69 expediente digital). El mensaje fue contestado por Daniel

Pinilla el 4 de marzo de 2019, quien expuso que el pago se suspendió por la situación financiera de la empresa y por el deficiente desempeño del demandante.

Al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la demandada señor Edgar Augusto Pinilla Rojas, manifestó que ARK Soluciones Arquitectónicas y Diseños S.A.S. es una empresa familiar y su hermana Pilar Pinilla era la esposa del demandante. Que, debido a este vínculo, él y otro de sus hermanos – Daniel Pinilla- quien también aparece registrado en cámara de comercio, decidieron darle participación a su hermana para que ella y su familia estuvieran mejor, esos pagos se hacían a través del accionante quien se encargaba directamente del asunto como gerente administrativo y financiero de la empresa.

Al cuestionársele si el pago de \$3.000.000 se hacía mensualmente contestó *“Eso no es cierto se le pagaba a Pilar Pinilla”*. Refirió que si el pago aparecía como bonificación en los desprendibles de nómina fue porque así lo decidió desde su cargo el actor, además, que los \$3.000.000 dejaron de cancelarse debido a que la empresa no contaba con recursos, no tenía flujo de caja y poseían las cuentas embargadas. De otro lado, aseguró que su hermana Pilar Pinilla empezó a trabajar en la empresa hace aproximadamente 4 años y al ser cuestionado por qué el pago de la suma a la que se ha hecho referencia no se le entregaba a ella directamente, aseguró que era un tema que no manejaba y reiteró que estaba a cargo del demandante. Más adelante, confesó que autorizó el pago de \$3.000.000 mensuales. Luego, dijo que la bonificación no existía, por ello, no se suspendió en marzo de 2019. Igualmente, manifestó no ser cierto que semestralmente la empresa le cancelara al demandante una bonificación de \$10.000.000

Al absolver interrogatorio de parte el demandante confesó que cuando empezó a trabajar en la empresa le ofrecieron un bono anual por productividad, pero no le fue cancelado. Afirmó que de forma verbal pactó con la demandada el pago de un bono mensual y que en principio le fue consignado a la cuenta del Banco Colpatria, pero luego al abrir varias

cuentas, le consignaban en ellas dependiendo de la época o le giraban un cheque e incluso la cancelaban en efectivo. También, refirió que acordó el pago de bono semestral en el año 2015 o 2016, el cual le era solventado a “pedactos” durante los siguientes 6 meses, en atención al flujo de caja de la empresa.

Bajo este panorama, al efectuar un análisis conjunto de los medios probatorios practicados, estima la Sala que el actor logra demostrar que recibió el pago de \$3.000.000 de pesos mensualmente y este concepto remunerera directamente sus funciones o servicios prestados, por lo tanto, es constitutivo de salario. A esta conclusión se arriba al remitirse principalmente a los mensajes que vía correo electrónico cruzaron Lina Cano, el accionante y Daniel Pinilla, en los que la primera, le informa al demandante que el 1º de marzo de 2019 “se tomó la decisión de no continuar realizando el pago del bono no prestacional por un valor de \$3.000.000 a partir de esta quincena”. En respuesta, el 3 del mismo mes y año, Mauricio Rivera con copia a Edgar y Daniel Pinilla requiere información al respecto y solicita el pago al señalar:

“El presente es con el fin de solicitar amablemente una explicación al tema de la referencia, lo anterior, debido a que este <<bono>> como ustedes lo llaman, ha sido pagado durante aproximadamente 10 años consecutivos en mi nómina quincenal, por un convenio verbal para minimizar su carga prestacional y que se ha venido modificando el transcurso de los años por temas de aumento salarial y en la misma vía fue el pago semestral que se me está realizando en los últimos años vía cuenta de cobro y pagos en salud pre-pagada o en parciales durante el siguiente semestre , razón por la cual, no puede considerarse como un bono dado que este tiene un carácter ocasional lo que no sucede en el presente caso”

La contestación fue dada vía correo electrónico por Daniel Pinilla el 4 de marzo de 2019, en el que expuso:

“Mauro como usted bien sabe estamos pasando por una situación bastante compleja en la que oficina, siempre este bono estuvo atado a los resultados de su gestión y a pesar de no ser dicha gestión no era la más adecuada se le pagaba este bono, hoy la situación de la empresa no permite este pago, además el resultado de su desempeño no es el que nosotros esperamos y menos el que por una persona con una asignación salarial de este monto debería dar.

Entonces básicamente esta es la razón por la cual no se le da este bono simplemente el resultado de su gestión no justifica tal pago.

Por otro lado quiero dejar en claridad que esta decisión está al margen de la situación que usted está viviendo con Pilar" (f.º 70).

A simple vista y de manera objetiva, lo que el aludido documento demuestra, es que las partes convinieron el pago de una bonificación mensual que retribuye la prestación del servicio del demandante y que la misma fue suspendida antes de la terminación de contrato.

Conviene señalar que el correo electrónico no fue desconocido o tachado por la parte demandada, tampoco cuestionada su autenticidad en la apelación, por lo que la Colegiatura le imprime validez al tenor de lo previsto en el artículo 244 y 247 del Código General del Proceso, dado que es posible su individualización, al poderse identificar de dónde proviene, a quien se dirigió y cuenta con fecha de expedición, es más, al absolver interrogatorio de parte el representante legal de la encartada reconoció que había sido contestado por su hermano. Ahora, al remitirse el Tribunal al certificado de existencia y representación se verifica que Daniel Pinilla funge como representante legal suplente de la demandada y por consiguiente, es representante del empleador en los términos previstos en el artículo 32 del Código sustantivo de Trabajo (f.º 25 a 30 expediente digital).

En el mismo sentido, no puede dejarse de lado que, al absolver interrogatorio de parte, el representante legal confesó que ordenó el pago mensual de la suma a la que se ha hecho referencia y aunque indicó que el dinero era girado con destino a su hermana, este argumento no es de recibo para la Sala, como quiera que las relaciones familiares y las concesiones que en virtud de las mismas se realicen, escapan al vínculo laboral que existió entre las partes. Máxime cuando en el correo electrónico queda demostrado que el pago realmente retribuía el servicio del actor.

Se sigue de lo hasta aquí expuesto que, la demandada incumple la carga que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso

aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, pues no logra demostrar que el bono de \$3.000.000 que mensualmente canceló a Mauricio Rivera Zorro tuviera un propósito distinto al de retribuir directamente la labor para la cual fue contratado.

No es de recibo el argumento según el cual el actor desde su cargo podía realizar los pagos y generar certificados, pues lo que queda claro con el correo electrónico citado en precedencia, es que el pago correspondiente a los \$3.000.000, le fue suspendido, es decir, que no estaba en libertad de girarlo a su antojo, carecía de esa facultad, porque como quedó confirmado es la empresa quien disponía su solvencia y la suspensión de dicho monto.

En conclusión, pese a tener la carga de la prueba, la accionada no acredita que los \$3.000.000 cancelados mensualmente al demandante tienen un propósito distinto al de retribuir directamente la labor para la cual fue contratado. En consecuencia, no hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia como se anhela en la apelación.

Por último, con el fin de atender el recurso presentado por el promotor del juicio, se concluye desde ya la inexistencia de medio de convicción que lleve a la Colegiatura a considerar que la demandada le canceló semestralmente la suma de \$10.000.000, menos aún, que esta retribuyó sus servicios personales e incremento su patrimonio. La única referencia al respecto proviene de su dicho, tanto, en los correos electrónicos como en la demanda y para ello, es bueno recordar que constituye un axioma en derecho que las partes no le es permitido fabricar las pruebas en beneficio propio, por tanto, esos instrumentos no permiten corroborar si quiera que en algún momento el actor recibió este pago. En tal virtud, no es procedente revocar la sentencia en este punto.

2. De salario utilizado para calcular las condenas

Argumenta la demandada en el recurso que para efectos de liquidar la indemnización por despido injusto y la liquidación final de prestaciones

sociales debe tenerse en cuenta que la data de la ruptura del vínculo el accionante no percibía los \$3.000.000 correspondientes a la bonificación.

Sobre el particular, estima la Sala que si bien la demandada demostró que mediante correo electrónico del 1º de marzo de 2019 comunicó al actor su decisión de no continuar con el pago de bono de \$3.000.000 a partir de esa quincena. Lo cierto, es que no probó que el pago estuviera atado al cumplimiento de alguna meta y aunque en la misiva señaló que su desempeño no era el esperado, tan solo se corroboró que obedecía a la prestación del servicio. En esas condiciones, al haberse determinado que el pago mensual de \$3.000.000 constituía salario, la demandada no estaba facultada para disponer unilateralmente la disminución de la remuneración, de manera inconsulta y contra la voluntad del trabajador, de acuerdo con lo dispuesto, por los artículos 57, 59, 132 y 142 del Código Sustantivo de Trabajo. En consecuencia, no hay lugar a calcular las condenas con base en un salario diferente a \$9.000.000, por lo que la sentencia de primera instancia no será modificada en la forma anhelada en el recurso.

Conviene señalar que las consideraciones hasta aquí expuestas fueron acogidas de manera unánime por la Sala de decisión. No obstante, la Sala mayoritariamente desestimó las razones que expuso el sustanciador inicial referentes a que ARK Soluciones Arquitectónicas y Diseño SAS, no demostró su actuar de buena fe y que en tal evento debía confirmarse la sentencia de primera instancia en cuanto la condenó a pagar por concepto de sanción moratoria \$300.000 diarios a partir del 29 de marzo de 2019 hasta el 28 de marzo de 2021 o hasta que se verifique el pago de los salarios y prestaciones adeudados y a partir del 29 de marzo de 2021 a pagar intereses moratorios a la tasa máxima que certifique la Superintendencia Financiera.

1. De la sanción moratoria

Para resolver lo pertinente, el artículo 65 del CST establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios

y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, debe pagar un salario diario por cada día de mora. Por otra parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece a cargo del empleador el pago de la indemnización por no consignación de cesantías a un fondo, cuando no cumple dicha obligación dentro del término legal. Aunque dichas sanciones no son automáticas ni inexorables, la jurisprudencia ha sido unánime en definir que para exonerar al empleador de su pago, éste debe acreditar, no solo que su conducta de abstención ocurrió con buena fe, sino fundamentalmente, que ella está exenta de culpa frente al cumplimiento de los procedimientos legales que regulan el pago de las obligaciones laborales.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia ha dicho que la aplicación de esta sanción no es automática y que para el efecto el empleador puede demostrar la existencia de razones serias y objetivas que justifiquen la omisión en el pago de las prestaciones debidas a sus trabajadores a la fecha de terminación del contrato. Esa alta Corporación ha dicho que en aquellos casos en que la sociedad demandada entra en proceso de liquidación o reorganización, el pago de esta indemnización corresponde únicamente hasta la fecha en que inicia dicho proceso, pues a partir de este momento no se puede deducir mala fe en cuanto la razón de la omisión no es la intención de desconocer o defraudar los intereses de los trabajadores. (Sentencia SL2833-2017, SL1186-2019).

Así las cosas, la condena al pago de esta indemnización moratoria, para el caso que nos ocupa, correría desde el día 29 de marzo de 2019, día siguiente al que finalizó el contrato de trabajo y hasta el día 29 de mayo de 2020, fecha en que se admitió al proceso de reorganización a ARK Soluciones Arquitectónicas y Diseño SAS. (f.º 211 a 217 expediente digital). En consecuencia, se modificará la decisión para definir que el valor de la indemnización moratoria a cargo de esta entidad corresponde a la suma única de **\$126.000.000**, teniendo en cuenta que el actor devengaba un salario mensual de \$9.000.000, diario de \$300.000 y transcurrieron 420

días entre la fecha de terminación del contrato y aquella en que finaliza la moratoria.

De conformidad con las anteriores consideraciones, la Colegiatura modificará la sentencia apelada en la forma anunciada.

No se causan costas en la instancia.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

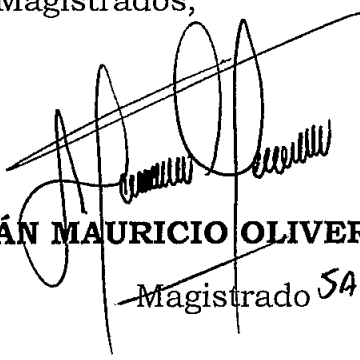
PRIMERO: MODIFICAR el punto segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C, el 8 de septiembre de 2020, únicamente en el sentido de indicar que la demandada deberá cancelar por concepto de sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo la suma única de \$126.000.000.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin COSTAS en la apelación ante su no causación.

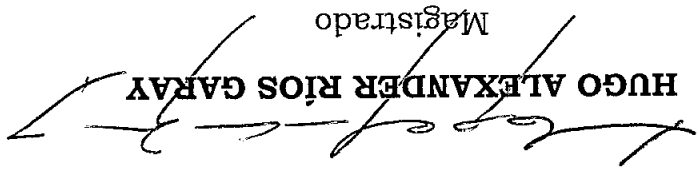
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ANGELA LUCIA MURILLO VARÓN
Magistrada 007-2019-00497-01

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

Demandante: Mauricio Rivera Zorro

Demandado: ARK Soluciones Arquitectónicas y diseño S.A.S.

Radicado: 110013105 007 2019 00497 01

Con el acostumbrado respeto, me permito apartarme de decisión mayoritaria en lo referente a la limitación impuesta a la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, por el solo hecho objetivo y automático de la apertura del proceso de reorganización en la que entró la empresa demandada, pues tal como lo propuse en la ponencia no aceptada, lo pertinente era hacer un análisis subjetivo de la conducta del empleador en el pago de salarios y prestaciones sociales al momento del finiquito laboral, como lo señala claramente la norma indicada y la jurisprudencia proferida sobre la materia.

(i) De la sanción moratoria

La sanción moratoria del art. 65 del CST estimo respetuosamente no debe ser limitada automáticamente con la apertura del proceso de reorganización, dado que no existe prueba de un actuar de buena fe de la demandada al momento de la terminación del contrato de trabajo.

En efecto, la admisión del proceso de reorganización prevista en la Ley 1116 de 2006, en sí misma, no puede catalogarse un acontecimiento que libere o limite la sanción moratoria, dado que las crisis de las empresas constituyen un riesgo propio y previsible de la actividad productiva. Tampoco puede pasarse por alto, que la empresa como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, dentro de las cuales se encuentra las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los trabajadores que le suministran la fuerza laboral. Además, el empresario no puede trasladar a sus trabajadores las consecuencias negativas de las situaciones financieras adversas que enfrente, pues la protección de los derechos laborales es una prioridad que no puede afectarse por esas externalidades, como lo puntualiza el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sobre el particular, puede verse sentencia rad. 7393 del 18 de septiembre de 1995, en la que se adocrinó:



“La iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto, No encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor”

Igualmente, en sentencia de la misma Corporación, con radicación n.º 37288 de 24 de enero de 2012, reiteró:

*Los razonamientos que llevaron a la prosperidad del recurso sirven para responder los argumentos del apelante contra la condena impuesta por el a quo por concepto de indemnización moratoria. **Resulta equivocado predicar la buena fe en el incumplimiento del pago de las obligaciones laborales al momento de la terminación del contrato y, consecuentemente, limitar el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, con la sola admisión de la solicitud de promoción de reestructuración,** puesto que, según el artículo 17 de la Ley 550, las restricciones a las actividades del empresario previstas en dicha preceptiva lo están solo entre tanto dura la negociación del acuerdo de pagos; máxime que, como lo tiene asentado la jurisprudencia, es relevante el comportamiento del empleador durante dicho proceso, para efectos de determinar si el empleador estuvo presto a honrar los compromisos pactados.*

Criterio reiterado en sentencias con radicado n.º 37288 del 24 de enero de 2012, SL16884 de 2016, SL 1595 de 2020.

En esa misma línea de pensamiento, en reciente decisión se verifica la sentencia SL845-2021, en la que el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral reiteró que la crisis financiera de la empresa no constituye por sí sola una

conducta justificante del impago de los salarios y prestaciones. Al respecto, señalo:

En efecto, esta Corporación tiene adocotrinado que dichas situaciones no exoneran de la de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que es necesario que el empleador demuestre que esa circunstancia le produjo una insolvencia o iliquidez tal que le impidió cumplir con sus obligaciones laborales.

Bien puede ocurrir que, a pesar de encontrarse en crisis, la empresa tenga alternativas para cumplir con sus responsabilidades, por ejemplo, porque aún tiene caja para pagar salarios y prestaciones, valores en cuentas bancarias o recursos disponibles. Pero también puede suceder que la debase económica le impida por completo y sin salidas posibles, satisfacer las deudas laborales.

Lo anterior, adquiere mayor relevancia si se tiene en cuenta que el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el trabajador nunca asume los riesgos o pérdidas de la empleadora; y por su parte, el artículo 2495 del Código Civil estatuye que los créditos causados o exigibles de los empleados por concepto de salarios y prestaciones sociales tienen privilegio excluyente sobre los demás. Es decir, el salario y los créditos laborales ocupan un lugar privilegiado especial en sistema normativo, debido a que de ellos dependen sus trabajadores y sus familias. De allí que los empleadores deban realizar cuanto esté a su alcance para satisfacerlos oportunamente.

Paralelamente, considero que una lectura del artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, no lleva a concluir que, una vez admitida la empresa en el proceso de reorganización, exista una imposibilidad de disponer de los recursos empresariales. Todo lo contrario, se lee de su articulado, nótese como ese precepto legal permite al empresario realizar una cantidad de operaciones, dentro de la cuales se encuentran los “pagos”, por supuesto, siempre y cuando tenga que ver con el giro ordinario de los negocios y exista la autorización del juez del concurso, dado que este funge como veedor de aquellos acuerdos que se realizan con los acreedores durante el proceso de restructuración.

En otros términos, el juez del concurso en aplicación de la Ley 1116 de 2006, nunca se apodera del patrimonio de la empresa para disponer de él, como parece entenderse, pues el proceso de reorganización tiene como objetivo principal permitir a la empresa superar las dificultades financieras y restablecer o continuar el funcionamiento de las operaciones comerciales y/o operativas normales. Luego, el único acto que en efecto impide la continuidad normal de la sociedad, será el estado de liquidación, conforme lo señala el artículo 222 del Código de Comercio, cuando advierte que “Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones

en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación.” (CSJ SL986-2019)

Bajo esa óptica, afirmo que la sanción o intereses moratorios regulados en el art. 65 del CST deben liquidarse únicamente con las restricciones temporales allí previstas desde la terminación del contrato de trabajo, indistintamente de la apertura del proceso de reorganización, dado que una sociedad aún encontrándose en ese estado, es posible que incurra en actos que demuestren mala fe en el no pago de salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato de trabajo. Una intelección contraria, implicaría la imposición de un nuevo requisito o condición de procedencia de la sanción moratoria, pues además del límite temporal de los 24 meses que alude la norma, tendría que descartarse la apertura de un proceso de reorganización.

En el presente caso, se advierte que mediante radicado n.º 2019-01-174393 (f.º 162 a 165 expediente digital), la sociedad ARK Soluciones Arquitectura y Diseño S.A.S. solicitó el proceso de reorganización, no obstante, la Superintendencia de Sociedades mediante auto de 29 de septiembre de 2019, la rechazó (f.º 171 y 172). Luego, a través de memoriales del 28 de febrero y 4 de marzo de 2020, reiteró la petición y la Superintendencia resolvió admitirla conforme lo dispone la Ley 1116 de 2006, mediante auto del 29 de mayo de 2020 (f.º 211 a 217 expediente digital). De allí que el proceso de reorganización en un análisis de la conducta no pueda servir de excusa o eximente de responsabilidad en el pago de los salarios y las prestaciones sociales actualmente adeudadas, dado que la apertura se dio más de un año después de la terminación del contrato que ocurrió el 29 de marzo de 2019.

La demandada no demostró que su infortunio económico se debiera a una situación de fuerza mayor o caso fortuito, tampoco probó el periodo en el cuál la empresa estuvo inmersa en la situación calamitosa, por lo que no le alcanza con su dicho para demostrar que se abstuvo de cumplir sus obligaciones laborales ante una imposibilidad cierta y corroborable.

Así cosas, para el suscrito no existe buena fe que justifique el incumplimiento en el pago de las deudas laborales del demandante exigibles a la terminación del contrato, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 65

del Código Sustantivo de Trabajo, el examen debe hacerse conforme a las circunstancias que la rodean al momento de del finiquito laboral y no con su liquidación final, sin que la misma se hubiere cancelado, ni siquiera en el curso de este proceso.

Hasta aquí los planteamientos de mi salvamento de voto parcial.

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

133 SECRET S. LABO 3741
66792 13AUG'21 PM 3:34 S