

**REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL**



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

**DEMANDANTE:** MIGUEL ÁNGEL VILLOTA PATIÑO  
**DEMANDADOS:** SEGURIDAD OMEGA LTDA  
CONJUNTO RESIDENCIAL RESERVAS DE GRATAMIRA B.  
**RADICACIÓN:** 76001-31-05-009-2017-00503-01  
**ASUNTO:** Apelación sentencia No. 184 de 19 de junio de 2018  
**ORIGEN:** Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali  
**TEMAS:** Indemnización por despido injusto y otros  
**DECISIÓN:** Revoca

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación presentado por la parte DEMANDANTE contra la Sentencia No. 184 del 19 de junio de 2018, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **MIGUEL ÁNGEL VILLOTA PATIÑO** contra **SEGURIDAD OMEGA LTDA Y CONJUNTO RESIDENCIAL RESERVAS DE GRATAMIRA B**, con radicado No. **76001-31-05-009-2017-00503-01**.

**SENTENCIA No. 100**

**DEMANDA Y SUBSANACIÓN** <sup>1</sup>. Pretende el promotor de la acción se declare que entre las partes existió una relación de trabajo a término fijo a tres meses, el cual se prorrogó de forma tácita en dos ocasiones, e inició el 27 de mayo de 2016 y finalizó el 28 de diciembre de 2016, devengando un salario promedio mensual de \$1.343.522; que se declare que el primer contrato de trabajo que existió se terminó de forma injustificada por parte del empleador y en consecuencia se condene a la demandada a los

---

<sup>1</sup> Fs. 1-15 y 37-39

siguientes pagos: la indemnización por despido injusto; \$1.548.224 por concepto de horas extras desde el 27 de mayo de 2016 hasta el 28 de diciembre de 2016, \$247.716 por concepto de la cotización total (16%) en pensiones sobre el valor de las horas extras no canceladas, la suma \$123.858 por concepto de cotización total en salud (8%) sobre el valor de las horas extras no canceladas, al valor de \$1.639.979 por concepto de prestaciones sociales conforme a las horas extras adeudadas; la suma de \$395.596 por concepto de vacaciones conforme a la liquidación de todos los factores salariales, se declare que la suma recibida a partir del 20 de julio de 2017 de \$73.756 mensuales constituía un aumento salarial, por lo que se debe tener en cuenta para el cálculo de las horas extras, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido injusto y moratoria, que se condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria. Como pretensiones secundarias solicita se condene a la demandada al pago de la suma \$14.966.268 por concepto de horas extras, cesantías e intereses, primas de servicios, seguridad social en salud y pensiones, vacaciones e indemnización por despido injusto y moratoria, al pago de la indexación, los intereses corrientes y moratorios a los que haya lugar, las costas y agencias en derecho, se declare la solidaridad laboral sobre todas las sumas adeudadas entre las demandadas.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios a SEGURIDAD OMEGA, a través de un contrato de trabajo a término fijo a tres meses, el cual inició el 27 de mayo de 2016 hasta el 26 de agosto de 2016 y se prorrogó de forma tácita en dos ocasiones; la primera desde el 27 de agosto de 2016 al 26 de noviembre de 2016; la segunda desde el 27 de noviembre de 2016 al 26 de febrero de 2017; que el lugar de prestación de servicios fue siempre el CONJUNTO RESIDENCIAL RESERVAS DE GRATAMIRA B, en el cargo de guarda de seguridad en la portería del mismo; que el salario pactado fue el mínimo legal vigente más auxilio de transporte; que a partir del 20 de julio de 2017 empezó a recibir el pago de \$73.756 por haber sido trasladado a la portería, que por esta suma de dinero, la demandada no realizó aportes a seguridad social ni lo tuvo en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos, que realizaba turnos de 12 horas; el turno diurno de 6:00 a 18:00 horas identificado con el código 104 y el turno nocturno de 18:00 a 6:00 horas identificado con el código 105 y para el día de descanso el código 008, que para las quincenas de junio de 2016 a diciembre de 2016 no le fueron cancelados los salarios reales que le correspondía por haber

trabajado horas extras, que el salario promedio para el cálculo de sus prestaciones sociales es de \$1.343.522 incluyendo el incremento y no el establecido en la liquidación del contrato, que para la quincena de diciembre de 2016, no se le canceló lo proporcional al auxilio de transporte por los días trabajados, ni tampoco lo proporcional al incremento realizado por estar en portería; que según la programación le correspondía descansar los días 24 y 25 de diciembre de 2017, sin embargo a las 2:00 am del 24 de diciembre recibió una llamada de la empresa, para que se presentara a trabajar ese mismo día a las 18:00 horas, que no se presentó al turno porque no fue notificado siquiera con 24 horas de anticipación y por tener diligencias programadas en su día de descanso; que esta fue la razón por la cual le fue terminado por la demandada su contrato de trabajo con justa causa; que el despido fue injustificado porque en el reglamento interno de trabajo se estipula que para la primera ausencia al trabajo la suspensión es de tres días y no la terminación del contrato de trabajo, que nunca faltó al trabajo y siempre fue colaborador con los turnos impuestos por la empresa; que la prima de servicios se liquidó y pagó con base en el salario mínimo legal sin tener en cuenta las horas extras y el incremento realizado, que el EDIFICIO RESIDENCIAL RESERVAS DE GRATAMIRA B no cumplió con su obligación de verificar los pagos realizados por la empresa de seguridad OMEGA LTDA pese a ser los beneficiarios primarios del servicio prestado.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

El **CONJUNTO RESERVA DE GRATAMIRA B - PROPIEDAD HORIZONTAL<sup>2</sup>** se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, fundamenta su defensa, en que las razones que dieron origen a la conclusión del contrato entre el demandante y SEGURIDAD OMEGA son argumentos que expresa el empleador al momento de terminar la relación contractual y que la única relación que existía entre el demandante y ese Conjunto es una relación de empresa cliente donde el objeto del contrato comercial suscrito con SEGURIDAD OMEGA LTDA es de resorte comercial y por tanto el manejo, coordinación, programación y administración del recurso humano -guardas de seguridad- es propio del empleador y no tiene vínculo alguno con la propiedad CONJUNTO B RESERVA DE GRATAMIRA, además de ser un servicio autorizado y vigilado por la SUPERINTENDENCIA DE VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA.

---

<sup>2</sup> Fs. 54-59

**SEGURIDAD OMEGA LTDA**<sup>3</sup> se opuso también a las pretensiones de la demanda, y expone que la terminación del contrato de trabajo se dio con ocasión de una de las justas causas contempladas en el artículo 62 del CST numeral 6 del CST, al haber el demandante dejado descubierto su puesto de trabajo colocando en grave riesgo la relación comercial con la empresa CONJUNTO B RESERVA DE GRATAMIRA, ante la renuencia de cumplir una instrucción de programación de turnos de trabajo, sobre todo en una fecha especial, como es la de 24 de diciembre y la no presentación de una justa causa que motivara la ausencia de un turno programado. Solicita no se declare la solidaridad deprecada por el demandante. Indica el carácter no salarial de la suma de \$73.756 con fundamento en la cláusula décima primera firmada en el contrato de trabajo. Explica que los turnos de trabajo están pactados bajo el esquema de jornada flexible donde la distribución de las 48 horas de la labor se hace dentro de la semana y así se hicieron los pagos conforme lo estipulado con sus debidos turnos, pagándose los tiempos suplementarios, festivos y dominicales.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 184 del 19 de junio de 2018, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

En respaldo de su decisión, la a quo señaló, que conforme lo indicaron los testigos, se confirmó la ausencia del demandante a su sitio de trabajo el día 24 de diciembre de 2016, conducta que se enmarca dentro del artículo 62 del CST y dentro del mismo contrato de trabajo, como constitutiva de despido por justa causa. Sustentó que el argumento del demandante en cuanto a que no fue avisado con una antelación de por lo menos 24 horas no es de recibo, por cuanto los testigos explicaron que el cambio de programación se debió a la ausencia de otro de los guardas de seguridad del mismo sitio donde prestaba sus servicios el accionante, que por tanto el demandante al conocer el lugar de trabajo era el más idóneo para reemplazar a su compañero para lo cual estaba autorizado el empleador conforme el principio *ius variandi* y que lo más grave del asunto es que el accionante como guarda de seguridad a pesar de haber sido notificado de

---

<sup>3</sup> Fs 70-82

presentarse a laborar ni siquiera avisó que no estaba dispuesto a prestar el servicio para que la empresa oportunamente hubiera adoptado otra medida que permitiera la continuidad de la prestación. Dijo que el incumplimiento de las funciones por parte del actor puso en riesgo el contrato suscrito entre la empresa y el condominio y la seguridad que le fue confiada. Concluyó que al haber demostrado la demandada la justa causa de terminación del contrato la indemnización por despido injusto no procedía.

Negó también la pretensión encaminada a obtener pago de horas extras y reliquidación de prestaciones sociales conforme el salario promedio expuesto por el demandante, argumentando, previo análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre la carga de la prueba para acreditar este tipo de conceptos, que el actor no demostró con exactitud el número de horas extras en la relación laboral pues solo se limitó a enumerar una cantidad de horas extras diurnas y nocturnas sin acreditar que hubieran sido laboradas, por lo que al no demostrar que el salario promedio hubiera sido diferente al establecido por la empresa accionada no era posible pretender diferencias por aportes a seguridad social y reliquidación de prestaciones sociales por horas extras no canceladas.

Frente a la suma solicitada por el actor como constitutiva de salarios, luego de hacer alusión al artículo 128 del CST y su desarrollo jurisprudencial, determinó que en el caso concreto solo se contaba con la relación de pagos laborales obrante a folio 26 y con la liquidación definitiva de prestaciones sociales del actor pero que con tales documentos no se logra determinar que la suma de dinero fuera recibida por el actor como remuneración directa de los servicios prestados.

### **IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM**

La **PARTE DEMANDANTE** apeló la sentencia solicitando se revoque la misma en su integridad, por las siguientes inconformidades.

i) Señala que la juez respaldó el despido del trabajador por la subordinación de la relación laboral; sin embargo, expone que toda orden dada por el empleador debe estar revestida del principio de legalidad, condición que no se respetó en el presente caso, en cuanto el mandato de cumplir el turno de trabajo fue impuesto por fuera de la jornada máxima de 48 horas. Agrega que la demandada no aportó prueba siquiera sumaria de que se encontraba autorizada por el Ministerio del Trabajo para trabajar

horas extras. Indica que no hubo ninguna afectación patrimonial ni ningún riesgo de la vida de alguna persona, con el ausentismo del actor conforme a la prueba documental del folio 108 y los testimonios, pues la empresa contó con un colaborador que hizo de rondero, por lo que considera que el juzgado no podía valorar que se estaba frente a un riesgo inminente basado sólo en una hipótesis. Dice que la providencia es contradictoria, al señalar con fundamento en el folio 128 que el trabajador no guardó subordinación, siendo que desde el primer momento informó que no podía ir al turno y más adelante expresa que no se puede considerar un buen actuar del trabajador debido a que nunca avisó que faltaría al trabajo.

ii) Frente a las horas extras dice que no le asiste razón al juzgado cuando indica que no existe certeza frente a estos pedimentos, toda vez que del hecho 10 al 23 se relacionó claramente cada día y hora de ingreso y la hora de salida, mediante los códigos 104 para el ciclo diurno, 105 para el nocturno y 08 para el descanso, códigos que fueron constatados por los testimonios de la parte demandada, los cuales contestaron que esos códigos pertenecen a los turnos correspondientes. Dice que se obvió la prueba relacionada en la demanda a folio 21, la cual contiene el derecho de petición que presentó el demandante y la respuesta de la demandada, adjuntándole la copia de la programación relacionada en folio 26 y 27, donde se encuentran relacionados los periodos y programaciones que trabajó. Del mismo dice omitió la prueba del folio 28 en la cual se relaciona el neto de los devengado por el actor.

iii) Frente a la cláusula de exclusión salarial avalada por el Despacho, dice que esta no es clara y es ambigua, de que sea la suma de \$73.756 la que este excluida en el salario, y que contrario a lo manifestado por el juez de instancia sí se cumplen con los requisitos de habitualidad y remuneración por cuanto en los hechos 4 y cinco de la demanda se establece que el monto de \$73.756 se le empezó a pagar al trabajador por traslado a la portería como una retribución directa de un servicio sin que la demandada se hubiera opuesto a dicho hecho.

iv) Arguye que no hubo por parte del Juzgado revisión de la liquidación efectuada por la demandada en el folio 33 donde se puede evidenciar que la prima de servicio no fue liquidada con el salario promedio.

### **ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte DEMANDANTE reiteró los

argumentos expuestos al sustentar el recurso de apelación. La parte DEMANDADA reiteró los fundamentos expuestos en la contestación a la demanda.

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

**PROBLEMAS JURÍDICOS.** En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centran a resolver: **(i)** si la terminación del contrato estuvo o no precedida de una de las justas causas contempladas en el artículo 62 del CST, que amerite condenar a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto **(ii)** si contrario a lo concluido por la juez, sí se encuentran demostradas las horas extras que laboró el actor que obliguen a la demandada al respectivo pago y con ello a la reliquidación de las prestaciones sociales y pago por diferencias de los aportes a seguridad social **(iii)** si la suma de \$73.756 que empezó a recibir el actor desde el 06 de agosto de 2016 es o no constitutiva de salario; en consecuencia, si se deben reliquidar o no sus prestaciones sociales, aportes a la seguridad social e indemnización por despido injusto. **iv)** verificar si la liquidación efectuada por la demandada por concepto de vacaciones está correctamente liquidada.

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

### **CONSIDERACIONES**

Inicialmente la Sala debe destacar que son hechos que no son objeto de debate dentro del presente asunto que: **i)** el señor MIGUEL ÁNGEL VILLOTA suscribió contrato de trabajo a término fijo de tres meses el día 27 de mayo de 2016 hasta el 26 de agosto de 2016 **ii)** hubo dos renovaciones tácitas posteriores al término inicial **iii)** la finalización del vínculo acaeció el día 28 de diciembre de 2017 **iv)** el cargo ejercido de guarda de seguridad **v)** el salario pactado correspondía al smlmv más auxilio de transporte **vi)** la terminación del contrato se dio por invocar la empresa SEGURIDAD OMEGA una justa causa, **vii)** para el momento del despido el trabajador realizaba sus funciones de guarda en el CONJUNTO RESIDENCIAL RESERVAS DE

GRATAMIRA B **viii)** que el actor a partir del 06 de agosto de 2016 empezó a recibir una suma de dinero por valor de \$73.756 **ix)** el actor recibió una llamada a las 2:00 am del 24 de diciembre de 2016 para presentarse a trabajar ese mismo día a las 18:00 horas **x)** el demandante no se presentó a trabajar el 24 de diciembre de 2016, todo esto según aceptación de estos hechos por la demandada, el respectivo contrato de trabajo (fl 21) y la carta de despido (fl 27-28 y 87-88).

**DEL DESPIDO INJUSTO.** Frente al primer problema jurídico, debe anotarse que de conformidad con la pacífica jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, reiterada, entre otras, en la Sentencia SL3278-2022, cuando en juicio se estudia la viabilidad de la indemnización por despido injusto, corresponde al trabajador demandante demostrar el hecho del despido y al empleador demandado, que aspire a salir avante ante la declaración y/o condena pretendida por su antiguo trabajador, acreditar que éste incurrió en una conducta contraria a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales acordadas previamente, que ameriten su despido unilateral por justa causa.

En el caso bajo estudio, los hechos que se endilgan al trabajador se extraen de la carta de despido (fl. 27-28 y 87-88) en el siguiente tenor:

*“Le informamos que a la fecha hemos revisado su diligencia de formación de cargos realizada el día 27 de diciembre de 2016 como revisión a la diligencia disciplinaria que se adelanta por no presentarse a laborar el día 24 de diciembre de 2016 como lo ratifica en su diligencia de cargos, así como no presentar excusa válida que soporte su ausencia como GUARDA DE SEGURIDAD de la empresa SEGURIDAD OMEGA LTDA, revisado su procedimiento disciplinario hemos encontrado que:*

1. *Usted dentro de la diligencia de cargos con acciones disciplinarias acepta y ratifica que los hechos y acciones por los cuales se le inició el proceso disciplinario fueron situaciones COMO NO PRESENTARSE A LABORAR EL DÍA 24 DE DICIEMBRE DE 2016, aun siendo notificado por parte del coordinador durante el turno 23 de diciembre del presente año, lo que indica que usted tenía conocimiento del turno dejando sin cubrimiento el puesto de trabajo y colocando en grave riesgo la relación comercial entre el cliente y la empresa SEGURIDAD OMEGA LTDA.*

*Teniendo en cuenta las anteriores evidencias la empresa SEGURIDAD OMEGA LTDA en uso de sus facultades y aplicando la normatividad laboral colombiana y la jurisprudencia reiterada, decide dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 28 de diciembre de 2016, por encontrarse suficiente información que además ha sido aceptada y ratificada en la diligencia de descargos donde se prueba que el COLABORADOR NO JUSTIFICÓ LA AUSENCIA AL PUESTO DE TRABAJO por el día 24 de diciembre de 2016. Razón por la cual en cumplimiento del reglamento de trabajo de conformidad con el artículo 62 del CST numeral 6 **“Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales,***

**contratos individuales o reglamento.**”, se invoca para la terminación del contrato una justa causa (...).”

Al respecto de esta causal invocada por la demandada, sobre su correcta interpretación la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL4254-2022 recuerda la tesis de esa Corporación, al aclarar que el referido precepto contiene dos situaciones diferentes; la primera, la gravedad de la falta debe ser calificada por el Juez cuando se trate de “cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo” y; la segunda, la falta para ser calificada como grave debe aparecer como tal en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los cuales ellas se consagran, caso en el cual ya no le es posible al Juzgador poner en entredicho esa connotación otorgada por el empleador.

No obstante, debe decirse que previo a determinar si hubo o no una justa causa lo primero que debe analizar esta Sala es si la empresa desplegó el procedimiento disciplinario al que hace alusión en la carta de terminación y el cual se encuentra contenido en el MANUAL DEL COLABORADOR visible en las páginas 28 y 29 del mismo, y que fue allegado en la demanda en los folios 32 y 84 por el demandante y el demandado respectivamente y en el que se contempla la “cancelación del contrato” como una acción disciplinaria.

Lo anterior, por cuanto, si bien es cierto, el despido sin justa causa no es una sanción disciplinaria, no obstante, se tiene establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que si entre las partes se hubiese pactado que el despido sí constituye una sanción disciplinaria se debe seguir el procedimiento ahí establecido.

Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2351 de 2020 recuerda dicho criterio así:

*“Por el contrario, esta Corte ha precisado de forma pacífica y reiterada que la terminación unilateral del contrato de trabajo por el empleador con base en una justa causa no tiene naturaleza disciplinaria, ni constituye una sanción, por regla general. Ilustra sobre el punto la sentencia CSJ SL 15245 de 2014 donde se rechazó el argumento de la censura de entonces, el cual también estaba sustentado en la naturaleza sancionatoria del despido con justa causa, reiterando lo siguiente: «Contrario a lo argumentado por el recurrente, el despido con justa causa, por regla general, no constituye una sanción disciplinaria, **salvo que en el orden interno de la empresa se le haya dado expresamente ese carácter, según posición reiterada y pacífica de esta Corte** (...).» (Lo subrayado y en negrita por esta Sala).*

En el sub judice se tiene, que la razón expuesta por la demandada es la ausencia no justificada al puesto de trabajo para el día 24 de diciembre de 2016.

Al respecto, en el PROCESO Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO- ACCIÓN DISCIPLINARIA contenido en el referido MANUAL DEL COLABORADOR- página 28, se contempla:

TIPO	PRIMERA	SEGUNDA	TERCERA
AUSENCIA NO JUSTIFICADAS	Suspensión 3 días	Suspensión 5 días	Cancelación del contrato de trabajo

En el presente caso, la empresa demuestra que el actor se ausentó al turno de trabajo del 24 de diciembre de 2016, sin señalarse si aparte de dicha ausencia el actor incurrió en otras, o si de haber existido sí se le aplicaron las suspensiones que se consagran en este procedimiento disciplinario.

De tal suerte, que siendo la ausencia sin justificación solamente la del 24 de diciembre de 2016, la demandada por ser el primer incumplimiento debió aplicar la suspensión de 3 días que se señala en el procedimiento interno y no lo hizo, procediendo inmediatamente a la cancelación del contrato, pretermitiendo así el procedimiento disciplinario que dice le fue realizado al actor.

El anterior, proceso disciplinario esta Sala lo encuentra como válido para que las partes se sujetaran al mismo, teniendo en cuenta que; primero, en la carta de terminación por justa causa se invoca como cumplido por SEGURIDAD OMEGA LTDA; segundo, el mismo es claro y expreso por cuanto se señala los tipos de conducta y la correspondiente acción disciplinaria, por tanto aun cuando el representante legal en su interrogatorio de parte intenta restarle rigurosidad cuando expuso que el mismo es solo una guía y no se ejerce de manera inflexible, dicho racionamiento no es de asidero por este juez colegiado y su falta de aplicación con el lleno de las etapas, convierte el despido en injustificado.

Del mismo modo, no logra la demandada SEGURIDAD OMEGA LTDA acreditar el cumplimiento de las etapas disciplinarias, con lo señalado en la contestación en la demanda y lo que expresaron los testigos, en cuanto

que para el despido se había tomado en cuenta los antecedentes disciplinarios del trabajador y para ello se allegó a folio 97 llamado de atención al actor el 05 de diciembre de 2016, y el pantallazo donde se lee: Disciplinario (FL 98), como quiera que el llamado de atención hace alusión a un tema que no tiene que ver con ausencia y las relacionadas con “AUSENCIAS” la que se registra es con la del 24 de diciembre de 2016, aquí estudiada como justa causa de terminación del contrato de trabajo. En tanto la de la data 10/09/2016 “*llega al puesto con dos horas de retardo, informa se le varó la moto, es reincidente en esta falta, lo evalúa el coordinador Manrique informa no presenta síntomas de alicoramiento se deja recibir turno se encuentra*”, la empresa la tipificó con el tipo INDISCIPLINA LEVE y en ACCIÓN TOMADA dice *retroalimentación verbal*, por lo que tampoco se evidencia esté relacionada con el “TIPO” “AUSENCIAS”.

Finalmente debe decirse que la CLÁUSULA SÉPTIMA que invoca la actora en su contestación de la demanda como constitutiva de justa causa en el literal NUMERAL 1 es : *la no asistencia puntual al sitio de trabajo sin excusa suficiente a juicio del empleador*, se itera en la carta de terminación no se expone esta causal como quiera que la no asistencia puntual es muy diferente a la *ausencia no justificada* que invocó la demandada como justificante de terminación del vínculo, pues la primera indica que el trabajador asistió al puesto de trabajo de manera inoportuna y la segunda es que no hubo asistencia a la labor, por lo que no puede ahora la demandada en este litigio indicar otra causal distinta de la que le fue informada al actor en su carta despido.

Del mismo modo, en la carta de terminación no se hizo alusión como justa causa al numeral 16 y 19 del contrato de trabajo de la CLÁUSULA PRIMERA, que solo se exponen en este litigio, por tanto si la empresa quería liberarse de la indemnización por despido injusto, en este caso debió ser más detallado en la exposición de los motivos que se le endilgaron al demandante como constitutivo de justa causa teniendo en cuenta que la expresada “AUSENCIA NO JUSTIFICADA” está tipificada por un manual interno de la empresa como un tipo de conducta con acción disciplinaria cuya tercera ausencia es la que da lugar a la cancelación del contrato, la cual no se puede pretermitir alegando nuevas causales que no le fueron puestas en conocimiento al trabajador al momento del despido.

Colofón de todo lo anterior, en respuesta al primer problema jurídico el despido del que fue objeto el señor MIGUEL ÁNGEL VILLOTA PATIÑO devino

en injusto, al haberse inaplicado el procedimiento establecido por la empresa SEGURIDAD OMEGA LTDA de acuerdo a su manual, ergo el actor tiene derecho al pago de la indemnización por despido injusto contemplada en el artículo 64 del CST inciso tercero teniendo en cuenta que el contrato de trabajo que unió a las partes es a término fijo de tres meses el cual inició el 27 de mayo a 26 de agosto de 2016, el que fue prorrogado del 27 de agosto de 2016 al 26 de noviembre de 2016, por lo que para la fecha del despido (28 de diciembre de 2016), éste ya se encontraba renovado y por tanto deberá la demandada pagar al demandante el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltaba al trabajador para cumplir el plazo estipulado del contrato, esto es, enero y febrero de 2017.

En la alzada se encuentra acreditado que el actor devengaba como salario el correspondiente al SMLMV que para el año 2016 fecha de terminación del contrato era la suma de \$689.455, y para el año 2017 \$737.717, luego al actor le corresponde por concepto de indemnización la suma de **\$1.475.434** correspondiente a los salarios de enero y febrero de 2017, suma que deberá cancelarse debidamente indexada.

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

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

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

Se duele el recurrente de lo concluido por la juez de primera instancia al considerar que no se encontraba demostrado con certeza el número de horas laboradas por el actor, aduciendo del hecho 10 al 23 se relacionó en la demanda claramente cada día y hora de ingreso y la hora de salida, mediante los códigos 104 para el ciclo diurno, 105 para el nocturno y 08 para el descanso, códigos que señala fueron constatados por los testimonios de la parte demandada, los cuales contestaron que esos códigos pertenecen a los turnos correspondientes. Dice que se obvió la prueba relacionada en la demanda a folio 21, la cual contiene el derecho de petición que presentó el demandante y la respuesta de la demandada, adjuntándole la copia de la programación relacionada en folio 26 y 27, donde se encuentran relacionados los periodos y programaciones que trabajó.

Verificados los hechos 10 al 23 se observa una relación de trabajo suplementario, indicando como tiempo extra diurno, extra nocturno y los trabajados en festivos, hechos que contrario a lo que afirma el recurrente no fueron aceptados por la empresa, por lo que no le asiste razón en cuanto a que se deben tener como ciertos.

Debe decirse que esta Sala comparte la absolución que impartió la juez de primera instancia, partiendo desde la misma liquidación que relaciona el actor en los hechos 10 a 23, ninguna de ellas es diáfana para establecer los quantums a los que llegó el demandante, como valor que pagó la empresa y lo que debió cancelar, por cuanto no es congruente entre lo que se relaciona en esos hechos y el registrado en las diferentes tablas ahí consignadas.

Pero sobre todo, no allegó el actor ninguna prueba de que ese tiempo por el relacionado desde julio de 2016 a diciembre de 2016, fueran las horas efectivamente laboradas por el actor y que demuestren con total claridad el número de horas laboradas en festivos, recargos nocturnos y diurnos, sin que dicha información pueda extraerse de la programación de turnos allegada en los folios 21, 24 y 25 de los que dice fueron omitidos por la a quo, pues valorados los mismos, en estos no se exponen las horas efectivamente laboradas por el subordinado, pues solo se indica una secuencia de números del 1 al 15 y del 16 al 30, unos códigos (104, 105 y 08), y periodos del 10 al 24 pero en nada arrojan información relevante para la liquidación de la horas extras que aquí se reclaman.

Ni siquiera la aceptación que hizo la testigo LUZ ADRIANA CARVAJAL (**Min 1:46.19-2:08:15**) sobre que los códigos 104, 105 y 08 corresponden a los turnos diurnos, nocturnos y descanso hace posible que esta Sala pueda obtener una liquidación utilizando solo esos datos.

Del mismo modo, la documental relacionada en el folio 26 rotulada RELACION DE PAGO LABORALES por SEGURIDAD OMEGA solo muestra que al actor le fueron pagados las respectivas horas extras por él laboradas, sí que exista ningún elemento de juicio que lleve a modificar lo ahí consignado.

En ese sentido, al no existir en el plenario un elemento de juicio que lleve a la convicción inequívoca respecto del número de horas extras y dominicales laborados por accionante, como tampoco de los períodos en los cuales se ejecutó el supuesto trabajo suplementario, mal haría la Sala en imponer condena por ese concepto, razón por la que se confirmará la sentencia en ese sentido.

**DEL PAGO DE LA SUMA DE \$73.756 COMO CONSTITUTIVO DE SALARIO.** Para resolver el tercer problema jurídico que ocupa la atención de la Sala, se debe empezar por destacar que, entendido el salario como aquella retribución patrimonial del empleado por prestar su fuerza de trabajo, el artículo 127 del C.S.T. establece que tiene la condición de salario, y hace parte de éste, todo aquello que percibe el trabajador, en especie o dinero, como contraprestación directa del servicio. En contraposición con ello, el artículo 128 del C.S.T. establece que no toda erogación, en especie o en dinero percibida por el trabajador se considera como factor salarial, siempre y cuando dichos emolumentos sean: 1. Ocasionales, por mera liberalidad y de aquellas que la norma señaló expresamente como posibles de ser excluidas de factor salarial; 2. Los que recibiese no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; 3. Las prestaciones sociales, el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes y; 4. **Los beneficios habituales u ocasionales acordados con el empleador de forma expresa.**

A su turno, la doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que los postulados contenidos en el artículo 128 C.S.T., en el ámbito de aquellos pagos no constitutivos de salario, se erigen como una excepción a la generalidad acerca de que

cualquier pago recibido por el trabajador constituye salario. Bajo ese panorama, debe quedar claro y detallado qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial, siendo ineficaces todas aquellas cláusulas genéricas o globales, o aquellas estipulaciones que para su aplicación se requiera acudir a otro tipo de interpretaciones más allá del contenido literal de lo pactado (SL1196-2022). También ha adoctrinado la jurisprudencia que los pactos suscritos tendientes a restar incidencia salarial a determinados conceptos no son inquebrantables, pues de conformidad con la legislación, estos no están autorizados para disponer que no es salario un emolumento que en esencia si lo es conforme los parámetros de la norma sustantiva (SL1922-2021).

En el caso concreto, no existe discusión respecto que el señor MIGUEL ÁNGEL VILLOTA PATIÑO desde el 06 de agosto de 2016 empezó a devengar \$73.756 adicionales, suma de la cual reclama su carácter salarial. SEGURIDAD OMEGA LTDA al contestar la demanda acepta que el actor sí devengaba dicha suma, sin embargo, argumenta que esos conceptos no eran constitutivos de salario, ya que así lo habían acordado expresamente las partes en la CLÁUSULA PRIMERA del contrato.

Respecto del acuerdo de exclusión salarial, se observa que en el contrato de trabajo se estableció en la CLÁUSULA PRIMERA:

*“Las partes acuerdan que en los casos en que se le reconozcan al trabajador beneficios por concepto de alimentación, comunicaciones, habitación o vivienda, transporte, combustibles, participaciones, incentivos, premios, vestuario, auxilios en dinero o en especie o bonificaciones, se consideraran tales beneficios o reconocimientos como no salariales y por tanto no se tendrán en cuenta como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales ni para el pago de aportes parafiscales y cotizaciones a la seguridad social de conformidad con los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990(...)” t (f. 22).*

Analizado el convenio de pacto de desalarización con el que pretende la demandada restarle el carácter de constitutivo de salario a la suma de \$ 73.676, en nada indica que esta suma de dinero haya sido contenida en dicho pacto, como quiera que los conceptos que ahí se expresan como no prestacionales no hacen referencia al valor de \$73.656, nótese que en la demanda ni en la contestación de la misma, se informa que esta suma se otorgara por algún concepto en particular, luego el aludido pacto de desalarización suscrito por las partes, la Sala no lo encuentra acorde a los criterios desarrollados por la jurisprudencia y por tanto al no especificarse que este estuviera comprendido dentro de la cláusula de exclusión salarial, se entiende que la suma de dinero que le era habitualmente pagada al

demandante desde el 06 de julio de 2016 en quincenas de \$38.8.78 remuneraban la prestación del servicio que ofrecía el actor y por tanto habrá de reliquidarse las prestaciones sociales.

Verificada la información de lo devengado por el actor de la documental relacionada en el folio 26 rotulada **RELACION DE PAGO LABORALES** por SEGURIDAD OMEGA (columna “**Total Devengados**” + “**Pagos no Prestacionales**”) y lo pagado en la **LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE PRESTACIONES SOCIALES** del folio 26 ( 001 **Sueldo Básico** + 002 **Recargo Nocturno** + 003 **horas extras diurnas** + 008 **Recargo festivo Nocturno** + 024 **Bonificaciones** + 037 **subsidio de transporte + la primera quincena de diciembre** (\$344.728) ) se obtiene un neto de \$ **7.681.004** que dividido entre los siete meses que laboró el actor, arroja un salario promedio de \$ **1.146.533**, con el cual habrá de liquidarse el valor de las cesantías, teniendo los **210** días que laboró el actor, se obtiene por cesantías: \$668.811 que al restársele el valor que pagó la demandada (\$632.034) se obtiene por concepto de diferencias de cesantías la suma **\$36.777**.

Por intereses de cesantías: \$ 46.816 que al sustraérsele lo pagado por la empresa SEGURIDAD OMEGA LTDA (\$44.664) se obtiene por diferencias de intereses de cesantías la suma de **\$2.154**.

En cuanto al salario promedio con el que ha de liquidarse la prima de servicios, se deben tomar también todo lo devengado por el trabajador que remuneren la prestación del servicio en ese sentido, este debe incluir el salario, el auxilio de transporte y el valor de las horas extras. El actor en el hecho número 35 expone que la prima de servicios le fue pagada solo con el valor del salario mínimo que devengaba más el auxilio de transporte, por lo que deberá reliquidarse dicho valor. Ahora, a efectos de liquidar determinar el salario base de dicha prestación esta Sala se fundamenta en los mismos soportes probatorios utilizados para el salario promedio con que se liquidó las cesantías, pero los devengos utilizados serán los del 01 de julio de 2016 identificado como P14 en adelante, atendiendo que al actor le fueron pagadas las primas del primer semestre en junio del año 2016. Así las cosas, se obtiene por salario base de liquidación para la prima de servicios el valor de \$ 1.112.517, con el cual habrá de liquidarse el valor de la prima, teniendo los 177 días que laboró el actor desde el 01 de julio de 2016 al 28 de julio de 2016, se obtiene por prima de servicios: \$497.697 que al restársele el valor que pago la demandada según lo expresado por el actor en el hecho 35 de la demanda, (\$372.922), arroja por concepto de diferencias de prima de servicios la suma \$124.775.

En cuanto a cómo deben liquidarse las vacaciones el artículo 192 del código sustantivo del trabajo contempla dos situaciones:

Durante el período de vacaciones el trabajador recibirá el salario ordinario que esté devengando el día en que comience a disfrutar de ellas. En consecuencia, sólo se excluirán para la liquidación de vacaciones el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario o de horas extras.

Cuando el salario sea variable las vacaciones se liquidarán con el promedio de lo devengado por el trabajador en el año inmediatamente anterior a la fecha en que se concedan.

De la lectura de dicha norma es claro que para liquidar las vacaciones se debe excluir el valor del trabajo en días de descanso obligatorio y el valor del trabajo suplementario o de horas extras.

De lo preceptuado y el salario que utilizó la empresa por encima del SMLMV, que era el valor que percibía el actor, se obtiene que la liquidación de \$217.238 por vacaciones que estableció la demandada se encuentra bien liquidada, por lo que no hay diferencias causadas por este concepto.

Es de aclarar que demostrado que la suma de dinero de \$73.656 es constitutivo de salario, la Sala no puede acceder a la reliquidación de las vacaciones por no contarse con los elementos de juicio que identifiquen la cantidad de horas laboradas en tiempo suplementario.

La excepción de prescripción en este caso no está llamada a prosperar como quiera que el vínculo laboral culminó el 28 de diciembre de 2016 y la demanda fue presentada el 09 de agosto de 2017, es decir dentro del término trienal establecido en el artículo 488 del CST.

La llamada a responder por las condenas aquí expuestas es SEGURIDAD OMEGA LTDA por cuanto esta fue la empresa con la que se demostró el vínculo laboral y no haberse demostrado con ningún medio probatorio los elementos del artículo 32 y 34 del CST para que se tenga al EDIFICIO CONJUNTO RESIDENCIAL RESERVAS DE GRATAMIRA B como representante de SEGURIDAD OMEGA LTDA o responsable solidario de las obligaciones aquí establecidas, razones suficientes para mantenerse la absolución de dicho extremo de la litis.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia de primera instancia será revocada para en su lugar DECLARAR que entre el señor MIGUEL ÁNGEL VILLOTA PATIÑO y SEGURIDAD OMEGA LTDA existió un contrato a término fijo a tres meses, el cual se prorrogó de forma tácita en dos ocasiones, e inició el 27 de mayo de 2016 y finalizó el 28 de diciembre de 2016, por decisión unilateral de la empresa demandada y sin existir una justa causa.

En consecuencia, se condenará a la demandada SEGURIDAD OMEGA LTDA al pago de la indemnización por despido injusto contemplada en el artículo 64 del CST inciso tercero, en la suma de \$1.475.434, debidamente indexada.

#### **De la sanción moratoria**

Frente a la sanción moratoria del artículo 65 del C.S.T., conviene recordar que la jurisprudencia emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que la misma no es de aplicación automática, sino que ésta se impone cuando la conducta del empleador en la falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo no esté revestida de buena fe, de manera que si existen razones atendibles o justificables de su actuar, se coloca en el campo de la buena fe que lo exonera de la condena (CSJ SL365-2023).

En el caso bajo estudio, analizada la actuación de la demandada se advierte buena fe, pues, si bien, se evidencian unas diferencias por prestaciones sociales, atendiendo que esta se dejó de tener en cuenta la suma de \$73.756, lo hizo bajo la completa convicción y entendimiento que conforme a la cláusula pactada en el contrato sobre emolumentos no constitutivos de salario, la referenciada suma de dinero era de esa naturaleza, por lo que no se evidencia que la accionada haya querido causar detrimento patrimonial a su trabajador. Es de resaltar además que, conforme al artículo 1 del CST cuya finalidad es que se logre la justicia entre la relación trabajador y empleador, las diferencias obtenidas por reliquidación no son de tal magnitud que amerite condenar a la empresa SEGURIDAD OMEGA LTDA a la indemnización moratoria en una cuantía muy superior a las condenas aquí establecidas, razones suficientes para no imponer condena por este pedimento.

Se condenará en ambas instancias a la demandada SEGURIDAD OMEGA LTDA al pago de las costas y agencias en derecho, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia la suma de un SMLMV.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia No. 184 de 19 de junio de 2018 proferida por Juzgado Noveno Laboral del Circuito De Cali, para en su lugar DECLARAR que entre el señor MIGUEL ÁNGEL VILLOTA PATIÑO y SEGURIDAD OMEGA LTDA existió un contrato a término fijo a tres meses, el cual se prorrogó de forma tácita en dos ocasiones, e inició el 27 de mayo de 2016 y finalizó el 28 de diciembre de 2016, por decisión unilateral de la empresa demandada y sin existir una justa causa.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada SEGURIDAD OMEGA LTDA a pagar en favor del señor MIGUEL ÁNGEL VILLOTA por concepto de indemnización por despido injusto contemplada en el artículo 64 del CST inciso tercero, la suma de \$1.475.434 debidamente indexada.

**TERCERO: CONDENAR** a la demandada SEGURIDAD OMEGA LTDA a pagar en favor del señor MIGUEL ÁNGEL VILLOTA por los siguientes conceptos:

Diferencias cesantías \$36.777.

Diferencias de intereses de cesantías: \$2.154.

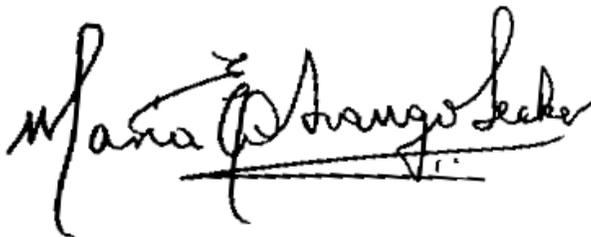
Diferencias de prima de servicios la suma \$124.775.

**CUARTO: ABSOLVER** de la demanda a CONJUNTO RESIDENCIAL RESERVAS DE GRATAMITA B de todas y cada una de las pretensiones.

**QUINTO: COSTAS** en esta instancia y en primera a cargo de la parte SEGURIDAD OMEGA LTDA. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a 1 SMMLV, al momento de su pago.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

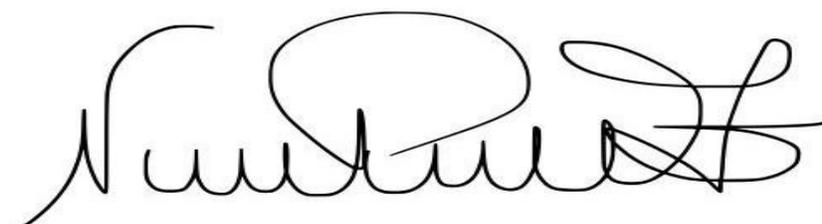
Los Magistrados,



**MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**



**FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO**



**NATALIA MARÍA PINILLA ZULETA**