



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Ponente

Radicación 31-2020-00262-01

Bogotá D.C., veintiocho (28) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: IBAN CORTES LOPEZ
DEMANDADO : ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA
ASUNTO : APELACION (PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA)

En la fecha, se constituye la Sala de decisión laboral en audiencia pública a fin de proferir de plano sentencia de segunda instancia, en el proceso de la referencia, que conoció el Juzgado 31° Laboral del Circuito de Bogotá con providencia del 07 de mayo de 2021.

No observándose irregularidad que invalide lo actuado conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

El señor **IBAN CORTES LOPEZ**, obrando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda contra de **ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA**, para que previos los trámites de un proceso de especial de fuero sindical se declare:

DECLARACIONES:

1. Que se declaré que entre la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA y el demandante existe un contrato de trabajo, el cual está vigente.
2. Que se declare que el demandante es directivo de la JUNTA DIRECTIVA NACIONAL DE "USTA" y por ende goza de garantía foral.
3. Que se declare que el demandante, la empresa ALPINA SA, le cambió las condiciones sin previo permiso de un Juez Laboral.
4. Que se condene a la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA pagar a favor del demandante, los salarios dejados de percibir desde el mes de abril de 2020, a título de indemnización, equivalente a un salario mensual a razón de \$5.852.500 mensual.
5. Que se condene a la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA a pagar a favor del demandante, un día de salario, desde el mes de abril de 2020, hasta que se haga efectivo a título de indemnización, a razón de \$195.083 diarios, por retención de salarios.
6. Que se declare que la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA es responsable de las obligaciones que emanan del conocimiento de las garantías del fuero sindical del actor.

CONDENAS:

1. Que la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA en su condición de empleador del demandante se obligue inmediatamente o en el término que el Juzgado le ordene RESTITUIR y REUBICAR al actor, en el mismo trabajo y con las mismas condiciones que venía desempeñando desde el mes de marzo de 2020, por haber cambiado las condiciones y desmejorado ilegal e injustificadamente cuando se encontraba amparado con el derecho de fuero sindical en su calidad de presidente de la JUNTA DIRECTIVA NACIONAL y miembro activo del sindicato UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA USTA, cambio de condiciones que se hizo sin consideraciones a las normas que regulan las garantías del fuero sindical.
2. Ordenar a la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA a mantener las mismas condiciones salariales pactadas de común acuerdo, como consecuencia de la reubicación definitiva del demandante desde el 2004, y que siempre fueron reconocidas regularmente por la empresa ALPINA

PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA (Salario básico igual a garantizado).
Teniendo en cuenta los incrementos legales y convencionales actualizados.

3. Condenar a la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA a pagarle al demandante, lo correspondiente al mes de febrero de 2020, hasta la fecha y los que se causen a título de indemnización.
4. Condenar a la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA a pagarle al demandante, lo correspondiente a un día de salario por cada día de mora por retenerle los salarios injustificadamente, este pago debe hacerse a título de indemnización, desde el mes de abril de 2020, hasta que se haga efectivo.
5. Costas procesales.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: Que entre la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA y el demandante existe un contrato de trabajo a término indefinido. Que el actor se vinculó a la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA el 21 de mayo de 1996, que el demandante ocupa el cargo de "Asesor Comercial Senior". Que en la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA el demandante devenga un salario mensual básico de \$4.920.000, a partir del mes de febrero de 2004, la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA le asignó un salario básico al aquí demandante, que con los aumentos de cada año, está en la suma de \$4.920.000.

Afirma que, dentro de la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA actualmente devenga un salario denominado garantizado, que es igual a un salario básico, equivalente a \$5.852.500 mensual.

Indicó además que el 30 de marzo de 2008, el demandante participa de la reunión y fundación del sindicato UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DE LA EMPRESA ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SAA "USTA", en la ciudad de Duitama – Boyacá. Que el actor fue elegido presidente de la organización sindical de la organización sindical mencionada. Que el sindicato USTA se encuentra activo y con personería jurídica vigente a la fecha.

Que en el mes de mayo de 2017, el demandante es perseguido por unos desconocidos hasta su residencia y le tomaron fotos, por lo que dicha situación la puso en conocimiento de la FISCALIA GENERAL DE LA NACIÓN, mediante

denuncia penal, la cual se encuentra en curso por persecución sindical y hostigamiento hacia varios directivos sindicales. Que el 05 de junio de 2017, la FISCALIA solicita medida de protección del demandante ante el comandante de la estación de policía de la localidad de la víctima.

Que el 3 de abril de 2020 la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA le notificó del cambio de condiciones laborales, informándole que su salario a partir de dicha fecha se lo pagarían como básico y otro como incentivo.

Que mediante proceso ordinario laboral bajo el radicado No. 1100131050-21-2017-395-01, ordenó reinstalar al demandante en el sitio de trabajo en las oficinas y en las condiciones salariales que venía desempeñando antes del cambio.

Que la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA le entregó al demandante varias certificaciones laborales de las siguientes fechas: 26 de julio de 2013 y 30 de enero de 2014, suscrita por la señora SOLEDAD AGUILAR TRUJILLO.

Que la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA le entregó al demandante varias certificaciones laborales de las siguientes fechas: 18 de junio y 17 de septiembre de 2019, suscrito por el señor GILBERT RODRIGO SANABRIA MORENO.

Que la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA le entregó al demandante varias certificaciones laborales de las siguientes fechas: 20 de enero de 2016, suscrito por el señor RENE GOMEZ OCAMPO.

Que la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA le entregó al demandante varias certificaciones laborales de las siguientes fechas: 21 de abril de 2004, 10 de julio de 2020 y 4 de agosto de 2020, suscrito por la señora BIBIANA ALEXANDRA CHAPARRO NUÑEZ.

Que la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA el 4 de abril de 2020, le reitera al demandante el cambio en el pago de remuneración. Que la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA le adeuda el salario correspondiente al mes de abril a agosto de 2020.

Que la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA suscribió una convención colectiva del trabajo, con la organización sindical USTA, la cual se encuentra vigente y depositada ante el Ministerio de Trabajo. Que el actor es beneficiario de la convención colectiva del trabajo.

Que la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA le suspendió al demandante el pago de salarios al aquí demandante, desde el mes de febrero de 2020. La empresa demandada le ha retenido los salarios sin ninguna justificación.

Que la empresa demandada le ha retenido los salarios al aquí demandante, sin ninguna justificación. Así como tampoco el pago de incapacidades desde febrero de 2020 al actor.

Finalmente señala que, la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA le debe adicionalmente al demandante un día de salario, por cada día de mora por la retención de los salarios.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Admitida la demanda por el Juzgado treinta y uno Laboral del Circuito (fls- 006 del expediente digital), y surtido su traslado, la accionada ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA, dio contestación a la demanda conforme se observa de la documental No. 012 del expediente digital en la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, alegando que al señor Iban Cortes no se le han desmejorado las condiciones laborales, pues veamos, el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de Asesor Comercial Senior tal y como el mismo lo manifiesta en el hecho No. 3 de su escrito de demanda, en ese orden el contrato de trabajo del demandante contempla que el salario devengado por el trabajador desde el ingreso a la compañía ha estado constituido por un monto fijo y otro variable, de conformidad con lo establecido en la cláusula quinta del contrato de trabajo,

No obstante lo anterior, el demandante presentó demanda ordinaria laboral contra la empresa, que curso en el juzgado 21 Laboral del circuito de Bogotá buscando que no se le desmejorara sus condiciones laborales, pues la empresa le solicitó que realizará las funciones para las cuales había sido contratado, el juez de instancia absolvió a mi representada de todas las pretensiones de la demanda, dicha decisión

fue apelada y conocida por el Tribunal Superior de Bogotá quien en sentencia del 16 de agosto de 2017, ordena a Alpina S.A a reinstalar al actor a cargo que venía desempeñando en oficina, esto con motivo del estado de salud que alega el actor que padecía, protección que fue amparada con la finalidad que no tuviera que hacer desplazamientos, más no porque el actor no pudiera realizar la labor de ventas para la que fue contratado.

Mi representada efectivamente acató el fallo de Tribunal Superior, no obstante el día 1 de abril del año 2020, el señor Cortes de forma libre y voluntaria, por iniciativa propia envió un correo a la Compañía informando que su incapacidad se terminaría el día 4 de abril del mismo año, solicitando que la Compañía accediera a cualquiera de sus peticiones, que consistían en que Alpina S.A, le concediera vacaciones a partir del 6 de abril o una licencia remunerada o le diera aplicación al artículo 140 del C.S.T, finalmente pidió que le permitieran teletrabajar o trabajo en casa.

Ante la petición del señor Cortes, la empresa atendió su requerimiento indicándole que aceptaba la petición de trabajo en casa, en este punto importa precisar que debido a la pandemia COVID19 el trabajo en casa fue permitido mediante las resoluciones expedidas por el Ministerio de Trabajo como medidas alternativas para evitar el contagio, siendo totalmente aplicables al caso del demandante dado que la función para la que fue contratado es la de Asesor Comercial Senior y que si bien es cierto no la había podido desempeñar a cabalidad debido a condiciones de salud cuyo soportes datan del año 2006 y no han sido renovados o sustentados ante la Compañía, sin embargo se ha venido incapacitando de forma continua, casi que interrumpida, sin hacerse calificar su PCL.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, el **JUEZ 31º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia 07 de mayo de 2021, en la que resolvió **CONDENÓ** a la demandada ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA, a **reinstalar** al demandante con el mismo salario que venía devengando, esto es, \$5.752.500 integrado por \$1.123.300 por concepto de salario básico y \$4.632.200 por concepto de incentivos, a partir del día 03 de julio de 2020 y en adelante. **CONDENÓ** a la demandada ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA, a pagar diferencias existentes entre los conceptos que el fueron cancelados al demandante por concepto de salarios e

incentivos a partir del 03 de julio de 2020 y la suma de \$5.752.500, en adelante; descontando los periodos en los cuales el demandante se encontraba incapacitado. **COSTAS** a cargo de ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

Como fundamento de su decisión, señaló que al revisar las pruebas aportadas por la demandada Alpina y los comprobantes de pago se advierte que la remuneración del demandante mes a mes, a partir de abril del año 2020, fue inferior a la que la misma Alpina certifica y a la que el Tribunal en la sentencia el 16 de agosto del 2017, señala como debe estar conformada, en donde claramente se señala el salario, por lo que debe concluirse en el caso que nos ocupa, debe concluirse que efectivamente si existió desmejora.

Teniendo en cuenta lo anterior, para el Juzgado de primera instancia no era una única desmejora, sino de reiteradas desmejoras por haberse generado prestaciones periódicas, y por tal razón, el término prescriptivo se cuenta frente a cada una de las prestaciones periódicas, y en consecuencia estarían prescritos los derechos con anterioridad al 3 de julio de 2020 respecto del reajuste salarial.

En consecuencia, para el Juzgado de primer grado, Alpina debería pagar al actor la diferencia existente entre el valor cancelado por concepto de salarios e incentivos al demandante a partir del 3 de julio de 2020, respecto del salario que realmente debía ganar el demandante el cual se encuentra constituido por un valor de \$1.120.300 como salario básico (fijo) y \$4.632.200 como incentivo (variable), para un monto total de \$5.752.500.

Por otro lado, señaló que con posterioridad al 3 de julio de 2020, el demandante ha estado incapacitado en reiteradas oportunidades, conforme certificación expedida por la NUEVA EPS, liquidadas sobre un ingreso base de liquidación superior, como ejemplo la de 14 días, desde el 26 de junio de 2020 al 09 de julio de 2020, se liquidó sobre un salario base de \$6.535.120, la siguiente sobre un salario base de \$6.268.428, y así sucesivamente, por lo que para los periodos en los que el demandante estuvo incapacitado, no hay lugar al pago del reajuste, como quiera que el salario a que tiene derecho el trabajador de la incapacidad, no correspondía al 100%.

Finalmente, respecto de la sanción moratoria solicitada por la parte demandante, la misma fue negada bajo el argumento que el artículo 65 del CST establece que hay lugar a la imposición de ésta sanción en los eventos en que hay mora en el pago de salarios y prestaciones al momento de la terminación de la relación laboral, por lo que al estar vigente no es procedente acceder a ésta pretensión.

RECURSO DE APELACIÓN

La **PARTE DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación solicitando se modifique la sentencia proferida en primera instancia, específicamente en lo que tiene que ver con la aplicación de la prescripción parcial que decretó el Juzgado de instancia, por cuanto en primer lugar, la excepción de prescripción debía ser alegada por la empresa ALPINA, siendo decretada de oficio, atendiendo que una vez se presenta la suspensión de términos en el Juzgado, empezaba a correr otra vez los nuevos términos, por lo que no se puede afirmar por parte del Despacho que los términos supuestamente comenzaron a correr a partir del 2 de julio, cuando efectivamente, el cambio de condiciones se dio el 4 de abril y es desde ahí, que debe contarse los términos, toda vez que el demandante no iba a saber que ALPINA le iba a cambiar las condiciones el 2 de julio, sino que se debe tomar con la carta que data del 4 de abril.

En ese orden de ideas, indica que debe diferenciarse las acciones de fuero sindical iniciadas por el trabajador, y otras la acción de fuero sindical iniciada por el empleador, y en las acciones de fuero sindical, insiste el Juzgador solo tiene competencia para verificar si el empleador solicita el permiso previo ante el Juez Laboral, sin embargo no puede entrar a revisar si existe justificación para el despido, desmejora o traslado, diferente a cuando el fuero sindical la adelanta el empleador, en la que la competencia del Juez se amplía a efectos de determinar la justificación para trasladar al trabajador, o si tiene justificación para cambiarle las condiciones a ese trabajador que es aforado.

Así pues, señala que la competencia del Juzgador de primer grado estaba restringida a la acción adelantada por el trabajador, y en ese sentido a verificar si el empleador a partir del mes de abril de 2020 le había pagado al trabajador los salarios dejados

de percibir a título de indemnización, tal y como dice la norma, trayendo a colación la sentencia C – 201 de 2002.

Por otro lado, el Juzgado ordena descontar el pago de las incapacidades, sin embargo el demandado tampoco alegó la **excepción de compensación**, y es que en ese evento sí podría compensarse con los dineros que pagó la empresa, pero no la propuso, y por lo tanto no puede favorecerse.

Teniendo en cuenta lo anterior, tanto la excepción de prescripción, como la de compensación no pueden ser declaradas de oficio, por cuanto la excepción de compensación está regulada en el Art. 1715 del C.C., donde exige unos requisitos para que el Juez pueda proceder a aplicarla, resaltando que el trabajador no puede entenderse como un deudor de la empresa, e insiste, que al no ser propuesta por Alpina, no se puede hacer ese cruce de cuentas, es la empresa empleadora que ha dejado de pagarle el monto de salario del aquí demandante.

Frente al **salario** que se declaró, señaló que mientras en sentencia de 2017 se declaró que el demandante tenía un salario de \$5.852.000, en el presente asunto el Juzgado declaró que el actor tiene un salario de \$5.798.00, es decir, casi \$98.000 pesos menos, desconociendo los aumentos que se dieron en el año 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, es decir que, si se llega a calcular matemáticamente cuál era el valor real del salario del demandante, debió tenerse en cuenta, por lo menos, los aumentos salariales y no condenar a Alpina a pagar un salario inferior al que el demandante tenía en el año 2017, máxime si se tiene en cuenta la sentencia del Tribunal, en donde se definió el monto.

Señala que la prueba que emanó Alpina correspondiente a una certificación, no se tiene en cuenta, pues se indica que ese salario es garantizado y que es coherente con la declaración de los testigos, por lo que de conformidad con los artículos 60 y 61 del Código General del Trabajo y la Seguridad Social, obliga al operador judicial a que las pruebas deban valorarse en conjunto y si la prueba testimonial coincide con la prueba documental que arrimó Alpina, no debe catalogarse que efectivamente esos hechos están debidamente probados y sobre todo, más aun cuando era de vital importancia en este proceso definir el salario del demandante, dejando claro que el Juzgado no tenía competencia para entrar a verificar como era el sistema de

remuneración de los vendedores senior de Alpina, en un proceso especial de fuero sindical.

Finalmente, frente al **pago de todos los salarios a título de indemnización** señala que debe condenarse a Alpina a pagar los salarios, teniendo en cuenta el salario que realmente devengaba el demandante, pues no se entiende de dónde saca el salario de \$5.000.000, incluso la misma demandada aceptó el salario que le pagó al demandante en marzo de 2020, pues el que declara el Juzgado inclusive ese menor que el del año 2017. Por otro lado, si bien el Juzgado condena a pagar los salarios a título de indemnización, no indica los montos, ni cuanto es lo que se deben, o lo que se debe descontar, y la sentencia no fue concreta en esa medida.

Finalmente, en lo que tiene que ver con el pago de la **indemnización moratoria** indicó el Juzgado que el demandante no tiene derecho por cuanto el contrato se encuentra vigente, pero dicha tesis se centra en los procesos ordinarios, sin embargo estamos frente a un proceso especial de fuero sindical, por lo que debió tener en cuenta la sentencia C-201, y si bien estamos en presencia de un segundo proceso, lo cierto es que pone de presencia de un actuar de mala fe de la empresa demandada que debe ser sancionado, actuar que es reiterativa y se ha convertido en una agresora en potencia del fuero sindical frente al demandante, por lo que solicita sancionar a la empresa demandada.

Y es que en este sentido, no es necesario que para que el Juzgado pudiese aplicar los perjuicios que le ha causa Alpina al demandante por violarle el fuero sindical, es que el contrato deba estar extinguido, sino que el Juez debe entrar a calificar cual es el actuar del empleador frente al fuero sindical, y la mala fe como ha venido actuando, los cuales se deben sancionar, cuando se comprueba que el empleador ha violado el fuero sindical.

En suma, debía verificar la Juzgadora de instancia el permiso previo que no solicitó Alpina para modificar o desmejorar al aquí demandante, y definir el salario que debía pagarle, máxime cuando el salario está demostrado con las certificaciones, así como con las declaraciones que se rindieron.

La **PARTE DEMANDADA** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar, se absuelva a Alpina de todas

las pretensiones incoadas en su contra, y se declaren las excepciones propuestas de fondo, teniendo en cuenta que si bien se pretende verificar que el demandante es aforado por pertenecer a la junta directiva del Sindicato USTA, debe esclarecerse si fue desmejorado en sus condiciones laborales, teniendo en cuenta que las condiciones que lo rodean son especiales.

Así las cosas, señala que si bien mediante sentencia del año 2017 proferida por ésta Corporación el demandante fue reinstalado o reubicado, se le puso a hacer labores de oficina, situación que no se logró materializar teniendo en cuenta la certificación emitida por la EPS, da plena certeza de los periodos que estuvo incapacitado el actor, aclarando que el señor IBAN CORTES LOPEZ no ha prestado los servicios a Alpina desde la emisión de la sentencia en el año 2017 a la fecha, y lo cierto es que ha estado incapacitado durante esos 4 años hasta el año 2021 si se quiere.

En ese orden de ideas, es claro que el demandante por su puesto no ha recibido el emolumento o salario que la norma laboral indica, sino que por el contrario, lo que ha recibido es auxilio de incapacidad, lo que es totalmente diferente al salario.

Así las cosas, las incapacidades no tienen un componente fijo, ni variable, las incapacidades no se promedian mes a mes, sino que es el salario lo que se promedia cuando el demandante efectivamente se reintegrara a prestar sus servicios, lo que se traduce en el momento en que deja de estar incapacitado, y es a partir de ese momento en que se vuelve a promediar el salario, teniendo en cuenta el salario básico y el componente variable por incentivos, toda vez que ingresa con el IBC del promedio de los salarios que haya devengado antes de incapacitarse.

Señala que en el presente asunto no existió **desmejora** en las condiciones laborales del demandante, por cuanto venía recibiendo el valor de las incapacidades que no están afectadas por el componente fijo – variable del salario, en la medida que vienen siendo reconocidas con el salario que se le promedió al momento de incapacitarse, lo que sucede es que, después de estar 3 años incapacitado el demandante, claramente debía informar la demandada sobre las condiciones actuales en las que se encuentra un asesor comercial senior, por cuanto las tablas con las cuales se calculan los incentivos son variables, y así está estipulado en el contrato de trabajo, así como en la comunicación del 03 de abril de 2020 dirigida al demandante, en la cual se él explicó cuál era esa tabla de incentivos y cómo funcionaba.

Afirma que no se le desmejoró las condiciones al demandante, pues se le indicó al actor que actualmente un asesor comercial senior tiene el salario básico (parte fija del salario), el cual siempre ha venido devengando el trabajador, un componente variable, que corresponde a los incentivos, lo anterior no se le había indicado al actor por cuanto estaba incapacitado de forma sistemática e ininterrumpida, sin embargo en abril de 2020, cuando el demandante informa que va a volver, por afirmar que "salió de las incapacidades", deja de recibir el auxilio de incapacidad y empieza a recibir el salario, sin que se pretenda desconocer el salario que venía devengando el demandante, sino que reitera que el actor devengaba un auxilio de incapacidad, que la dejaría de recibir, la demandada actualiza al demandante de las condiciones en las que se encontraba el cargo de asesor comercial senior, pues se debe entender que el demandante venía de una incapacidad por un periodo de 4 años a prestar servicios, y sin conocer las condiciones en las que están los clientes, esto es, sin estar actualizado en los precios, productos, servicios y zonas en donde se ofrecen y salario devengado, el cual tiene un componente fijo y otro variable.

Por otro lado, si bien los testigos que se arrimaron al plenario al rendir su declaración no deprecian ninguna confiabilidad, en la medida que recitaron de memorial supuestamente conociendo el salario del demandante, sin que se acordaran del salario que ellos mismos devengaban, lo cierto es que si coincidieron en afirmar que el salario estaba compuesto por un salario fijo y uno variable, correspondiente a los incentivos, por lo que el Juzgado de primera instancia se contradice al reconocer en primera medida que el demandante devengaba dentro de su salario, un componente fijo y otro variable, al indicar que su salario asciende a la suma de \$5.752.500, el componente de incentivo deja de ser variable a pasar como si fuera un salario fijo, desconociendo que entre las partes se pactó en la cláusula quinta del contrato de trabajo, un componente de salario variable como incentivo, y que dentro de la compañía existen unas tablas que lo liquidan y permiten que el demandante a través de la prestación del servicio acredite el porcentaje al cual se hace merecedor de forma mensual, lo cual fue confirmado por el testigo Julián que fue totalmente imparcial en su declaración, quien indicó cómo funcionaba dicha figura, resaltando que lo que motivo la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el año 2017 fue el estado de salud del actor, mas no la supuesta desmejora en las condiciones laborales con ocasión al pago del salario.

Y es que la tabla de incentivos puede ser modificada por la compañía cuando lo desee, y no por esto, debe acudir el Juez Laboral para modificarla, pues se estaría restringiendo al derecho y libertad de empresa a pactar la modalidad de sus salarios bajo las condiciones que permite la norma laboral, lo que hizo Alpina fue modificar la tabla de incentivos que se tenía en abril de 2020, y comunicársela al demandante, una vez regresó a prestar sus servicios, y ello no puede considerarse una desmejora en las condiciones laborales.

Respecto de la **excepción de prescripción** que aduce el apoderado de la parte demandante, señala que si fue propuesta junto con la contestación de la demanda, por lo que es procedente declararla, tal y como lo hizo el juez de instancia.

En lo que respecta a la **excepción de compensación**, el Despacho nunca la declaró como lo afirma el apoderado de la parte demandante, sino que como quiera que las pretensiones de la demanda pide la diferencia del salario, no el pago completo del mismo, por lo que analizando las pretensiones de la demanda, resultan extrañas y desconocen su propio escrito de demanda, máxime si se tiene en cuenta el actuar del demandante quien afirmó que no le habían cancelado los salarios de los meses febrero a diciembre de 2020 y de enero de 2021, pese a que se aportaron comprobantes de nómina acreditando dichos pagos bajo el concepto de auxilio de incapacidad, por cuanto el demandante se encontraba incapacitado, y no podía percibir salario como tal, por cuanto al ser un beneficio convencional se paga como ausencia no reconocida, y al acreditar que estaba incapacitado, éste rubro pasa a ser una incapacidad, y en razón a ello existió una interpretación errónea por parte del Tribunal en la sentencia que profirió en el año 2017, al declarar que el salario era uno garantizado, pese a que de conformidad con las declaraciones de los testigos, quienes son expertos en nómina de la Compañía indicaron que el salario estaba compuesto por un básico (fijo) y un componente variable por incentivos, sin que éste último fuera 'garantizado', pues es un componente que puede variar, según la prestación del servicio del demandante, y el certificado al demandante por varios años fue el último que percibió, pues a partir del año 2017 ha estado incapacitado incluso hasta el año 2021, y por eso ese porcentaje de variable no ha variado desde el año 2017.

Recursos que procede a resolver la Sala, de acuerdo a lo normado en el artículo 66 A del CPT y la SS, y las siguientes:

II. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:

A efectos de resolver, cabe señalar que el artículo 405 del C. S. del T. define el fuero sindical, como *“la garantía que tienen algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo”*.

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia T 220 del 12 de marzo de 2012, reiteró:

“5. El proceso de levantamiento del fuero sindical y la acción especial de reintegro por fuero sindical

5.1. *Tal y como se señaló anteriormente, el fuero sindical es un derecho que cobija a las directivas sindicales para evitar despidos injustificados, o modificaciones arbitrarias de las condiciones laborales, de modo que se garantice la gestión de los intereses de los asociados.*

5.2. *Por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa y previa autorización judicial al empleado aforado. Será necesario un proceso de levantamiento del fuero sindical iniciado por el patrono para que el juez permita despedir o desmejorar las condiciones del empleado aforado, en los términos de los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo. En dichas disposiciones, se señala que se presume la existencia del fuero sindical con la sola certificación de la inscripción en el registro sindical o con la comunicación del empleador de la inscripción, por consiguiente, en esos casos, éste deberá interponer una demanda para obtener el permiso del juez, invocando una justa causa. En este sentido, la sentencia T-029 de 2004, reiterando jurisprudencia en la materia, precisó lo siguiente,*

“A propósito de las acciones en comento, conviene anotar que la demanda del empleador, tendiente a levantar el fuero sindical, deberá presentarse “inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido,

traslado o desmejora del trabajador”¹, habida cuenta que “el fundamento mismo para el ejercicio del mencionado levantamiento, es necesariamente la existencia y conocimiento por parte del empleador de una justa causa que justifique las pretensiones de levantar el fuero al trabajador. Si esa justa causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad ocurre es que el fundamento mismo o la causal que autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierte la razón misma de su consagración”².

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es (1) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y (2) el análisis de su legalidad o ilegalidad³. Es importante anotar que según el artículo 410 del C.S.T., son justas causas para el despido, 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.

5.3. En este contexto, se entiende que el respeto al derecho de asociación sindical incluye la garantía del debido proceso cuando son despedidos trabajadores cobijados por el fuero sindical. Si el trabajador ha sido despedido o desmejorado sin autorización judicial previa, cuenta con dos meses, contados a partir de la actuación del empleador, para interponer una acción especial de reintegro por fuero sindical tal y como lo consigna el artículo 118A del Código de Procedimiento del Trabajo. En relación con la obtención del permiso cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral, conoce la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001⁴, razón por la cual es a la jurisdicción ordinaria laboral a quien compete conocer de los

¹ Sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad fueron declarados exequibles algunos apartes de los artículos 113, 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo, en los términos de la misma decisión. Esta Corte resolvió: “Primero.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones del artículo 114 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el Decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, las cuales señalan que se “ordenará correr traslado de ella al trabajador o trabajadores indicados en la solicitud y citará a las partes para una audiencia” y “se intentará en primer término la conciliación. Fracasada ésta, en el mismo acto”, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, debe ser notificado y será parte en el juicio. Segundo: Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y tercero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fueron modificados por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, podrá también interponer la acción de reintegro prevista por primer inciso y de restitución prevista por el tercer inciso. Tercero: Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961.

Cuarto: Declarar EXEQUIBLE el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 13 inciso 2°, 25 y 39 de la Constitución y del Convenio 98 de la O.I.T., para hacer uso del procedimiento especial de levantamiento del fuero sindical, el empleador deberá presentar la solicitud inmediatamente ocurra la justa causa requerida para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado, según se indicó en la parte motiva de este fallo”.

² Ídem.

³ T-029 de 2004, T-731 de 2001

⁴ T-253 de 2005

conflictos de reintegro por fuero sindical de los trabajadores y empleados públicos, a través de los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Laboral⁵.

En la acción de reintegro, el juez debe analizar (1) si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial y, en caso afirmativo (2) verificar si cumplió dicho requisito. De ninguna manera el juez podrá en este tipo de procesos pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho, ya que en virtud del derecho al debido proceso nadie puede ser juzgado sino por el juez competente, con las formas propias de cada juicio.

Si surtido el proceso se comprueba, que el trabajador fue despedido desconociendo las disposiciones en esta materia, se ordenará su reintegro y se condenará a título de indemnización, los salarios dejados de percibir⁶.»

De lo anterior se advierte, que por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa o modificar las condiciones laborales de un trabajador aforado desmejorándolo o trasladándolo sin previa autorización judicial, requiriendo por ende acudir a un proceso de levantamiento de fuero sindical.

En el caso de despido, desmejora o traslado de un trabajador cobijado por el fuero sindical sin autorización judicial previa, se podrá acudir a la acción de reintegro o reinstalación que tiene como finalidad el analizar: 1. Si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial y en caso tal, 2. Verificar si cumplió con dicho requisito, sin que el juez pueda entrar a pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho. En caso de encontrarse acreditado que el trabajador fue despedido, desmejorado o trasladado sin la autorización requerida, proceder ordenar su reintegro o reinstalación al cargo y condenar a título de indemnización los salarios dejados de percibir.

A la luz de estas preceptivas, debe cumplirse el análisis tendiente a determinar si en las condiciones del instructivo resulta dable acceder a la solicitud de reinstalación del señor IBAN CORTES LÓPEZ, al ser desmejorado en sus condiciones laborales por la empresa demandada ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA.

⁵ C-1232 de 2005

⁶ C-1232 de 2005, T-1189 de 2001. Al respecto, la sentencia T-029 de 2004 establece lo siguiente: “En principio, quebrantan el ordenamiento constitucional los jueces laborales que no ordenan el reintegro y la indemnización consecuente de quien, estando protegido por fuero sindical fue despedido sin permiso judicial”.
Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

1. DEL VÍNCULO LABORAL.

No fue materia de controversia la existencia de la vinculación del demandante con la sociedad demandada, ni sus extremos temporales, sustentos fácticos que fueron admitidos por ésta, de los que se establece que el señor IBAN CORTES LOPEZ, suscribió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de mayo de 1996, desempeñando el cargo de Asesor Comercial Senior (fls. 34 a 41 Archivo 001 Anexos de demanda del expediente digital).

Que mediante sentencia dentro del proceso ordinario bajo el radicado No. 1100131050 21 2017 00397 01, el Tribunal Superior de Bogotá ordenó reinstalar al señor IBAN CORTES LOPEZ en el sitio de trabajo en las oficinas, y las condiciones salariales que tenía antes del cambio, con ocasión al estado de salud del demandante, ya que no podía realizar la actividad de ventas al que fue contratado, evitando su desplazamiento.

2. DEL FUERO SINDICAL

Respecto a la garantía del fuero sindical alegada por el trabajador, cabe señalar que de conformidad con lo previsto en el literal c) del art. 406 del CST, se encuentran aparados por la misma *“Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más”*.

En cuanto a la calidad de aforado del demandante, debe indicarse que se encuentra acreditada en los términos del artículo 118 del C.P.T y S.S.⁷, con la constancia expedida por el Ministerio de Trabajo, mediante la cual certifica la calidad de aforado del demandante, en la que se certifica el registro o modificación de la Junta directiva y/o comité ejecutivo de la organización sindical “Unión Sindical de Trabajadores de

⁷ ARTÍCULO 118. DEMANDA DEL TRABAJADOR. <Artículo modificado por el artículo 48 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La demanda del trabajador amparado por el fuero sindical, que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes.

Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección, se presume la existencia del fuero del demandante.

la empresa Alpina Productos Alimenticios", en donde aparece incluido en el primer renglón: IBAN CORTES LOPEZ como presidente (fl. 79 Archivo 001 Anexos de demanda del expediente digital).

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala comparte la manifestación efectuada por el Juez de instancia en concluir que de conformidad con la constancia de registro o modificación de Junta Directiva y/o Comité Ejecutivo de la Organización Sindical, así como con la certificación expedida por el Coordinador del Grupo de archivo sindical, se concluye que el señor IBAN CORTES LOPEZ ostenta la calidad de Presidente del Sindicato "UNION SINDICAL DE TRABAJADORES DE A EMPRESA ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS", y por ende, resulta válido tener por establecida la existencia del fuero sindical en cabeza del demandante, pues la norma no exige el acreditar el término del mandato de la junta directiva, en tanto, de forma expresa indica que para el caso de la demanda presentada por el trabajador su existencia se presumirá *"Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección ..."*, requisito que se cumple para el caso particular, concluyendo que el actor detenta la calidad de aforado, esto es, se encuentra amparado por Fuero Sindical.

3. DE LA DESMEJORA SALARIAL:

Establecida la existencia del fuero sindical, debe precisarse que siempre que un empleador deba ejercer alguna de las prerrogativas (despido, desmejora, o traslado) frente a un trabajador aforado, debe acudir al procedimiento especial que regula la Ley en el artículo 113 del CPL, dentro del cual puede obtener la calificación judicial de existencia de una causa legal de despido o desmejora en las condiciones de trabajo, o de las razones legales que habiliten un traslado.

Con ello el ordenamiento jurídico protege el derecho de asociación sindical dando estabilidad relativa a los trabajadores aforados, y al mismo tiempo permite al empleador la movilidad de su recurso humano cuando existan causas legales o razones que la autoricen.

En este orden de ideas, las controversias sobre la existencia o no de razones para efectuar un traslado o causas justas para proceder con un despido o una desmejora salarial, no son objeto del proceso incoado por el trabajador en ejercicio de la acción

de reintegro o reinstalación que le otorga el artículo 118 del CPL. Tales controversias se deben desatar judicialmente antes de efectuar el despido, el traslado o la desmejora, mediante la acción que otorga al empleador el artículo 113 del CPL. Independientemente de que puedan existir razones legales que autorizan el traslado, el despido o la desmejora en las condiciones de un trabajador aforado, ellas se deben calificar previamente por el juez del trabajo; solo así se protege eficazmente el derecho de asociación sindical dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Para el caso particular, lo primero que debe advertirse dentro del presente asunto, es que al revisar el contrato de trabajo suscrito entre las partes, aparece que la remuneración del demandante está compuesta por un salario base (fijo) y unos incentivos (variable), de conformidad con la cláusula quinta del mencionado contrato, el cual dispone lo siguiente:

“Como contraprestación de sus servicios, el trabajador recibirá una remuneración fija de \$174.800 básicos más incentivos y en la cual se encuentra incluida la remuneración correspondiente a los dominicales y festivos y se pagará por mensualidades o quincenas vencidas, además el empleador reconocerá al trabajador un incentivo sobre el cumplimiento de las cuotas, ventas netas recaudadas, asignadas al Distrito al cual pertenece.”

Teniendo en cuenta lo anterior, no cabe duda en primer lugar que el salario que devenga el demandante está compuesto por dos variables, una fija y otra variable, que corresponde a los incentivos respecto del cumplimiento de las cuotas, ventas netas recaudadas.

Ahora bien, se observan dentro del plenario sendas certificaciones laborales expedidas por la demandada ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA, en la que se informa el salario devengado por el actor, tal es el caso de la del 18 de junio de 2014 en la que se indica que devengaba un salario garantizado mensual de \$4.444.830.

La expedida el día 17 de septiembre de 2014 se indica que el demandante devenga un salario garantizado mensual de \$4.445.000, posteriormente en la certificación del 20 de enero de 2016, la demandada certifica que el demandante desempeña el cargo de Asesor Comercial Senior, devengando un salario mensual de \$4.607.900.

Así mismo, en la certificación expedida el 19 de julio de 2016 certifica que el demandante devengaba un salario básico mensual de \$945.000 y un promedio de incentivos de \$3.662.500. En la del 15 de julio de 2017, se indica que el actor devenga un salario básico mensual de \$1.009.500 y un promedio de incentivos de \$3.910.500.

Igualmente, en la del 11 de agosto de 2017, se indica que el demandante devenga un salario básico mensual de \$1.063.000 y un promedio de incentivos de \$4.120.600. En la de septiembre de 2017 se certifica que el demandante devenga un salario básico mensual de \$1.063.800 y un promedio de incentivos de \$4.120.600.

En las últimas 3 certificaciones allegadas al plenario, la del 10 de julio de 2020 se indica que el demandante devenga un salario básico mensual de \$1.220.300 y un valor de incentivos de \$4.633.200; así mismo en la del 4 de agosto de 2020 se indica que el actor devenga un salario básico mensual de \$1.220.300 y un valor de incentivos de \$4.632.000. Finalmente, en la del 7 de enero de 2021 se indicó que el demandante devengó en el último mes un salario básico mensual de \$1.186.000 y un promedio de incentivos de \$3.910.500, para una suma del mes anterior de \$5.692.200.

Así pues, contrario a lo afirmado por la Juez de instancia, no todas las certificaciones expedidas por la demandada no indica “promedio” en el salario, pues en unas de ellas se puede observar que se indica expresamente que el incentivo es lo correspondiente al promedio de lo devengado y en otras certificaciones se señala que es lo percibido en el último mes previo a la expedición de la certificación.

Ahora bien, dentro del plenario, se aporta la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, dentro del proceso 1100131050-21-2017-395-01 apelación de Sentencia, audiencia de juzgamiento, se señala en la parte inicial de la sentencia:

“El señor IBAN CORTÉS LÓPEZ por intermedio de apoderado judicial interpuso demanda en contra de ALPINA ALIMENTOS ALIMENTICIOS S.A y AYUDA INTEGRAL, para que mediante el trámite de un proceso especial de fuero sindical y previa declaración de existencia de un contrato de trabajo y garantía de fuero sindical, se condene a restituirlo y reubicarlo en el mismo trabajo y con las mismas condiciones que venía desempeñando desde el mes de octubre del año 2004 (...)

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada y en consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **ALPINA ALIMENTOS ALIMENTICIOS S.A** a **REINSTALAR** al actor al cargo que venía desempeñando en oficina desde el año 2004 hasta el año 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar al actor el salario que venía devengando en mayo de 2017.”

No puede perderse de vista que dentro de ésta sentencia judicial se indicó en la parte motiva de la decisión que, se condenaría a ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA a reinstalar al demandante al cargo que venía desempeñando en las instalaciones de la empresa, en labores de ofician desde el año 2004, con el salario que existe prueba a folio 59, y que para el mes de mayo de 2017 ascendía a la suma de \$1.009.500 como salario básico y la suma de \$3.910.500 como promedio de incentivos, salario que no tuvo variación en dicha anualidad.

Pues bien, no queda duda que lo anterior se trata de una sentencia ejecutoriada, que se encuentra en firme y que hace tránsito a cosa juzgada; que, concluyendo que el aquí demandante efectivamente fue reinstalado en labores de oficina en labores de oficina que venía desempeñando con una remuneración para el año 2017 de \$1.009.500 como básico y \$3.910.500 como promedio de incentivos.

Aclarado lo anterior, la Sala entra a estudiar los puntos de apelación interpuestos por las partes respecto del salario que devengó el demandante a partir del 3 de abril de 2020, el cual a consideración de la parte actora configura una *desmejora salarial* toda vez que recibe actualmente un salario ‘garantizado’, sin embargo el empleador le notificó para dicha data que su salario estaría compuesto por un salario básico y un incentivo que variaría mes a mes, dándole a conocer una tabla de porcentajes de ventas con la finalidad de que usted sepa de forma clara cómo se calculará el porcentaje de su variable. Por otro lado, para la demandada constituye el pago del auxilio de incapacidad, que variaría la suma recibida por el demandante, por estar incapacitado desde dicha data.

Así las cosas, el estudio debe centrarse en las circunstancias por las cuales el salario del demandante varió a partir del 3 de abril de 2020, frente a lo cual debe indicarse que el demandante efectivamente pactó en la suscripción del contrato que su salario estaría compuesto por una parte fija y otra variable.

Por otro lado, debe esclarecerse dentro del presente asunto que el demandante se encuentra vinculado a ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA desde el año 1996, y que con ocasión a su estado de salud y recomendaciones médicas fue reubicado en labores de oficina en el año 2004.

No obstante lo anterior, dado el concepto del médico laboral de ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA, producto de una valoración funcional al demandante, se determinó que podía realizar las funciones para las cuales fue contratado inicialmente, esto es, Asesor Comercial Senior, aunque con una limitación importante en cuanto al levantamiento de carga y con una limitación moderada en lo que respecta a la deambulaci3n.

Finalmente, con ocasi3n a la sentencia del a3o 2017 proferida por el Tribunal Superior de Bogot3 dentro del proceso 1100131050-23-2017-0095-01 se orden3 la reinstalaci3n del demandante a labores de oficina que ven3a desempe3ando en el a3o 2004.

En ese sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Bogot3 del 16 de agosto de 2017, en ning3n momento estableci3 o defini3 la situaci3n contractual del demandante, pues lo que orden3 fue su reinstalaci3n con motivo de su estado de salud, ordenando que se le siguiera pagando su salario, que conforme lo expone en su parte considerativa no hablo de un m3nimo garantizado, como lo aduce la parte actora, pues incluso reconoce que el salario del actor tiene un componente fijo y variable, y de esa manera fija unas sumas de dinero para efectos de la liquidaci3n y reinstalaci3n, protecci3n que tiene su g3nesis en que el se3or Iban Cortes no pod3a realizar sus funciones de Asesor Comercial Senior debido a su estado de salud, pues le implicaba realizar desplazamientos f3sicos.

Ahora bien, conforme los hechos de la demanda es importante destacar que el demandante no fue efectivamente reinstalado, como lo orden3 el Tribunal Superior de Bogot3, en atenci3n que desde dicha data se encontraba incapacitado y fue el 1 de abril de 2020 que el mismo demandante inform3 a la empresa ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA que su incapacidad terminari3 el 4 de abril de 2020, incluyendo en dicha solicitud la de acceder a realizar teletrabajo o trabajo en casa, dada la Pandemia por el COVID – 19, solicitud a la cual accedi3 la empresa demandada, conforme la comunicaci3n del 1 de abril de 2020.

Ahora, conforme la comunicación del 1 de abril de 2020, la compañía demandada adjuntó un anexo mediante el cual se le indicó al demandante como debía realizar el teletrabajo y como serían los Parámetros para la causación de comisiones por ventas o salario variable, del cual no era ajeno el demandante, pues de conformidad con la cláusula quinta del contrato de trabajo, se indica que:

"(...) el empleador le asignará cada mes por escrito, una cuota de ventas para la zona del trabajador, o si lo estima conveniente, una cuota de ventas para el Distrito, que incluye la zona asignada al trabajador. En uno u otro caso el incentivo sobre el cumplimiento de las cuotas de ventas netas recaudadas por el trabajador, será el que resulte de aplicar la tabla que se adjunta y hace parte del presente contrato, al cual el trabajador declara conocer y acepta con su firma. (...)"

Por lo anterior, para la Sala ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA si desmejoró las condiciones laborales del señor IBAN CORTES LOPEZ, en tanto que con la orden judicial del Tribunal Superior de Bogotá en el año 2017 se ordenó de manera clara la reinstalación del demandante al cargo de labores de oficina, sin que por tanto estuviera sujeta o condicionada dicha decisión, ni mucho menos que fuera transitoria como lo afirma la demandada en su contestación.

Así pues, debe resaltarse que en ningún caso la orden impartida por el Tribunal Superior de Bogotá en el año 2017 fue transitoria hasta tanto el demandante pudiera volver de su incapacidad, pues con la orden impartida tan solo se refirió a reinstalar al demandante en el cargo de las oficinas, y así debió haberlo hecho la demandada, y no de manera unilateral ordenar devolver al demandante al cargo de asesor comercial senior, así fuera a ejercerlo desde casa, pues en éste caso no solicitó autorización al Juez Laboral para tomar dicha decisión.

Así las cosas, la Sala comparte la decisión de primera instancia en que efectivamente existió una **desmejora** en las condiciones laborales y por tanto debió haber sido aceptada la solicitud de teletrabajo, si a bien tenía la demandada, pero bajo las condiciones del cargo de oficina, tal y como lo ordenó la sentencia de reinstalación del Tribunal Superior de Bogotá.

SALARIO:

Ahora bien, respecto del **salario** devengado por el actor, se tiene que el apoderado de la parte demandante señaló que mientras en sentencia de 2017 se declaró que el demandante tenía un salario de \$5.852.000, en el presente asunto el Juzgado declaró que el actor tiene un salario de \$5.798.00, es decir, casi \$98.000 pesos menos, desconociendo los aumentos que se dieron en el año 2017, 2018, 2019, 2020 y 2021, es decir que, si se llega a calcular matemáticamente cuál era el valor real del salario del demandante, debió tenerse en cuenta, por lo menos, los aumentos salariales y no condenar a Alpina a pagar un salario inferior al que el demandante tenía en el año 2017, máxime si se tiene en cuenta la sentencia del Tribunal, en donde se definió el monto.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada indicó en su recurso de apelación que el salario del demandante se componía de un salario fijo y otro variable, y si bien el demandante estaba incapacitado de forma sistemática e ininterrumpida, fue desde abril de 2020, cuando informó que "salió de las incapacidades", que dejó de recibir el auxilio de incapacidad y empieza a recibir el salario, pues se debe entender que el demandante venía de una incapacidad por un periodo de 4 años a prestar servicios, y sin conocer las condiciones en las que están los clientes, esto es, sin estar actualizado en los precios, productos, servicios y zonas en donde se ofrecen y salario devengado, el cual tiene un componente fijo y otro variable.

Por otro lado, señala que a su consideración el Juzgado de primera instancia se contradice al reconocer en primera medida que el demandante devengaba dentro de su salario, un componente fijo y otro variable, al indicar que su salario asciende a la suma de \$5.752.500, el componente de incentivo deja de ser variable a pasar como si fuera un salario fijo, desconociendo que entre las partes se pactó en la cláusula quinta del contrato de trabajo, un componente de salario variable como incentivo, y que dentro de la compañía existen unas tablas que lo liquidan y permiten que el demandante a través de la prestación del servicio acredite el porcentaje al cual se hace merecedor de forma mensual, lo cual fue confirmado por el testigo Julián que fue totalmente imparcial en su declaración, quien indicó cómo funcionaba dicha figura, resaltando que lo que motivo la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el año 2017 fue el estado de salud del actor, mas no la supuesta desmejora en las condiciones laborales con ocasión al pago del salario.

Finalmente indicó que la tabla de incentivos puede ser modificada por la compañía cuando lo desee, y no por esto, debe acudir el Juez Laboral para modificarla, pues se estaría restringiendo al derecho y libertad de empresa a pactar la modalidad de sus salarios bajo las condiciones que permite la norma laboral, lo que hizo Alpina fue modificar la tabla de incentivos que se tenía en abril de 2020, y comunicársela al demandante, una vez regresó a prestar sus servicios, y ello no puede considerarse una desmejora en las condiciones laborales.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien es cierto que el demandante venía devengando durante 4 años el auxilio de incapacidad y que a partir de abril de 2020, al dejar de estar incapacitado el concepto cambiaría al de salario, lo cierto es que el mismo deberá corresponder al del cargo de oficina, el cual era liquidado mes a mes mientras duró la incapacidad, tal y como lo realizó la empresa demandada, conforme las nóminas aportadas al plenario.

Ahora, si bien la compañía demandada puede variar las tablas de los porcentajes de los incentivos, y respecto de eso no hay ninguna discusión, lo cierto es que no había lugar a comunicárselo al demandante, por cuanto no tendría que desempeñar el cargo de asesor comercial senior, pues al dejar de estar incapacitado y volver a trabajar en la empresa, y teniendo en cuenta la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de reinstalación del actor, debía reconocerle el salario que venía reportando durante su periodo de incapacidad, el cual debió corresponder al de oficina, como lo indicó la Sala en su sentencia del año 2017.

Así las cosas, se despachan en este punto los argumentos expuestos por el apoderado de la demanda, así como también el del demandante, por cuanto se acreditó que mediante sentencia del Tribunal Superior de Bogotá ordenó la reinstalación del actor al cargo de labores de oficina, lo cual no cumplió la accionada.

Por lo anterior, se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE** el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA a reinstalar al señor IBAN CORTES LOPEZ al cargo de oficina, con el salario que venía reportando la demandada durante su incapacidad, con un salario de mensual de \$5.690.800, correspondiente a \$1.187.000 por concepto de salario básico y \$4.503.800 por concepto de salario

variable, tal y como consta de los extractos de nómina de los meses de enero a marzo de 2020 allegados al plenario.

Lo anterior no quiere decir que es un salario fijo, como lo afirma el apoderado de la parte demandada, por cuanto se está indicando expresamente que el valor del salario está compuesto por un salario fijo y uno variable, tal y como la misma demandada ALPINA lo certifica en sus extractos de nómina aportados junto con la contestación de la demanda.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

Ahora bien, debe resaltarse que contrario a lo afirmado por el apoderado de la parte demandada, ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA sí propuso la excepción de prescripción, y por tal razón, al ser un punto de inconformidad la Sala procede a analizarla.

Así pues, conforme lo dispuesto en el artículo 118 A del código procesal del trabajo y de la Seguridad Social, adicionado por la ley 712 del 2001 artículo 49, establece la Prescripción, en donde se señala:

"Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso."

En ese orden de ideas, si bien la desmejora comenzaría a contabilizarse desde el 1 de abril de 2020, fecha de la comunicación al demandante, lo cierto es que para dicha época se encontraban suspendidos los términos en la Rama Judicial para presentar y radicar demandas ordinarias y especiales, y fue hasta la expedición del Acuerdo PCSJA2011581 en su artículo 01, mediante el cual levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1º de julio de 2020, fecha a partir de la cual comenzaría a contabilizarse el término prescriptivo.

Así las cosas, teniendo por acreditado que la parte demandante radicó la presente demanda el día 2 DE SEPTIEMBRE DE 2020, conforme acta de reparto visible en el archivo 002 del expediente digital, superaría el término trienal, no quedando otra camino que declarar probada parcialmente la excepción de prescripción de la

diferencia de los salarios reclamados a partir del 3 de julio de 2020, quedando prescritos todos aquellos causados con anterioridad al 1 de julio de 2020.

En consecuencia, se confirmará la prescripción declarada por el Juez de instancia, sin embargo se **MODIFICARÁ PARCIALMENTE** el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA a cancelar la diferencia de los salarios devengados a partir del 3 de julio de 2020, teniendo en cuenta un salario mensual de \$5.690.800, conforme se indicó anteriormente.

Vale la pena precisar que conforme a la certificación expedida por parte de la NUEVA EPS, se acredita que el demandante que con posterioridad al 3 de julio de 2020 ha sido incapacitado, razón por la cual, se confirmará que no habrá lugar a condenar a ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA a la diferencia salarial por los periodos que estuvo incapacitado el señor IBAN CORTES LOPEZ, pues no corresponden al 100%, aunado al hecho que el IBC con el que fue liquidado supera el salario aquí declarado.

SANCIÓN MORATORIA:

Solicita el apoderado de la parte demandante que se condene a un día de salario por cada día de retardo desde el mes de abril de 2020 por retención de salarios, teniendo en cuenta que estamos frente a un proceso especial de fuero sindical, por lo que debió tener en cuenta la sentencia C-201 de 2002, y si bien estamos en presencia de un segundo proceso, lo cierto es que pone de presencia de un actuar de mala fe de la empresa demandada que debe ser sancionado, actuar que es reiterativa y se ha convertido en una agresora en potencia del fuero sindical frente al demandante, por lo que solicita sancionar a la empresa demandada.

Y es que en este sentido, no es necesario que para que el Juzgado pudiese aplicar los perjuicios que le ha causa Alpina al demandante por violarle el fuero sindical, es que el contrato deba estar extinguido, sino que el Juez debe entrar a calificar cual es el actuar del empleador frente al fuero sindical, y la mala fe como ha venido actuando, los cuales se deben sancionar, cuando se comprueba que el empleador ha violado el fuero sindical.

Así las cosas, para la Sala no son de recibo los argumentos expuestos por el apoderado de la parte demandante, como quiera que la sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST, modificado por el Art. 29 de la Ley 789 de 2002 establece que hay lugar a ésta sanción cuando existe mora en el pago de salario y prestaciones sociales **al momento de la terminación del contrato de trabajo**, sin embargo al estar en presencia de un contrato de trabajo vigente, no puede accederse a ésta prestación.

Por otro lado, debe señalarse que la sentencia C-201 de 2002 se refiere respecto al derecho a la igualdad en una organización sindical, así como a la imposición de sanciones administrativas y penales para quienes atentan contra los derechos de asociación y libertad sindical, sin embargo no se refiere específicamente a la sanción moratoria de un día de salario por cada día de retardo por el no pago de salarios y prestaciones sociales, por lo que habrá de despacharse desfavorablemente la súplicas incoadas por la parte demandante, y confirmar la absolución en éste punto de apelación.

EXCEPCIÓN DE COMPENSACIÓN

Finalmente, el apoderado de la parte demandante alegó en su recurso de alzada que la **excepción de compensación**, tampoco fue propuesta por la sociedad demandada, y por lo tanto no puede favorecerse, pues no puede ser declarada de oficio conforme lo dispone el Art. 1715 del C.C., donde exige unos requisitos para que el Juez pueda proceder a aplicarla, resaltando que el trabajador no puede entenderse como un deudor de la empresa, e insiste, que al no ser propuesta por Alpina, no se puede hacer ese cruce de cuentas, es la empresa empleadora que ha dejado de pagarle el monto de salario del aquí demandante.

Por su parte, el apoderado de la accionada, indicó que el Juzgado de instancia nunca la declaró como lo afirma el apoderado de la parte demandante, sino que como quiera que las pretensiones de la demanda pide la diferencia del salario, no el pago completo del mismo, al analizar las pretensiones de la demanda, resultan extrañas y desconocen su propio escrito de demanda, máxime si se tiene en cuenta el actuar del demandante quien afirmó que no le habían cancelado los salarios de los meses febrero a diciembre de 2020 y de enero de 2021, pese a que se aportaron comprobantes de nómina acreditando dichos pagos bajo el concepto de auxilio de

incapacidad, por cuanto el demandante se encontraba incapacitado, y no podía percibir salario como tal, por cuanto al ser un beneficio convencional se paga como ausencia no reconocida.

Así las cosas, debe señalarse que contrario a lo afirmado por el apoderado de la parte demandante, en primer lugar ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA sí propuso la excepción de compensación, y en segundo lugar, el Juez de instancia no está declarando probada la excepción de compensación, lo que ordenó el Juzgador de primer instancia fue descontar los periodos que estuvo incapacitado el demandante, conforme certificación expedida por la NUEVA EPS, pues de lo contrario estaríamos frente a un pago de lo no debido, pues en dichos periodos de incapacidad el demandante no está prestando sus servicios y recibiendo salario, sino que recibe auxilio de incapacidad, por lo que es procedente confirmar la decisión del Juez de primer grado en descontar los periodos que estuvo incapacitado el señor IBAN CORTES LOPEZ.

COSTAS.

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR PARCIALMENTE el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA a reinstalar al señor IBAN CORTES LOPEZ al cargo de oficina, con el salario que venía reportando la demandada durante su incapacidad, con un salario de mensual de \$5.690.800, correspondiente a \$1.187.000 por concepto de salario básico y \$4.503.800 por concepto de salario variable

SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a ALPINA PRODUCTOS ALIMENTICIOS SA a cancelar la diferencia de los salarios devengados a partir del 3 de julio de 2020 y en adelante, teniendo en cuenta un salario mensual de \$5.690.800, conforme se indicó anteriormente, descontando los periodos en los cuales el demandante estuvo incapacitado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la decisión de primera instancia.

CUARTO: NO CONDENAR en costas en la alzada.

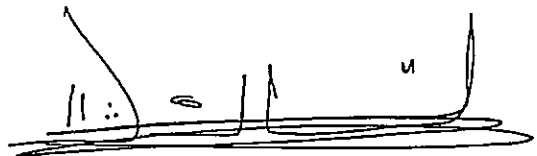
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(RAD 11001310503120200026201)



DAVID A. J. CORREA STEER

(RAD 11001310503120200026201)



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(RAD 11001310503120200026201)