



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

**ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ
Magistrada Ponente**

Proceso	Ordinario Laboral
Accionante	Hilda Maritza Garcés Ulcué
Accionado	Banco de Bogotá y Otro.
Radicado	76001-31-05-003-2020-00485-01

Sentencia N°. 074

Aprobada mediante acta No. 074

Santiago de Cali, trece (13) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala Quinta de Decisión Laboral a pronunciarse¹ de los recursos de apelación presentados por **BANCO DE BOGOTÁ** y **MEGALÍNEA S.A.** contra la sentencia No. 56 del 26 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso instaurado por **HILDA MARITZA GARCÉS ULCUÉ** contra las recurrentes.

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se condene de manera solidaria a las demandadas a reliquidar las prestaciones sociales tales como: cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas de servicios de toda la vigencia de la relación laboral, así como indemnizaciones y aportes a seguridad social en salud y pensión, con base en el salario realmente devengado por la actora, incluyendo

¹ La sesión se lleva a cabo virtualmente mediante el uso de las TIC's, de conformidad con los artículos 1º y 2º de la Ley 2213 de 2022, y se profiere sentencia escrita, según lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 13 *ibidem*, que modificó el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

el ítem 1513 “Bonificación por Mera Liberalidad” que corresponde a comisiones pagadas por el Banco de Bogotá y que Megalínea no tuvo en cuenta, de conformidad con los siguientes datos:

RELACION DE PAGOS x MERA LIBERACION (Base Liquidación Prestaciones Reclamadas)					
AÑO 2016	VALOR	AÑO 2017	VALOR	AÑO 2018	VALOR
ENERO	93.730,00	ENERO	980.443,00	ENERO	3.944.993,00
FEBRERO	1.199.546,00	FEBRERO	2.064.638,00	FEBRERO	1.550.184,00
MARZO	0,00	MARZO	2.229.669,00	MARZO	1.937.392,00
ABRIL	1.273.162,00	ABRIL	0,00	ABRIL	95.576,00
MAYO	1.471.670,00	MAYO	2.911.785,00	MAYO	5.617.404,00
JUNIO	1.489.991,00	JUNIO	2.634.418,00	JUNIO	5.445.988,00
JULIO	2.473.517,00	JULIO	1.502.663,00	JULIO	0,00
AGOSTO	1.485.233,00	AGOSTO	1.823.964,00	AGOSTO	3.656.660,00
SEPTIEMBRE	3.983.105,00	SEPTIEMBRE	1.772.447,00	SEPTIEMBRE	7.285.458,00
OCTUBRE	3.607.442,00	OCTUBRE	0,00	OCTUBRE	3.131.186,00
NOVIEMBRE	4.531.717,00	NOVIEMBRE	1.394.769,00	NOVIEMBRE	3.586.158,00
DICIEMBRE	3.851.764,00	DICIEMBRE	1.402.917,00	DICIEMBRE	0,00

Lo cual, según la demandante, arroja como resultado las siguientes condenas :

RESUMEN AÑO 2016	VALORES
CESANTIAS	2.121.740
INTERESES A LAS CESENATIAS	256.031
PRIMA DE SERVICIOS JUNIO	1.060.870
PRIMA FIN DE AÑO	1.060.870
VACACIONES	1.060.870
TOTAL PRESTACIONES NO CANCELADAS AÑO 2016	4.499.511

RESUMEN AÑO 2017	VALORES
CESANTIAS	1.559.809
INTERESES A LAS CESENATIAS	187.177
PRIMA DE SERVICIOS JUNIO	779.905

PRIMA FIN DE AÑO	779.905
VACACIONES	779.905
TOTAL PRESTACIONES NO CANCELADAS AÑO 2017	4.086.701

RESUMEN AÑO 2018	VALORES
CESANTIAS	3.144.059
INTERESES A LAS CESENIAS	362.615
PRIMA DE SERVICIOS JUNIO	1.572.029
PRIMA FIN DE AÑO	1.449.760
VACACIONES	1.572.029
TOTAL PRESTACIONES NO CANCELADAS AÑO 2018	6.650.733

TOTAL PRESTACIONES SOCIALES ADEUDADAS	15.236.944
--	-------------------

Igualmente, pretendió se imparta condena solidaria por indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y por sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; las cuales se generan por no haber tenido en cuenta las bonificaciones aludidas, que en realidad eran comisiones por venta de productos financieros del Banco de Bogotá. Finalmente, pidió la indexación de las condenas, de manera concomitante con los intereses moratorios del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para sustentar sus pretensiones refirió que el 9 de noviembre de 2015 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con Megalínea S.A. por virtud del cual se desempeñó como asesora comercial unidad fuerza móvil de ventas, con una asignación mensual de \$781.242, más auxilio de transporte y comisiones por venta de productos financieros del Banco de Bogotá, tales como créditos de consumo, libre inversión, tarjetas de crédito, seguros de incendio, entre otros; que, aun cuando no se estipuló en el contrato de trabajo, desempeñaba sus funciones en las instalaciones del Banco de Bogotá, con quien Megalínea S.A. tenía un contrato civil de prestación de servicios de soporte logístico a nivel nacional, por virtud del cual esta última actuaba como simple intermediaria enviando asesores al Banco de Bogotá, como si se tratase de una empresa temporal.

Indicó que quien le pagaba sus salarios era Megalínea S.A. y que en los desprendibles de pago se registraba un ítem 1513 denominado “*Bonificación Mera Liberalidad*” que correspondía al pago de comisiones por venta de productos financieros del Banco de Bogotá, como contraprestación directa de los servicios prestados por la actora y que el vínculo laboral terminó el 16 de diciembre de 2018 por renuncia.

Aseveró que Megalínea S.A. no contaba con autonomía ni independencia técnica, en los términos del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que se desdibujó de esta forma el concepto de contratista independiente, pues no solo desempeñaba sus funciones en las instalaciones del banco demandado, con los insumos e instrucciones que este le suministraba, sino que además, en el certificado de existencia y representación legal consta que se configuró una situación de control de parte del Banco de Bogotá como matriz y Megalínea como subordinada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada Banco de Bogotá se opuso a lo pretendido, sobre los hechos manifestó que algunos le eran desconocidos y que otros no eran ciertos. Argumentó que no existió vínculo laboral alguno entre la demandante y el Banco de Bogotá, que Megalínea es una entidad diferente, independiente y ajena al Banco de Bogotá y que con la carta de aceptación de renuncia, la liquidación final de prestaciones sociales y los certificados laborales expedidos por Megalínea S.A. se demuestra con claridad que el vínculo laboral de la demandante fue con dicha empresa.

Explicó que entre el Banco de Bogotá y Megalínea S.A. existe un vínculo comercial cuyo objeto es la prestación de soporte logístico a nivel nacional y no un contrato de intermediación laboral; que la actora nunca portó documentos

alusivos al Banco y que tal y como se demuestra en las certificaciones laborales y en la liquidación final de prestaciones sociales, a la actora le fue cancelado de parte de Megalínea un valor de \$822.655 por cesantías. Finalmente, se opuso a las pretensiones y propuso como medios exceptivos los que denominó: *“desvinculación de la demandada, falta de legitimación en la causa del demandante, carencia de causa para demandar, carencia del derecho, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, innominada, prescripción, enriquecimiento sin causa y pago”*.

Por su parte, la sociedad demandada Megalínea S.A. se opuso a lo pretendido, aceptó los hechos concernientes a la existencia y duración de la relación laboral con la demandante ; que la actora desempeñó el cargo de asesor comercial unidad fuerza móvil de ventas y que la relación laboral terminó por renuncia de la actora. Los demás hechos los negó.

Subsiguientemente argumentó que Megalínea S.A. fue el verdadero y único empleador de la actora y como tal fue la única que ejerció subordinación sobre la demandante, que la actora debía presentarse a laborar en el lugar indicado por dicha sociedad y que en algunas ocasiones ello correspondió a las instalaciones del Banco de Bogotá. Esto, en virtud del contrato comercial suscrito entre esas dos entidades. Agregó que la actora percibió la remuneración salarial indicada en el contrato de trabajo y que los pagos adicionales fueron convenidos previamente entre las partes con carácter no salarial, en virtud de la cláusula décimo primera del contrato suscrito y que nunca se acordó pago de comisiones por ventas, que sobre remuneración salarial indicada en el contrato de trabajo se realizó la consignación de sus cesantías y se pagó la liquidación final.

Expuso también, que Megalínea S.A. es una empresa autónoma e independiente del Banco de Bogotá, que los elementos de trabajo para las labores de la demandante fueron suministrados por Megalínea S.A. quien era la única que le pagaba su salario y le impartía órdenes e instrucciones.

Finalmente, se opuso a las pretensiones y propuso como excepciones las de “cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe de la demandada, ausencia de título y de causa en las pretensiones de la actora, ausencia de obligación en la demandada, pago total, prescripción, improcedencia de la sanción moratoria”.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, a través de Sentencia No. 56 del 26 de febrero de 2021, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato laboral a término indefinido, celebrado entre la señora Hilda Maritza Garcés Ulcué como trabajadora y el Banco de Bogotá como real empleador, vínculo laboral que tuvo lugar entre el 09 de noviembre de 2015 hasta el 16 de diciembre de 2018, fungiendo como intermediario y responsablemente solidario la empresa Megalínea S.A.

SEGUNDO: DECLARAR la solidaridad del Banco de Bogotá como verdadero empleador y Megalínea S.A. como intermediario responsable de las obligaciones laborales adeudadas que se causaron en la ejecución del contrato de trabajo de la señora Hilda Maritza Garcés Ulcué.

TERCERO: CONDENAR al Banco de Bogotá como empleador y Megalínea S.A. como intermediario responsable, a pagar a la señora Hilda Maritza Garcés Ulcué, una vez ejecutoriada esta providencia, los valores que se citan por los siguientes conceptos comprendidos entre los periodos laborados entre el 01 de enero de 2016 hasta el 16 de diciembre de 2018:

- a) Para el año 2016: cesantías \$2.127.634, los intereses a las cesantías \$256.026, prima de servicios \$2.127.634, vacaciones \$1.063.817.*
- b) Para el año 2017: cesantías \$1.564.142, intereses a las cesantías \$188.218, prima de servicios \$1.564.142, vacaciones \$782.071.*
- c) Para el año 2018: cesantías \$3.021.790, intereses a las cesantías \$348.513, prima de servicios \$3.021.790, vacaciones \$1.510.895.*

Todo para un total de: \$17.476.672.

Igualmente se condena al pago de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, del 01 de enero de 2016 hasta el 16 de diciembre de 2018, liquidados sobre el salario mensual real devengado más las comisiones constitutivas de salario para cada año; aportes que serán consignados en el régimen que elija la demandante o en el Fondo de Pensiones de su elección, al igual que la entidad promotora de salud que se encuentre afiliada la demandante, incluyendo la sanción establecida en el artículo 23 de la Ley 100

de 1993.

CUARTO: ABSOLVER al Banco de Bogotá y Megalínea S.A. de las demás pretensiones incoadas en la presente demanda en su contra.

QUINTO: CONDENAR al Banco de Bogotá y Megalínea S.A. en costas a favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$873.834”.

Decisión a la que llegó el *a quo*, tras argumentar principalmente que:

“(...) A efectos de analizar el caso, debe el despacho primero dilucidar lo concerniente a la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y el Banco de Bogotá (...) con miras a determinar en este caso la existencia del contrato entre las mencionadas partes, sus extremos temporales y salario, procede el despacho a examinar las pruebas arrojadas (...), se destaca de los anteriores documentos referenciados que estos acreditan de manera clara la existencia exacta del tipo de vínculo y los extremos temporales de la relación de trabajo aducidos por la demandante, por cuanto establecen la subordinación entre los periodos que dice se surtió dicha relación”.

Seguidamente y respecto de las bonificaciones reclamadas por la parte demandante como factor salarial dispuso:

“(...) Ahora bien, la litis se contrae a los rubros percibidos por la trabajadora bajo la denominación bonificación o comisiones, a fin de determinar si constituyen o no factor salarial (...) se debe determinar que estos son constitutivos de salario y por esto deberá el despacho verificar si los mismos fueron tenidos en cuenta para efectos de liquidar sus prestaciones sociales, aportes a seguridad social generados durante el término de la relación laboral, y en consecuencia ordenar su pago al empleador.

(...) el despacho se permite señalar que si bien es cierto existe dentro del contrato de trabajo suscrito por la demandante una cláusula, la número 11, nos permite indicar la desalarización de dichas comisiones para efecto de tenerlo en cuenta como el pacto entre las partes de no otorgarle el carácter salarial, el despacho no puede pasar por alto que el pago por dichas comisiones no se realizó de manera ocasional o de manera fortuita, por cuanto el mismo correspondía a favor de la demandante mes a mes teniendo en cuenta la vocación de remunerar su servicio.

Ahora, frente a los elementos integrantes del salario (...) es esta la calificación que se le debe dar a las comisiones que venía percibiendo la demandante, sea cualquiera la forma o denominación que se aporte.

(...) Ahora, revisados los comprobantes de nómina aportados de folios 153 a 229 tenemos que ciertamente las comisiones le eran canceladas en forma habitual a la demandante y que se encontró demostrado que dicho rubro en realidad hacía parte de la retribución del servicio y no era una contribución para que pudiera desarrollar sus labores por cuanto se logra demostrar que los pagos recibidos eran verdaderamente retributivos del servicio.

(...) en el caso sub examine dicho pago de comisiones correspondió a los valores en los años 2016, 2017, 2018, al efecto el despacho realizó el análisis de toda la nómina y planillas de nómina que fueron aportadas al expediente procesal en los años 2016, 2017, 2018, indicando que se encuentran efectivamente diferencias salariales en los dineros recaudados, pues ellos sumados con las comisiones o bonificaciones presuntamente de mera liberalidad, se observan en casi todas las anualidades, nótese como en el año 2016 sólo se le dejó de cancelar por este concepto el mes de marzo, en el año 2017 no percibió comisiones por el mes de abril y de octubre, y en el año 2018 no percibió estas comisiones en el mes de julio y de diciembre, es así que resulta suficiente para esta operadora judicial concluir que se encuentra probado en este plenario la habitualidad en el pago de las comisiones, por cuanto su objeto verdadero era retribuir los servicios de la actora, esto da un cierre legal a la pretensión de reajuste prestacional”.

Respecto de la incidencia del Banco de Bogotá en las bonificaciones estudiadas, determinó:

“(...) en el presente asunto la suma sufragada tenía la finalidad de retribuir el servicio prestado por la demandante como asesora comercial de quien realmente sería su empleador Banco de Bogotá, por cuanto prestaba directamente sus servicios en las instalaciones de dicha entidad bancaria, ofrecía directamente los productos financieros que son del resorte y del objeto social de la entidad bancaria, y como una retribución constitutiva de salario en forma directa, quedando desvirtuada dicha afirmación correspondiente a que la comisión no constituye salario”.

De esa forma manifestó haber encontrado elementos probatorios en el proceso que dan viabilidad a las pretensiones de reliquidación de prestaciones sociales solicitadas en la demanda, y respecto de la excepción de prescripción, refirió:

“Ahora bien, teniendo en cuenta que la empresa demandada propuso la excepción de prescripción, se tiene que en el presente caso la relación laboral terminó por renuncia de la demandante el 16 de diciembre de 2018, razón por la cual, la misma tenía 3 años con posterioridad a dicha fecha para realizar la reclamación judicial, por lo cual, se puede verificar que la demanda fue interpuesta dentro del término, así las cosas, el fenómeno jurídico no opera en el presente proceso.

Y por último concluyó:

“Teniendo en cuenta que la empresa Megalínea S.A. con determinadas circunstancias en el caso que nos atañe es la intermediaria, pues se puede considerar que la verdadera empleadora de la parte demandante es el Banco de Bogotá, en tanto aquella, la señora Hilda Maritza Garcés Ulcué prestaba los servicios en las instalaciones del banco, realizando actividades atinentes al objeto social del Banco de Bogotá, con la publicidad y mercadeo de los productos que efectivamente ofrecía el Banco de Bogotá como entidad financiera, siendo entonces la empresa Megalínea una simple intermediaria, y en consecuencia responsable solidaria de sus obligaciones laborales contraídas por el Banco de Bogotá para con la aquí demandante. (...)”.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandada Banco de Bogotá presentó recurso de apelación frente a la decisión de primer grado, para lo cual insistió en que no existió contrato de trabajo, ni relación laboral entre la señora Hilda Maritza Garcés Ulcué y el Banco de Bogotá, razón por la cual este último no tendría que entrar a cancelar ninguna acreencia laboral, ni indemnización alguna a la señora Hilda Maritza Garcés Ulcué, ya que fue demostrado vía documental y testimonial y ella misma lo manifestó en su interrogatorio de parte que el contrato de trabajo existió pero con Megalínea S.A.

Aludió al artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, para significar que no se dieron los 3 elementos constitutivos del contrato de trabajo frente al Banco de Bogotá; y que en su contestación, Megalínea S.A. manifestó que ellos fueron los reales empleadores de la señora Hilda Maritza Garcés Ulcué, pues fueron los que ejercieron subordinación. De igual manera lo manifestaron los testigos de Megalínea, el señor Óscar Benavidez y la señora Karen Liliana Guzmán quienes además indicaron que esta última sociedad era la que cancelaba el salario a la demandante.

Adujo que tampoco es predicable un contrato realidad con el Banco, porque no se dan los elementos constitutivos de manera que el Banco no sería responsable de las condenas emitidas en primer nivel.

De otra parte, esgrime que Megalínea canceló todas las prestaciones sociales y salarios, con base en lo estipulado en el contrato de trabajo, por lo tanto, por parte del Banco de Bogotá obra un pleno desconocimiento de los documentos que se aportaron, pues fueron suscritos por un tercero, y así se manifestó dentro de la contestación de la demanda.

Citó el artículo 128 del Código Sustantivo de Trabajo, sobre los pagos que no constituyen salario, el cual faculta a las partes a estipular qué pagos no constituyen salario y que son 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.

Así, estimó claro que las bonificaciones que reclama la actora no eran factor salarial porque así se pactó en el contrato y además fueron por mera liberalidad, no fueron constantes, no fueron reiterativos por parte de la entidad Megalínea y mucho menos por parte del Banco de Bogotá, que no tuvo vínculo, ni conocimiento de la manera en que se desarrolló la relación laboral entre la señora Hilda Maritza Garcés Ulcué y Megalínea S.A., la cual no es objeto de controversia en este asunto, pues es un hecho aceptado que la actora presentó renuncia el 16 de diciembre de 2018 a Megalínea S.A., por lo tanto, es la misma demandante la que reconoce que Megalínea era su empleador.

Por su parte la demandada Megalínea S.A., presentó recurso de apelación en los siguientes términos:

“(...) la parte demandante la señora Hilda suscribió un contrato de trabajo el día 09 de septiembre de 2015 para el cargo de asesora comercial, cargo que ejecutó de forma exclusiva a favor de Megalínea y en el cual se fijó, se estipuló cual era la remuneración salarial, en este contrato se pactó y es lo que se demuestra en los desprendibles de nómina, y quedó probado que la señora Hilda iba a recibir solamente un SMLMV y si en algunas oportunidades recibía algún tipo de bonificación y/o auxilio no salarial, iba a ser solamente por temas no salariales y por mera liberalidad de Megalínea S.A., de lo cual lo recibió en su momento la demandante y ahí si no realizó ninguna manifestación de que no fuera Megalínea quién le estuviera calculando ese salario por ser su empleadora, eso lo quiero dejar muy en claro para que quede demostrado que Megalínea sí fue su empleadora, su verdadera y real empleadora.

(...) Y es que en ningún momento la parte demandante logró demostrar ni uno sólo de los hechos la relación laboral por parte del banco, no demostró subordinación, salario, ni la prestación personal, cabe señalar que fueron solamente manifestaciones lo que se hace en el escrito de demanda y en esta etapa probatoria la parte demandante no demostró

nada, solamente se trataron de dichos; y quiero dejar muy en claro también el testigo de la parte demandante, la cual fue una persona que sí demostró una parcialidad absoluta hacia su amiga que sin conocer realmente cuál es la relación laboral que ella tenía, intentó afirmar o mejor dicho afirmó situaciones que nunca le constó, y por eso cuando esta defensa le hace el contra interrogatorio, cual es la posición de la testigo, entrar en una defensiva total hasta el punto de ser grosera y altanera, que por eso la juez a quo prescinde de continuar con la declaración, que en ese momento no era solamente prescindir de la declaración, porque no le dan la oportunidad a Megalínea de controvertir esa prueba, por lo tanto debió haber sido denegada y no ser tenida en cuenta al momento de fallar.

La señora Garcés cumplió labores propias del cargo en los lugares horarios fijados por Megalínea, nunca y quiero dejar muy claro, nunca se probó que ella trabajara en las instalaciones del Banco de Bogotá, la demandante sí manifestó que iba algunas veces a la oficina, pero también ha manifestado que se encontraba por fuera de la oficina presentando sus funciones como asesora comercial, entonces aquí no se puede entrar a determinar que ella tenía un puesto de trabajo, como de manera errada lo vio el juzgado.

La demandante es obvio que está reclamando derechos que no le corresponden ya que durante toda la relación laboral Megalínea, la verdadera y única empleadora, reconoció cabal y oportunamente a la demandante los conceptos por los cuales tuvo derecho. Megalínea no le adeuda valor alguno a la demandante por ningún concepto, hay que dejar en claro que no todos los meses y eso sí también lo vio el juzgado pero hasta eso omite en su fallo, que no recibió pagos adicionales todos los meses como se desprende de los desprendibles de nómina, vale la pena señalar que la demandante adujo haber recibido comisiones siempre y lo dicho no fue probado y en la parte considerativa, el juzgado lo vio, lo tuvo muy en cuenta y aun así pasó por alto a la hora de resolver.

También se habla acá de que el pago era por unas comisiones, comisiones que tampoco fueron probadas, es decir en ningún momento la parte demandante logró probar que es lo que estaba recibiendo, las bonificaciones por mera liberalidad retribuían las labores y es que no quedó probado, si se habla de unas comisiones, unas tablas que alegó la parte demandante pero no lo probó, no se percató de traer un testigo que pudiera identificar eso, mire que ni siquiera la testigo que ellos dicen pudo establecer cuáles eran las metas, no supo decir nada, quedando totalmente vacía la parte demandante en su material probatorio, no puede decir solamente que eran comisiones y punto, que lo que decía ahí en el desprendible de nómina son comisiones y ya, y con eso lo soporta porque que no es claro y aquí no se puede fallar con una duda, tiene que ser claro y expreso sobre que los dineros que estaba recibiendo la demandante retribuían realmente su servicio.

La demandante nunca hizo una reclamación por estos valores, con lo cual aquí quiero dejar muy claro, no hizo reclamaciones porque era consciente que no tenía nunca comisiones, no las recibía y también que al no haber hecho reclamaciones interrumpe la prescripción, porque es que el juzgado no está teniendo en cuenta las prestaciones sociales del 2016 las cuales sí perdió y las del 2017 las cuales perdió también por efectos de la prescripción, las partes como lo ha señalado la ley pueden pactar auxilios no salariales lo que se dio en este caso y lo cual fue confirmado por la parte demandante y todos los testigos, además de reposar en el contrato, en la cláusula 11, que hay pagos que no probó la demandante con el reconocimiento de la carga prestacional como lo quiere aducir, no pudo demostrar la parte demandante que era retributivo de servicios y es un supuesto de la actora y del cual genera duda total y lo que yo quiero decirle a la juez se profiera fallo sobre ese asunto.

Al respecto se tiene que el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, dispone 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, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente y aclaro ese punto contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad.

Del contenido de la norma que menciono, se desprende que por regla general el salario es tenido como toda contra prestación directa que remunera de manera habitual la prestación personal del trabajador al servicio del empleador, sin embargo, dicha concepción general fue modificada al establecer la posibilidad para las partes de pactar en los contratos o en las convenciones colectivas que algunos de los pagos efectuados por el empleador y recibidos por el trabajador no constituyen salario, así se trate de pagos habituales, una de las disposiciones que trajo mayor flexibilidad de las relaciones laborales fue el artículo 15 de la ley 50 de 1990, que otorga a las partes vinculadas mediante contrato de trabajo la facultad de determinar que ciertos beneficios no constituyen salario y por ende que no se incluyan como factor para efectos de liquidar las prestaciones sociales, sin que por ello se permita desnaturalizar el carácter salarial de beneficios que por ley tiene tal connotación, como es en este caso que no logró demostrar la parte demandante que se trataban de algunas comisiones, solamente se demuestran que hay unos pagos que no retribuyen en su momento el servicio prestado, de igual forma y para demostrar también la buena fe del empleador Megalínea, el mismo pagó así los aportes a la seguridad social.

En el caso que nos ocupa no es procedente que se condene a las demandadas y más que todo a mi representada como verdadera y única empleadora a los reajustes que reclama la parte actora, toda vez que durante la vigencia del contrato de trabajo le canceló a la demandante la totalidad de las sumas a que tuvo derecho, de conformidad con el salario realmente devengado, además, no se ha creado ninguna sanción ni moratoria, mi representada siempre ha actuado con la demandante con absoluta y buena fe, por todo lo anterior Megalínea nada adeuda a la demandante por ninguno de los conceptos que aquí se pretende, igual que se encuentran prescritas muchas de las acreencias a las cuales fueron condenadas, insisto en ausencia absoluta de prueba por la parte demandante, al indicar que eran comisiones, y es preciso señalar que las respuestas de los testigos de Megalínea no fueron evasivos como lo calificó el juzgado, si bien es cierto Karen jefe de contratación, no era jefe de recursos humanos como se indicó en la parte motiva de la sentencia y mal podría haber afirmado situaciones que no le corresponden porque ahí si sería demasiado grave.

No se aceptó la tacha de la testigo de la demandante, aunque fue muy claro el rencor que ella sentía hacia Megalínea.

En estos términos dejo sustentado el recurso de apelación solicitando una vez más al tribunal que se revoque parcialmente en lo que tiene que ver con las condenas y declaraciones contra Megalínea S.A. y el Banco de Bogotá y de no revocar, en ese sentido

se tenga incólume lo señalado a las indemnizaciones”.

En este punto se aclara, que el abogado de la parte demandante también interpuso recurso de apelación frente a la sentencia de primer grado, que fue declarado desierto al no ser sustentado el mismo en el acto.

V. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Este despacho judicial, a través de auto de 15 de septiembre de 2023, admitió los recursos de apelación y ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante presentó alegatos de conclusión en los siguientes aspectos:

“PRIMERO: Como se advierte en líneas precedentes, la juez de primera instancia determinó probado con las pruebas allegadas al proceso la existencia de un contrato de trabajo laboral entre mi mandante HILDA MARITZA GARCÉS ULCUÉ y el Banco de Bogotá, con extremos temporales entre el 09 de noviembre del 2015 y el 16 de diciembre del 2018, en virtud de la figura Primacía de la Realidad, la cual se encuentra regulada en el artículo 53 de Nuestra Constitución Política Colombiana, conocida como “CONTRATO REALIDAD”, así como los tratados internacionales de la O.I.T. debidamente ratificados por Colombia, la recomendación No. 198 sobre la relación de trabajo del año 2006; Acuerdo 100 y 111 de la O.I.T., en tal sentido y en virtud del reconocimiento de la declaratoria del contrato realidad, el A Quo debió condenar al Banco de Bogotá a reconocer y pagar las Cesantías por el lapso de tiempo del 9 de noviembre al 31 de diciembre de 2015, al no haber declarado probada la excepción de prescripción como consta en acta No. 41 del 26 de febrero de 2021 en ninguno de los numerales sentencia No. 56 de esa fecha; por lo cual solicita se condene al pago de las cesantías del año 2015, junto con los intereses a la cesantía del mismo periodo, de conformidad con las facultades extra y ultra petita.

SEGUNDO: Igualmente, debió la juez de primera instancia condenar al Banco de Bogotá a reconocer y pagar la SANCIÓN por la omisión de no haber consignado las Cesantías a nombre de la actora en su cuenta individual en un fondo de Cesantías al que ella estuviere afiliada, tal y como lo consagra el artículo 99 de la Ley 50/90, por haber declarado al Banco de Bogotá como su único empleador, omitiéndose por parte de la señora Juez pronunciarse sobre la pretensión de condena a la entidad Banco de Bogotá al reconocimiento y pago de la sanción por la no consignación de las cesantías tal como lo ordena la Ley 50 de 1990 en su artículo 99 numeral 3°, por las cesantías causadas y no

consignadas entre el 9 de noviembre y el 31 de diciembre de 2015; las cuales debieron ser consignadas a más tardar el 14 de febrero de 2016, por las causadas en el periodo entre del 1 de enero al 31 de diciembre de 2016, las que debían ser consignadas el día 14 de febrero de 2017, las del período del 1 de enero al 31 de diciembre de 2017, las que debieron ser consignadas a más tardar el 14 de febrero de 2018, así como las que se originan en el periodo del 1 de enero al 16 de diciembre de 2018, fecha final de terminación del contrato de trabajo, lo que va en detrimento de la demandante señora HILDA MARITZA GARCÉS ULCUÉ, al absolver de las demás pretensiones como se pronunció en el punto cuarto de sentencia proferida por parte de la juez de instancia, donde absuelve al BANCO DE BOGOTÁ y MEGALÍNEA S.A. de las demás pretensiones incoadas en la presente demanda, existiendo una contradicción al condenar al pago de las Cesantía y los intereses a la cesantías de los años 2016, 2017 y 2018.

TERCERO: Se tiene por demostrado y así fue declarado por la señora Juez de conocimiento respecto de la existencia del contrato de trabajo entre mi mandante GARCÉS ULCUÉ, y el demandado Banco de Bogotá, se debió condenar por parte del juzgado al pago de la indemnización Moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. por el no pago completo y oportuno de las acreencias laborales como las Cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de servicios y los aportes a la seguridad social en pensiones, obligaciones laborales enunciadas en atención a la figura de la solidaridad, las cuales fueron enunciadas en la sentencia, pero se omitió en la sentencia Condenar a la sanción establecida en el artículo 65 del C.S. del T., deprecada en la demanda, evidenciándose que al soslayar su calidad de empleador del Banco de Bogotá disfrazando el contrato a través de un tercero, omitiendo la primacía de la realidad sobre las formas que establece el artículo 53 de la Constitución Política así como los tratados internacionales de la O.I.T. debidamente ratificados por Colombia, la recomendación No. 198 sobre la relación de trabajo del año 2006, los convenios 100 y 111, evidenciándose mala fe por parte del empleador, por lo que se solicita se modifique la sentencia recurrida en cuanto a CONDENAR al Banco de Bogotá a reconocer y pagar la Sanción moratoria del artículo 65 del C.S. del T”.

El Banco de Bogotá presentó alegatos de conclusión en los siguientes términos:

“Al proceso se aportaron como pruebas documentales la carta de renuncia presentada por la señora GARCÉS a su empleador MEGALÍNEA SA, carta de liquidación final de prestaciones sociales elaborada por MEGALÍNEA SA, copia de certificados laborales expedidos por MEGALÍNEA SA, certificado de aportes a seguridad social, carta dirigida a la sociedad administradora de fondos y cesantías porvenir expedida por MEGALÍNEA SA, desprendibles de pago expedidos por MEGALÍNEA SA. Sumado a lo anterior, las respuestas efectuadas por los representantes legales a los interrogatorios de parte y los testimonios de la entidad MEGALÍNEA SA, la señora KAREN GUZMÁN y OSCAR BENAVIDEZ demuestran la inexistencia de la relación laboral y el vínculo laboral de manera exclusiva entre la entidad MEGALÍNEA SA y la señora HILDA MARITZA GARCÉS.

(...)

Al no tener un vínculo laboral entre el señor DIEGO MAURICIO HURTADO y el BANCO DE BOGOTÁ SA se estaría bajo un enriquecimiento sin causa por parte del demandante con pretensiones infundadas en contra de la entidad que represento.

(...)

Tal como lo ha dicho en forma reiterada la jurisprudencia, la solidaridad establecida en el artículo 34 C. S. del T., no es objetiva ni, por tanto, aplicable a aquellos casos en los

que el contratista o tercero independiente desarrolla funciones distintas al objeto social del codemandado no empleador”.

La demandada Megalínea S.A. presentó alegatos de conclusión de la siguiente forma:

“Al respecto, es pertinente destacar que se encuentran plenamente acreditados los elementos esenciales del contrato de trabajo existente entre la demandante y mi representada MEGALÍNEA S.A., no obstante, el a quo en la parte motiva de su decisión no valoró con el debido alcance los elementos de prueba obrantes en el plenario que permiten evidenciar la existencia de subordinación, remuneración y prestación personal del servicio entre estas y por el contrario, dio por acreditado sin estarlo que el BANCO DE BOGOTÁ S.A. debe considerarse como verdadero empleador, por el contrario, se limitó a mencionar el hecho de que, el testigo solicitado por mi representada estaba parcializado, argumento que, en sí mismo, es insuficiente para determinar a la codemandada como verdadero empleador.

Se encuentra acreditado en el plenario, la existencia de un vínculo comercial entre MEGALÍNEA S.A. y la codemandada, BANCO DE BOGOTÁ S.A. para la prestación de servicios (...)

Por último, abordando la última característica, la empleadora tuvo como decisión remitir a la trabajadora a un domicilio del BANCO DE BOGOTÁ, dado que este es cliente de la empresa consecuencia de diferentes contratos comerciales. No obstante, a pesar del desarrollo de la prestación dentro de su domicilio, los riesgos, pagos y prestaciones SIEMPRE estuvieron a cargo de la empresa por mí representada, cosa que puede ser evidenciada dentro de los certificados y testimonios allegados al proceso, donde, en ninguno de ellos, se puede ver que el BANCO DE BOGOTÁ haya fungido como empleador en este aspecto. Adicionalmente, por medio de los diferentes testimonios rendidos en el proceso, se puede observar que la demandada cumplía con los horarios impuestos por MEGALÍNEA S.A., de modo que, teniendo este como un pilar de la subordinación, se fungía en razón del contrato celebrado con MEGALÍNEA S.A. .En suma, la prestación del servicio, como la subordinación y la remuneración, siempre estuvo a cargo y en cabeza de la empresa MEGALÍNEA S.A., de modo que no es adecuada la decisión por la cual optó el Despacho dentro de su sentencia y, en consecuencia, solicito sea revocada.

(...)

Sumando a lo anterior, es evidente, con los testimonios y los diferentes certificados de pago, que las diferentes bonificaciones fueron acordados de forma extralegal al contrato celebrado por las partes dentro del proceso, debido a que, como lo dicen los testigos, era el BANCO DE BOGOTÁ quien allegaba la información sobre los excedentes económicos, razón en la cual se otorgaban las bonificaciones por mera libertad del empleador y en razón a esas cuantías que daba el BANCO DE BOGOTÁ y no en razón de la prestación de los servicios como lo señaló el Despacho dentro de la sentencia apelada”.

VII. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La competencia de esta corporación está dada en virtud de lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, por lo que de cara a lo que es objeto de debate en alzada se advierte que el problema jurídico consiste en determinar, (i) si la sociedad demandada Banco de Bogotá debe responder solidariamente por las condenas emitidas en primera instancia, (ii) si las *“bonificaciones por mera liberalidad”* que reclama la actora eran constitutivas o no de salario, y (iii) si la demandada Megalínea S.A. canceló la totalidad de las acreencias laborales de la actora de conformidad con el salario realmente devengado por la misma.

VIII. CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que atendiendo el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del Código de Procedimiento Laboral, que no es objeto de controversia en el proceso, por estar acreditado al plenario y reconocido en primera instancia: i) que entre la demandante y la sociedad demandada Megalínea S.A. se celebró contrato de trabajo a término indefinido desde el 9 de noviembre de 2015 al 14 de diciembre de 2018 ; ii) que la relación laboral terminó por renuncia de la trabajadora; que la demandante se desempeñó como asesora comercial unidad fuerza móvil de ventas ; iii) que la actora devengaba una suma fija y en algunos periodos devengó una variable denominada *Bonificación Mera Liberalidad*; iv) que en la cláusula décimo primera del contrato de trabajo se pactó que toda suma adicional al salario que se le cancelara a la trabajadora no tendría carácter salarial y v) que entre Banco de Bogotá y Megalínea S.A. existió un vínculo comercial cuyo objeto era la prestación de soporte logístico a nivel nacional.

En ese orden de ideas, la Sala procederá a resolver los problemas jurídicos planteados de la siguiente forma:

De la solidaridad reclamada

En este punto, se tiene que el juzgador de primer grado declaró como verdadero empleador de la actora al Banco de Bogotá, y como tercero intermediario solidariamente responsable a Megalínea S.A., ello tras concluir que en el presente proceso se vislumbró que la actora realmente había prestados sus servicios a favor del Banco de Bogotá, en las instalaciones de dicha entidad, y ofreciendo sus servicios como asesora comercial respecto de los productos financieros de la mentada entidad bancaria.

Por lo anterior, se tiene que las sociedades demandadas al unísono, reprochan la decisión de primera instancia, argumentando que, desde su perspectiva la actora nunca fue trabajadora del Banco de Bogotá, sino que por el contrario fue contratada por Megalínea S.A., y que por ello no se podía emitir condena contra el Banco.

Para resolver, conviene estudiar la solidaridad pretendida, la cual se encuentra regulada en el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo:

“ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

- 1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.*
- 2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo*
- 3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.”*

De la norma transcrita, se vislumbra que obran como simples intermediarios en la relación laboral, las empresas o personas que para beneficio de otro, se propongan agrupar y/o coordinar la ejecución de labores que en principio sean de resorte de la actividad comercial de otra empresa y para beneficio

demostrado de esta última, y que en dicho ejercicio no declaren en sus contratos laborales que actúan como simples intermediarios del tercero en la relación, debiendo por lo tanto ser responsables solidario junto con el real empleador beneficiado de la carga y/o fuerza laboral, respecto de las obligaciones laborales.

Lo anterior se presenta en atención a la protección que buscó brindar el legislador, a fin de que con este tipo de tercerización, no busquen los reales empleadores, el menoscabar o mermar los reales derechos laborales con que deben gozar los trabajadores de nuestro país, y con el objeto de que los empresarios empleadores, no se valgan de estas tercerizaciones para evadir responsabilidades de carácter laboral, pretendiendo hacer recaer las mismas en estos simples intermediarios, que en la realidad no son los directos beneficiarios de la carga laboral desarrollada por el trabajador en condiciones de inferioridad ante la subordinación y desigualdad de negociación contractual para con sus empleadores.

Pues bien, en el acervo probatorio obran certificados de existencia y representación legal del Banco de Bogotá y Megalínea, en los que se vislumbra concretamente a folios 27 y 110 que la entidad Banco de Bogotá ejerció situación económica de control respecto de la otra sociedad Megalínea, la primera como sociedad matriz y la segunda como sociedad subordinada. (fls. 18 al 114 archivo no. 1 C-1)

En ese orden de ideas, se debe concluir también, que la sociedad matriz (Banco de Bogotá) tiene poder decisorio e influencia sobre sus sociedades subordinadas, como es el caso de la otra demandada Megalínea S.A., ello bajo los postulados del artículo 260 del Código de Comercio, lo que implica que esta última sigue instrucciones de su sociedad controlante inversora. Lo anterior, resulta relevante pues explicaría el por qué Megalínea S.A. se opuso de manera acérrima frente a la condena en solidaridad contra su empresa matriz Banco de Bogotá, aspectos que si bien no demuestran por sí solos la existencia de solidaridad, permiten

observar que Banco de Bogotá y Megalínea S.A. compartían intereses empresariales y no resultan totalmente ajenas e independientes entre sí, como lo pretenden hacer ver en el proceso.

Seguidamente, obra también *“contrato para la prestación de servicios de soporte logístico a nivel nación entre el Banco de Bogotá y Megalínea S.A.”* (fls. 115 al 134 archivo no. 1 C- 1), en el que concretamente se dispone como objeto del mismo, el ejercicio de la operación de la fuerza móvil de ventas que requiere el contratante (Banco de Bogotá); lo que significa que el Banco de Bogotá contrató la fuerza laboral que requería para la comercialización de sus productos financieros a través de la otra sociedad Megalínea S.A.

El material probatorio allegado al proceso, además, permite observar que la beneficiaria directa de los servicios prestados por la demandante era el Banco de Bogotá, pues la actora se dedicaba a la comercialización de los productos financieros de dicha entidad aun cuando Megalínea S.A. era quien fungía como empleador, en todos los soportes de contratación, tales como aceptación de renuncia voluntaria (fl. 135 archivo no. 1 C-1), liquidación de prestaciones sociales a la finalización del contrato (fl. 136 archivo no. 1 C-1), certificados laborales (fl. 138 al 141 archivo no. 1 C-1), constancias de pagos y aportes a seguridad social (fl. 142 al 150 archivo no. 1 C-1), y comprobantes de nómina (fl. 153 al 229 archivo no. 1 C-1).

Seguidamente, de las pruebas testimoniales y de interrogatorio practicadas en el proceso se advierte que:

- El señor Duván Eduardo Idárraga López, representante legal del Banco de Bogotá y gerente administrativo y de servicios de la región occidente, al absolver interrogatorio aceptó que el Banco de Bogotá suscribió contrato de prestación de servicios logísticos para venta y comercialización de productos del banco a nivel nacional y que la

demandante entre sus funciones bien podía vender y comercializar productos financieros del banco, pero no le constaba que el Banco de Bogotá le hubiera suministrado insumos para el ejercicio de sus labores.

- El señor Herman Adolfo Torres Hernández, representante legal de Megalínea S.A. y gerente jurídico y de recuperación de la sociedad demandada, al absolver interrogatorio aceptó que dicha entidad suscribió contrato de trabajo con la demandante; que la contratación de la actora deriva del servicio requerido para el contrato de prestación de servicios logístico celebrado con el Banco de Bogotá, cuyo objeto era, entre otros, la comercialización de productos y servicios financieros del Banco de Bogotá.
- La demandante al absolver interrogatorio de parte la demandante admitió el pacto de exclusión salarial de la cláusula décimo primera, que si bien firmó el contrato de trabajo con Megalínea S.A., quien regulaba las metas y de comisiones era el Banco de Bogotá, que siempre percibió comisiones, sobre las cuales se hacían descuentos a seguridad social, pero no se tenían en cuenta para el pago y liquidación de prestaciones sociales.
- La testigo de la parte demandante Adriana Giraldo Monroy compañera de trabajo de la actora, al rendir testimonio informó que también trabajó en el Banco de Bogotá, que le consta que la actora trabajó como asesora comercial del banco a través de Megalínea S.A. pero quién proveía toda la papelería e implementos de trabajo era el mentado banco; que le pagaban el básico más las comisiones por el cumplimiento de unas metas y que sobre ellas nunca le liquidaron las prestaciones sociales.
- El testigo de la parte demandada Megalínea S.A. Óscar Fernando Benavides Cardona, trabajador de Megalínea en el cargo de líder regional, al rendir testimonio informó que no conocía a la demandante, que la empresa demandada pacta con sus trabajadores en el contrato de trabajo,

que las bonificaciones no constituyen factor salarial; que Megalínea no paga comisiones a sus asesores comerciales y que las bonificaciones que se paga a los empleados no son permanentes, sino que son ocasionales.

- La testigo de la parte demandada Megalínea S.A. Karen Liliana Guzmán Moreno, trabajadora de Megalínea en el cargo de jefe de contratación de personal informó que en los contratos de trabajo de los empleados de Megalínea S.A. se estipula que las bonificaciones son por mera liberalidad y no constituyen factor salarial; que las bonificaciones son pagos ocasionales, y que dicha empresa no paga comisiones a sus empleados.

Tras este análisis probatorio, evidencia esta Sala que la actora desempeñaba labores propias de la actividad comercial del demandado Banco de Bogotá, comercializando productos financieros de este, labores que se constata eran desarrolladas en muchas ocasiones en las instalaciones de la mentada entidad bancaria, utilizando implementos que suministraba el Banco, con marcas alusivas a dicha entidad financiera, acatando instrucciones y cumpliendo las metas comerciales que este mismo fijaba.

Así concluye esta instancia judicial, como bien lo hizo la *a quo*, que la actora en sus labores realmente estaba desarrollando actividades inherentes al objeto social del Banco de Bogotá, pues era encargada de desarrollar una actividad comercial propia del Banco sin que se logre evidenciar que la tercerización de la fuerza comercial, a la cual pertenecía la actora estuviera a cargo de un contratista realmente independiente, autónomo que desarrollara tales tareas mediante una organización libre y con estructura propia. Por el contrario, lo que se vislumbra es una situación de control de parte del Banco para con Megalínea S.A. y que se utilizó para efectuar intermediación laboral.

En este punto, también se deba aclarar que la mentada tercerización para nada es prohibida por el ordenamiento jurídico laboral, sino que la misma debe encontrarse debidamente justificada y respaldada jurídicamente, determinando

de manera clara las razones por las cuales se produce la misma, y por las que no se realiza la correcta contratación directa de sus empleados, teniendo en cuenta que las labores para las que son contratados como ya se dijo, corresponden a su beneficio directo, y para el cotidiano desarrollo de sus actividades comerciales primarias, tratando de maquillar de esta forma, la concreción del verdadero empleador de la trabajadora demandante.

Y es que para nada se evidencia en el proceso, que la demandada Megalínea S.A., en la realidad y dentro de la relación laboral estudiada, contara con la relativa independencia operativa y administrativa con que deben actuar los contratistas independientes, sino que, muy por el contrario, se evidencia que esta última sociedad actuó realmente como simple intermediario.

De lo manifestado, se evidencia entonces en el asunto objeto de estudio configurada la tercerización reclamada en la demanda, concluyéndose por lo tanto como lo hizo el juzgado de primer grado, que la actora realmente laboró para el Banco de Bogotá y que Megalínea era una simple intermediaria, de donde se advierte la solidaridad entre las sociedades demandadas frente a las acreencias laborales, tal y como lo determinó la primera instancia.

De las denominadas bonificaciones por mera liberalidad

En este punto, se tiene que el juez de primera instancia dispuso en su pronunciamiento que las mentadas bonificaciones por mera liberalidad devengadas por la actora en el ejercicio de sus labores sí eran constitutivas de salarios, lo anterior argumentado que las mismas fueron pagadas a la actora de forma regular y por consiguiente eran retributivas del servicio.

De lo anterior, una vez revisada por la Sala la prueba documental allegada al proceso, se constata de los comprobantes de nómina aportados (fls. 153 al 229 archivo no. 01 C-1), que la actora a lo largo de la relación laboral que rigió del 9 de noviembre de 2015 y hasta el 14 de diciembre de 2018 recibió de forma regular

y habitual la denominada bonificación por mera liberalidad, salvo los meses de noviembre y diciembre de 2015; marzo, abril y septiembre de 2016; abril, junio y septiembre de 2017; y, junio y noviembre de 2018. De ello claramente colige esta corporación que dichas bonificaciones sí eran regulares y habituales, y no esporádicas u ocasionales como se alega en la defensa de la demanda.

Acto seguido, se hace necesario entonces determinar si dichos pagos adicionales denominados como “*Bonificaciones mera liberalidad*” fueron constitutivos o no de salario, a fin de establecer si en la realidad, los mismos debían ser tenidos en cuenta por el *a quo*, al momento de ordenar la reliquidación de prestaciones sociales, teniendo en cuenta los valores de las mismas.

Sobre la particular, resulta relevante la cláusula Undécima del contrato de trabajo celebrado entre la demandante y Megalínea S.A., que en lo concerniente dispone:

*“DÉCIMA PRIMERA. Disponen expresamente las partes que no constituyen salario ni factor del mismo los auxilios o beneficios habituales u ocasiones existentes o los que en el futuro llegare a reconocer EL EMPLEADOR, convencional o contractualmente, o llegue a otorgar en forma unilateral tales como primas extralegales de servicios, de navidad, **bonificaciones por mera liberalidad**, etc. auxilios de educación, créditos con intereses rebajados, auxilios funerarios, etc. también disponen en forma expresa las partes que el suministro de alimentos a EL TRABAJADOR por parte de EL EMPLEADOR o su venta a bajo precio, tampoco constituirán salario ni factor de salario, todo ello de acuerdo con lo establecido en el Artículo 15 de la Ley 50 de 1990”.*
(Negrillas por fuera de texto original)

De la cláusula se aprecia que si bien en el contrato celebrado y suscrito entre las partes se acordó que las “*bonificaciones por mera liberalidad*” pagadas a la actora no constituirían salario, ni factor del mismo, lo cierto es que de acuerdo con los artículos 13 y 14 del Código Sustantivo del Trabajo, carecen de efecto las estipulaciones contractuales que desconozcan derechos mínimos laborales, por tanto, no es suficiente con los pactos de desalarización contractual, cuando en realidad con ellos se busque eludir el pago de acreencias laborales.

Y es que debe recordarse que el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo establece la regla general respecto de lo que constituye salario, de la siguiente manera:

“ARTICULO 127. ELEMENTOS INTEGRANTES. <Artículo modificado por el artículo 14 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino 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, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

Ahora, si bien existe una excepción a dicha regla general, conforme al artículo 128 de la misma normativa, ello está sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones:

*“ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> 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. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, **ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad”.***

De esta manera, cumple resaltar que por regla general los pagos que recibe un trabajador constituyen salario, pues es natural que con ellos el empleador pretenda remunerar los servicios prestados. Así, existe una presunción remuneratoria de los pagos, pues todo aquello que reconoce el empleador a su trabajador debe entenderse, en principio, contraprestación directa de los servicios prestados. Sin embargo, ello no constituye una regla absoluta, pues tal como lo enuncia el artículo 128 transcrito en líneas anteriores, pueden existir pagos que por su naturaleza ocasional o su destinación específica no tengan

connotación retributiva. Así lo ha determinado la jurisprudencia especializada en sentencia CSJ SL5146-2020, que en esos aspectos dispuso:

“1. Por regla general, en los términos de 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). Dicha retribución, constituida como elemento esencial del trabajo subordinado y que sirve de fuente principal de sostenimiento para el trabajador y su familia, actúa además como parámetro fundamental para la liquidación de las prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y aportes a la seguridad social, de modo que es de cardinal importancia su definición y delimitación en cada caso concreto.

(...)

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, por excepción, no constituyen salario «las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador», así como «lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones».

3. En la tarea de determinar y delimitar los rubros que constituyen salario es plenamente aplicable el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, de modo que lo relevante, se insiste, es verificar si materialmente la respectiva asignación tiene como causa efectiva el trabajo y retribuye el servicio, más allá del rótulo que se le imprima o la fórmula que hayan definido las partes para garantizar su pago (CSJ SL12220-2017, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1437-2018 y CSJ SL1993-2019).

4. Por otra parte, el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autoriza clara y expresamente a las partes de la relación laboral para excluir el carácter salarial de ciertos pagos extralegales, habituales u ocasionales, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».

Sin embargo, como lo ha precisado esta Sala de la Corte, dicha facultad no puede ser utilizada de manera libre y arbitraria, de modo que por esa vía no es posible suprimir o desnaturalizar el carácter salarial de ciertos pagos que, por esencia y por sus condiciones reales, lo tienen (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277, CSJ SL12220-2017, CSJ SL5159-2018, CSJ SL1437-2018, CSJ SL1798-2018, CSJ SL2852-2018, CSJ SL1899-2019).

5. Igualmente, en los términos de la sentencia CSJ SL5159-2018, 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 tal contexto y acorde con la realidad procesal vislumbrada, se evidencia que los pagos efectuados a la trabajadora a título de “bonificaciones de mera liberalidad”

sí constituían factor salarial y prestacional, pese a la desalarización que se le quiso dar a los mismos en la cláusula undécima del contrato de trabajo, pues se demostró en el proceso, que dichos pagos eran regulares y habituales, y como la accionada no acreditó que su causación obedeciera a motivos diferentes a la prestación de los servicios de parte de la actora, se entienden que buscaban remunerarlos; debiéndose por tanto mantener la decisión de primer grado en este aspecto.

De la reliquidación de acreencias laborales pretendidas teniendo en cuenta la bonificación de mera liberalidad como factor salarial y prestacional

Partiendo de la base de que como ya se resolvió en el acápite anterior, se constató por esta instancia judicial que las denominadas *“bonificaciones de mera liberalidad”*, sí constituyeron factor salarial y prestacional, se impone por lo tanto la procedencia de la reliquidación de prestaciones sociales ordenada en la primera instancia, teniendo en cuenta para ello las mentadas bonificaciones.

No obstante, no se puede pasar por alto los alegatos de la parte demandada Megalínea S.A. en estos aspectos, en el sentido de que algunas de esas prestaciones reliquidadas ya se encuentran afectadas por la prescripción. Efectivamente, se tiene que la relación laboral objeto de estudio terminó el 14 de diciembre de 2018, y la demanda estudiada fue presentada el 4 de diciembre de 2020, en esa medida, se debe cuantificar el término trienal teniendo en cuenta la fecha de exigibilidad de cada prestación:

- **Cesantías**

No se encuentran prescritas en tanto que las mismas se hacen exigibles a la finalización del contrato, sin que a la fecha de interposición de la demanda hubieran transcurrido 3 años.

- **Intereses a las cesantías**

Se encuentran prescritos los correspondientes al año 2016, que se hicieron

exigibles al 31 de enero de 2017 (artículo 1 ley 52 de 1975).

- **Primas de servicios**

Se encuentran prescritas, la primera del año 2016 que se hizo exigible el 30 de junio del mismo año, la segunda del año 2016 que se hizo exigible el 20 de diciembre del mismo año, y la primera del año 2017 que se hizo exigible el 30 de junio de 2017 (artículo 306 Código Sustantivo del Trabajo).

- **Vacaciones**

Las vacaciones prescriben en un plazo de cuatro 4 años, teniendo en cuenta que se causan transcurrido el año laborado, (artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo), razón por la cual, ninguna de las reconocidas se vio afectada por el fenómeno prescriptivo.

De todo lo expuesto en líneas que anteceden, se habrá de revocar parcialmente la sentencia impugnada en lo referente a las acreencias laborales prescritas, de conformidad y en los términos dispuestos en antecedencia.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE los literales a) y b) del numeral TERCERO de la sentencia no. 56 de 26 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali, los cuales quedaran así:

“a) Para el año 2016: cesantías \$2.127.634, vacaciones \$1.063.817.

b) Para el año 2017: cesantías \$1.564.142, intereses a las cesantías \$188.218, 2 da prima de servicios \$782.071, vacaciones \$782.071.

DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción, respecto de: los intereses a las cesantías del 2016, las primas de servicios del 2016 y la primera prima de servicios del 2017, conforme se expuso en la parte motiva”.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia impugnada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las sociedades demandadas y a favor de la demandante. Fíjese como agencias en derecho en esta instancia la suma de quinientos mil pesos m/cte (\$500.000) para cada una de las demandadas. **LIQUÍDENSE** por el Juzgado de origen de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

CUARTO: Por Secretaría, **NOTIFÍQUESE** por edicto electrónico que se fijará por el término de un (1) día en la página web de la rama judicial, en el micrositio de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali. Ello de conformidad con el artículo 40 del CPTSS y las providencias CSJ AL647-2022 y CSJ AL4680-2022.

QUINTO: En firme la presente decisión, y en caso de no interponerse recurso de casación, **DEVOLVER** por Secretaría el expediente al Juzgado de origen.

En constancia se suscribe por quienes en ella intervinieron,

Los Magistrados,



ARLYS ALANA ROMERO PÉREZ

Magistrada



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE

Magistrado



MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

Magistrada