

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE
CALI SALA LABORAL

Radicación: 76001 31 05 012 2014 00087 01
Proceso: Ordinario de Primera Instancia
Demandante: Luis Freddy Restrepo Dosman
Demandada: Empresa de buses
Blanco y Negro S.A. y otros
Magistrada Ponente: Alejandra María Alzate
Vergara

SALVAMENTO DE VOTO

Con mi acostumbrado respeto discrepo de la decisión mayoritaria que absolvió a la entidad demandada y no la condenó a reliquidar las prestaciones sociales, las vacaciones y a la indemnización moratoria.
¿De dónde proviene mi discrepancia?

Veamos las razones

La primera. En la sentencia de la que me aparto se señalan los siguientes premisas que llevaron a la absolución: *“que el salario devengado por el actor dependía de la cantidad de horas laboradas”*; que el salario devengado por el demandante era variable, dado que su cuantía si bien estaba establecida *‘en el mínimo legal, dependía de la cantidad de horas que el señor LUIS FREDY RESTREPO SÁNCHEZ laborará’*. De estas premisas discrepo.

La segunda. No se valoró la confesión del apoderado judicial de la entidad demandada, al contestar del hecho quinto de la demanda, al señalar:



*“La **jornada laboral** que debía cumplir el actor era de 8 horas diarias con sus respectivos descansos, de acuerdo con lo pactado por las partes en el contrato de trabajo, las cuales empezaban a contar al entregársele la respectiva orden de turno “. (Negrillas y subrayas fuera de texto)*

por el togado está dicho con todas las letras, al trabajador no se le pagaba por la cantidad de horas trabajadas sino que su salario era el fruto de su **jornada laboral** que era de 8 horas diarias; tampoco de dicha confesión se infiere que el salario fuera variable, de acuerdo a lo señalado por la C.S.J. en torno al concepto de **salario variable**, tal como se dice en la sentencia de la que me aparto.

La tercera. ¿Cuáles era las **intenciones** de las partes? Estas **intenciones** se infieren de los contratos de trabajo suscritos entre ellas -casi todos iguales en su redacción y contenido-, en ellos se evidencia que se acordó en las cláusulas primera, segunda, tercera, cuarta y sexta de cada uno, que el demandante se obligaba a laborar la **jornada máxima legal para conductores de vehículos de transporte** terrestre automotor, correspondiente a 10 horas diarias, en un horario de lunes a sábado, lapso en el que el trabajador se encontraba a disposición de la empresa; la que además se obligó a pagar todas las prestaciones de ley de acuerdo al salario estipulado, que era el equivalente a 1 SMLMV, tal como se lee en la transcripción de los documentos. Por supuesto, por fuera de horas extras y recargo nocturno. Veamos un ejemplo, a folio 205 del expediente digital y siguientes, obra el contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un (1) año, con fecha de iniciación del 16 de abril de 2010 hasta el 15 de octubre de 2010, que literalmente dice lo siguiente:

“PRIMERA: EL TRABAJADOR se obliga a dar toda su capacidad normal de trabajo durante **la jornada máxima que autoriza la Ley,**



para desempeñar las funciones inherentes al oficio de conductor profesional y/o chofer mecánico de vehículos automotores así como las labores anexas al mismo de conformidad con las órdenes e instrucciones que le imparta LA EMPRESA.

SEGUNDA: Las funciones de EL TRABAJADOR serán las siguientes:

a) Prestar sus servicios como motorista para conducir vehículos que le asigne LA EMPRESA sean afiliados o de propiedad de la misma, **a fin de prestar un corrector servicio de transporte de pasajeros dentro de las rutas y horarios asignados a ella, pudiendo LA EMPRESA o la oficina de rodamiento hacer ajustes, modificaciones o cambios según la necesidad del servicio**, lo cual acepta expresa e incondicionalmente EL TRABAJADOR (...)

TERCERA: Para remunerar los servicios de EL TRABAJADOR, LA EMPRESA, pagará en dinero efectivo (...). La cantidad de QUINIENTOS QUINCE MIL PESOS MCTE (\$515.000) MENSUALES (...).

CUARTA: **LA EMPRESA garantiza a EL TRABAJADOR, el pago de todas las prestaciones legales liquidadas de acuerdo al salario estipulado**, lo mismo que su afiliación a la Seguridad Social, Caja de Compensación Familiar, SENA, y todo lo que la ley le ordene. (...)

SEXTA: **La jornada máxima de trabajo ordinario será de diez (10) horas diarias (artículo 56 Decreto 1393 de 1970), entendiéndose que estas horas se cuentan cuando el conductor está realizando por sí mismo la maniobra de conducir el vehículo y tal jornada ordinaria se extiende desde Lunes inclusive hasta el Sábado inclusive, tiempo en el cual EL TRABAJADOR se encuentra a disponibilidad de LA EMPRESA.** LA EMPRESA reconocerá a EL TRABAJADOR el trabajo personal ejecutado por este el día Domingo y los días festivos en la forma prescrita por el decreto 2351 de 1965, siempre y cuando las labores desempeñadas por EL TRABAJADOR en estos días hayan sido autorizadas por la empresa..." (Negritas fuera de texto).

Entonces, del contenido de dichas cláusulas se desprende que el demandante debía estar a disposición de la demandada durante las 10 horas diarias máximas que señala el artículo 56 del Decreto 1393 de

1970¹, de lunes a sábado, tiempo en el cual se encontraba a disposición del empleador –aunque el apoderado de la demandada señala que fueron 8 horas diarias, como ya se dijo-. Por tanto, como quiera que el demandante se encontraba sujeto al espectro de la subordinación laboral, dicha disponibilidad debió calificarse como trabajo efectivo y remunerarse en tal sentido, así lo dijo la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4884-2020,

“El empleador puede exigir el cumplimiento de las actividades propias de las funciones del trabajador durante el horario, pues es en ese lapso en el que el trabajador está disponible al efecto y está obligado a cumplir con las labores propias de su cargo”, por lo que el actor debió devengar el valor de su jornada completa².

La cuarta. ¿Qué se entiende por los siguientes conceptos, **jornada de trabajo, horario de trabajo y disponibilidad**? La Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL4883-2020 los definió de la siguiente manera:

- **“Jornada de trabajo:** corresponde al lapso dispuesto por el ordenamiento jurídico (artículo 161 del C.S.T.) dentro del cual el empleador está facultado para ejercer la subordinación, y el trabajador obligado a ejecutar la actividad personal para la que fue contratado.
- **Horario de trabajo:** corresponde a la distribución que hace el empleador de la jornada de trabajo.

¹ Se deja claro que el artículo 56 del Decreto 1393 de 1970 es la norma aplicable en el presente caso para determinar la jornada máxima legal del demandante, y no el artículo 161 del C.S.T., como quiera que la actividad desarrollada por el mismo era la de conductor de vehículo de transporte terrestre automotor. Al respecto, dicha norma señala que *“Las empresas de transporte, por razones de seguridad pública, no podrán fijar a los conductores jornadas de trabajo diario superiores a diez horas”*.

² Ver Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SL5584-2017.

- **Disponibilidad:** es la situación del trabajador, por efecto de la cual está sujeto al espectro de la subordinación laboral propio de la relación de trabajo, de manera que ***“es el empleador el que determina la disponibilidad, mediante el establecimiento del horario de trabajo, y excepcionalmente, mediante la imposición de turnos”***. (Negrillas fuera de texto)

En tales condiciones, la disponibilidad se califica como trabajo efectivo, y es ese el tratamiento que se le debe dar en todo sentido, de manera que, si un empleador contrata a un trabajador para que labore la jornada máxima legal, lo obliga a estar a su disposición dentro de dicha jornada³.

De esta manera, el empleador no puede excusar un pago deficitario en que el trabajador no laboró todas las horas ordinarias, porque no le fue asignada una labor o un turno específico dentro de su horario laboral, como quiera que, durante el mismo, el trabajador se encuentra a su disposición. Por tanto, si un trabajador sujeto a un horario de trabajo específico no presta sus servicios dentro del mismo, por razones atribuibles al empleador, conserva el derecho a devengar el salario acordado, según lo dispuesto en el artículo 140 del C.S.T..

La Corte Suprema de Justicia, en un proceso donde se discutía el pago de trabajo suplementario acreditado los días sábados y domingos por parte de un trabajador, por encontrarse a disposición del empleador, señaló:

“...a juicio de la Corte, el simple sometimiento del asalariado de estar a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma

³ Ver sentencia de la Corte Suprema de Justicia, SL5584-2017 y SL4883-2020.



por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada.”

La quinta. En la providencia de la que discrepo se elaboran unos cuadros que muestran a la conclusión a la que quiero llegar, tomemos el ejemplo, en la liquidación que se hace del salario de mayo de 2010 se señala que el “sueldo” del trabajador era la suma de \$409.854,00 - derivados de la suma de \$203.854,00 más \$206.000-, el salario mínimo legal de dicho año era el guarismo de \$515.000,00, de allí que se ha debido condenar por la diferencia, esto es, por el guarismo de \$105.146,00; y, sobre la base de los \$515.000,00 se ha debido liquidar las horas extras y el recargo nocturno. Esto se ha debido de haber hecho en cada mes, de conformidad con los comprobantes de pago que obran en el expediente y así reliquidar las prestaciones sociales, las vacaciones y condenar a la moratoria, por cuanto no se infiere buena fe de la demandada. Pero no se hizo.

Son las razones por las que discrepo de la sentencia. Lo contrario es admitir una finalidad última que está suspendida en el aire y no explica nada de lo que pasó en el proceso, de acuerdo a las pruebas, a la ley y a lo dicho por la jurisprudencia laboral.

Con consideraciones,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and strokes, positioned above the typed name.

GERMÁN VARELA COLLAZOS

Magistrado
Fecha Ut Supra