

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	JORGE LUIS PÉREZ MERA
DEMANDADOS	TREPANDO SAS y NICOLÁS ALJURE ARCILA
PROCEDENCIA	JUZGADO DOCE LABORAL DEL CTO DE CALI
RADICADO	760013105012 202000505 01
SEGUNDA INSTANCIA	APELACIÓN DTE
TEMAS Y SUBTEMAS	Contrato Prestaciones sociales Indemnización despido injusto
DECISIÓN	REVOCA PARCIALMENTE

SENTENCIA No.159

Santiago de Cali, treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022)

En atención a lo previsto en el artículo 15 del decreto 806 del 4 de junio de 2020, una vez discutido y aprobado en la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL el presente asunto, según consta en Acta N° 008 de 2022, se procede a dictar SENTENCIA en orden a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte demandante contra la sentencia No. 310 del 1 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali.

ANTECEDENTES

El señor **JORGE LUIS PÉREZ MERA** presentó demanda ordinaria laboral en contra de **TREPANDO SAS Y NICOLAS ALJURE ARCILA** con el fin de que: 1) se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de agosto de 2009 y hasta el 15 de marzo de 2020, el cual fue terminado sin justa causa, en consecuencia, 2) se condene al pago de \$7.273.006 por indemnización por despido injusto, \$10.420.400 por cesantía, \$13.282.537 por intereses sobre cesantía, \$10.420.400 por prima de servicios y \$5.283.775 por vacaciones; así mismo, 3) se condene al pago de la indemnización por no consignación de cesantía, aportes a seguridad social en pensiones y sanción del artículo 65 del CST.

Igualmente, se presentó demanda de reconvenición por **TREPANDO SAS Y NICOLAS ALJURE ARCILA** contra el señor **JORGE LUIS PÉREZ MERA** con el fin que: 1) se declare que entre TREPANDO SAS y el señor PÉREZ existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de agosto de 2009 hasta el 27 de marzo de 2020 que terminó por abandono del cargo, al ausentarse de su lugar de trabajo sin ninguna justificación y por mala fe al causar daños y perjuicios a la empresa al presentar demanda laboral sin fundamentos facticos, ni jurídicos, en consecuencia, 2) se ordene el pago de la suma de \$8.000.000 por concepto de honorarios profesionales de abogado por la contestación y

reconvencción de la demanda, \$5.000.000 por concepto de tiempo que ha debido emplear el señor en su defensa y el valor de la sanción legal por el abandono del empleado, en el equivalente a los días de salario de preaviso incumplidos y otros daños que resulten probados dentro del proceso, así como los perjuicios que se demuestren en el proceso conforme las facultades *extra y ultra petita*.

Por Auto interlocutorio No. 1206 del 26 de marzo de 2021 (Archivo 13) se dispuso por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Cali inadmitir la contestación de la demanda efectuada por el señor NICOLAS ALJURE ARCILA y se tuvo por contestada la demanda por parte de TREPANDO SAS; así mismo, se admitió la demanda de reconvencción formulada por la sociedad TREPANDO SAS.

El 4 de mayo de 2021 se elevó solicitud de nulidad vía correo electrónico por parte de la apoderada de TREPANDO SAS y el señor NICOLAS ALJURE ARCILA (Archivo 16), de la cual se corrió traslado a la activa por auto interlocutorio No. 1764 del 6 de mayo de 2021 (Archivo 17). La parte demandada se pronunció de la petición de nulidad mediante correo electrónico del 11 de mayo de 2021 (archivo 18).

Mediante Auto interlocutorio No. 2007 del 24 de mayo de 2021 (Archivo 19) se dispuso por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali declarar la ilegalidad de todo lo actuado únicamente respecto del señor NICOLAS ALJURE ARCILA en su calidad de demandado, por no encontrarse acreditada en debida forma la notificación de la demanda, disponiéndose que se surtiera la misma.

Posteriormente, por Auto interlocutorio No. 2649 del 9 de julio de 2021 (archivo 24) se inadmitió la contestación de la demanda por parte del señor NICOLAS ALJURE ARCILA y se admitió la demanda de reconvencción formulada por el mismo. A través de auto interlocutorio No. 2796 del 21 de julio de 2021 (Archivo 27), se tuvo por contestada la demanda por el señor NICOLAS ALJURE ARCILA y la demanda de reconvencción por la parte activa.

En virtud del principio de economía procesal en consonancia con los artículos 279 y 280 de la ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran en los archivos 04 demanda, 10 contestación y demanda de reconvencción TREPANDO SAS, archivo 14 contestación demanda de reconvencción formulada por TREPANDO SAS, archivo 23 contestación señor NICOLAS ALJURE ARCILA, archivo 25 contestación demanda de reconvencción formulada por NICOLAS ALJURE ARCILA y archivo 26 subsanación contestación demandada NICOLAS , contenidos en el expediente digital.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Surtido el trámite de primera instancia, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 310 del 1 de octubre de 2021, declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del señor NICOLAS ALJURE ARCILA y en consecuencia lo absolvió de las pretensiones incoadas en su contra.

Por otra parte, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y TREPANDO SAS, vigente entre el 2 de agosto de 2009 y el 15 de marzo de 2020, condenando a la sociedad accionada a los siguientes conceptos en favor del señor PEREZ MERA por CESANTÍAS, la suma de \$6.020.176, debidamente indexada, y al pago de aportes a seguridad social en salud y pensiones por la vigencia del vínculo laboral, con base en el salario mínimo legal mensual vigente para cada año, con los respectivos intereses moratorios, ante la EPS y el fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el actor.

Declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación respecto de la indemnización por despido injusto, por no consignación de cesantía y por mora en el pago de derechos laborales, y la de pago respecto de los intereses a la cesantía, prima de servicios y vacaciones.

Frente a la demanda de reconvención declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolvió al señor JORGE LUIS PÉREZ MERA de las pretensiones incoadas en su contra por TREPANDO SAS y NICOLAS ALJURE ARCILA.

Emitió condena en costas a cargo de TREPANDO SAS y en favor del demandante, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a TRES (3) SMLMV.

Como argumento de su decisión indicó el *A quo* que la pasiva aceptó expresamente la prestación personal del servicio por parte del demandante a TREPANDO SAS por el periodo comprendido entre el 2 de agosto de 2009 y el 15 de marzo de 2020, motivo este por el cual, en atención a la presunción del artículo 24 CST, declara probada la existencia de un vínculo laboral bajo la modalidad de contrato a término indefinido. Indica que no se acreditó relación de trabajo con el señor NICOLAS ALJURE ARCILA.

Sostuvo que, pese a que la sociedad demandada conocía la existencia de un contrato de trabajo con el demandante, porque había una prestación personal del servicio subordinada y remunerada, no efectuó la afiliación respectiva al sistema de seguridad social en salud, ni pensiones. Expone que el reconocimiento de estos aportes es un derecho irrenunciable e imprescriptible. Accede a la condena por este concepto destacando que no podía la sociedad TREPANDO SAS sustraerse de su obligación de afiliar y pagar aportes, bajo la excusa de que le estaba entregando de manera directa el dinero por este importe al trabajador, pues los aportes de la seguridad social tienen destinación específica. Explica que no se accede a la condena por los aportes en riesgos laborales en tanto que no habría ningún tipo de cobertura.

Seguidamente expone que se acreditó en el *sub-lite* que el actor laboraba en un horario de 5:00 o 5:30 a 10:30 u 11:00 pm, es decir, alrededor de 5.5 horas diarias, esto es, por debajo de la jornada legal diaria de 8 horas, por lo que, al no laborar la jornada completa, su salario se determinó proporcionalmente a las horas efectivamente laboradas respecto del SMLMV. Refirió que para calcular el salario del trabajador tomó el valor de la hora del SMLMV la multiplicó por el tiempo laborado por el accionante, agregándole lo correspondiente por recargo nocturno, al trabajar más allá de las 9 de la noche y el auxilio de transporte.

Efectuados los cálculos correspondientes indicó que, el valor del día de trabajo, más lo que correspondía por ese día a las prestaciones sociales y vacaciones, arroja para el año 2020 la suma de \$31.508, y encontrando acreditado que al señor PÉREZ MERA le pagaban \$32.704, lleva a concluir que realmente la accionada sí realizaba el pago de todas las acreencias que le correspondían al trabajador. Pese a lo anterior, enseña que conforme lo dispuesto en el artículo 254 CST, está prohibido expresamente el pago directo del auxilio de cesantía al trabajador, y la consecuencia de haberlo hecho, es perder las sumas pagadas por ese concepto, razón esta por la que emite condena por cesantías. Exonera al demandado de la sanción por no consignación de cesantías, señalando que la única consecuencia del pago directo de las mismas es que se vuelva a pagar la suma que de manera irregular se reconoció al trabajador, en atención a que en virtud del principio de *non bis in idem*, no es dable sancionar dos veces por la misma razón.

En cuanto a la sanción por no pagar oportunamente salarios y prestaciones sociales, prevista en el artículo 65 CST, indica que no es procedente pues se acreditó que el empleador efectuaba diariamente su pago, resaltando que nada prohíbe que se paguen las prestaciones sociales y vacaciones al trabajador diariamente.

Sobre el despido expuso que, no se probó de manera clara que al señor Jorge Luis Pérez Mera le hubiere sido terminado su contrato de trabajo, quedando establecido que el 15 de marzo de 2020, en razón de la pandemia, se les indicó que no era posible prestar el servicio de manera directa cómo lo estaban haciendo, pero nunca se demostró que le hubieran dicho al demandante que no volviera a trabajar, o que se le terminaba su contrato o en su defecto que este se hubiere presentado a ejecutar su labor y se le haya impedido hacer su gestión.

En cuanto a la demanda de reconvención reitera que, en el plenario no se acreditó que las partes de manera independiente hubieren dado por terminado el contrato de trabajo, por lo que considera, no se puede endilgar al actor el abandono del cargo, más aún cuando no se mostró por la pasiva que hubiere efectuado requerimientos para consolidar dicha causal. Expone que tampoco se probó un actuar irregular del trabajador respecto de cobros sin factura a los clientes, indicando que el empleador en el evento de tener este hecho como justificante del despido, ha debido llamar al señor PÉREZ MERA a rendir la correspondiente diligencia de descargos y terminar el contrato por este motivo. Agrega además que los hechos relacionados con las facturas acaecieron en el año 2015 y el contrato finiquitó en el año 2020.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la PARTE DEMANDANTE interpone recurso de apelación en los siguientes términos:

Refiere no estar de acuerdo con la declaratoria de la falta de legitimación en la causa por pasiva del señor NICOLÁS ALJURE ARCILA, pues este en la contestación de la demanda y en la demanda de reconvención, aceptó la existencia de un contrato de trabajo con el demandante, tanto que, incluso el citado demandado pide en su reconvención que se le indemnice por perjuicios por abandono de cargo por parte del señor PÉREZ MERA, aspecto que no habría de darse si en realidad no tiene un trabajador, reclamando, entonces, revocar la declaratoria como probada de la citada excepción, para condenar de todas las pretensiones al demandado en comentario.

En punto de las prestaciones sociales, sostuvo además que no existió pacto entre las partes (empleador y trabajador) en el cual se acordara el pago diario de las prestaciones sociales, pues lo que se acreditó fue que a partir del año 2018 se empezó a hacer un recibo por el valor que le pagaban diariamente al demandante, en el que se incluían los rubros de prestaciones sociales, cuando la realidad era que la remuneración diaria era simplemente el salario pagado al trabajador, solicitando se condene por tales conceptos.

Expone que el *a quo* hace un cálculo de todos los días trabajados por 5.5 horas, sin tener certeza si para todos los días desde el 2009 hasta el 2020 el demandante laboró en esa jornada, más aún cuando los testigos refirieron que no había hora de salida, que podía ser a las 10:30 como las 11:30 pm, incluso más tarde, dependiendo de la temporada y la cantidad de trabajo, motivos por los cuales pone sobre la mesa que se de prelación a la realidad, por cuanto los recibos que le hacían firmar al demandante, simplemente eran para hacer ver el pago diario, y al no suscribirlo, no le pagaban.

Respecto a la indemnización por despido sin justa causa, manifiesta que resulta extraño manifestar que ninguna de las dos (2) partes termina el contrato de trabajo cuando están definidos los extremos temporales, en consecuencia, que, al haberse fijado una fecha de terminación, es carga del empleador probar que dicho finiquito fue por justa causa, en el evento de pretender exonerarse del pago de la indemnización. Expone que, tal como lo expuso la juez de primera instancia, el empleador no pasó ninguna comunicación, no se le hizo ninguna manifestación sobre la terminación del contrato de trabajo y lo único que sucedió fue que el 15 de marzo del 2020 los demandados le manifestaron al demandante que no volviera a trabajar porque no podían abrir los restaurantes.

En consecuencia, solicitó la revocatoria de los puntos planteados, y condenar a TREPANDO SAS y NICOLAS ALJURE ARCILA por todas las prestaciones y la declaratoria del contrato de trabajo, la inexistencia de acuerdo para el pago diario de cesantías, primas de servicios y vacaciones, enfatizando frente a estas últimas que no había solicitud del trabajador para compensarlas en dinero, y la procedencia de la indemnización por despido injusto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto del 09 de febrero de 2022, se dispuso el traslado para alegatos a las partes, habiendo presentado en término el apoderado de la parte DEMANDANTE, los que pueden ser consultados en el archivo 05 del expediente digital, y a los cuales se da respuesta en el contexto de la providencia.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico en el presente asunto se circunscribe a establecer en primer lugar, si se acredita en el plenario la existencia de una relación laboral entre el señor JORGE LUIS PÉREZ MERA y el señor NICOLAS ALJURE ARCILA; en consecuencia, si debe condenarse igualmente a éste, al pago de las pretensiones que salieron adelante.

Dilucidado lo anterior, habrá de estudiarse si se encuentra acreditado en el plenario el pago de prestaciones sociales y vacaciones, o, por el contrario, el valor que se adujo como pago integral, únicamente correspondía al salario ordinario devengado por el trabajador. Igualmente se esclarecerá si se probó que el señor JORGE LUIS PÉREZ MERA laborara en una jornada distinta a la establecida por el *a quo* correspondiente a 5.5 horas diarias.

Finalmente, se analizará si la terminación del contrato del demandante obedeció a un despido sin justa causa, en consecuencia, es procedente el reconocimiento de indemnización por despido injusto.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero reseñar que en atención a lo normado en el artículo 66A CPT y SS, la decisión de esta instancia se circunscribe a los asuntos materia del recurso de apelación, restricción a la competencia funcional del fallador de segundo grado, que impone el deber de decidir estrictamente dentro del marco fijado en la alzada (SL 2808-2018), con la salvedad hecha para los derechos laborales mínimos e irrenunciables del trabajador (SL8613-2017 y SL12869-2017), según lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-968 de 2003

Se tiene como supuestos de hecho debidamente comprobados en esta litis lo siguiente:

i. Según lo invocado en la demanda (hecho primero fl. 1 archivo 04), y aceptado en la contestación (numeral primero del escrito de contestación de TREPANDO SAS, fl 3 archivo 10), entre el demandante, señor JORGE LUIS PÉREZ MERA y TREPANDO SAS existió un vínculo laboral que estuvo vigente entre el 2 de agosto de 2009 y el 15 de marzo de 2020 (fl. 1 archivo 03).

ii. El 15 de marzo de 2020 se le indicó al demandante la suspensión de labores de todos los meseros a causa de la declaratoria de calamidad pública decretada por la Gobernadora del Valle del Cauca mediante decreto número 1-3-30675 del 16 de marzo de 2020 en la que se ordenaba la suspensión de atención al público en establecimientos gastronómicos.

iii. Según lo invocado en la demanda (hecho tercero, fl. 1 archivo 04) y aceptado en la contestación (numeral tercero contestación de TREPANDO SAS, fl. 3 archivo 10), lo pagado al actor correspondía a \$32.704 diarios, los cuales comprendían horas extras diarias trabajadas y prestaciones sociales diarias liquidadas, conforme el salario mínimo legal mensual vigente, de lo que dan cuenta igualmente los desprendibles de pago a folios 6-160 archivo 03 y 20-34 archivo 10).

DEL CONTRATO DE TRABAJO

Aduce el recurrente activo que en el plenario se aceptó por parte del señor NICOLAS ALJURE ARCILA la existencia de un vínculo de carácter laboral con el demandante por el periodo comprendido entre el 2 de agosto de 2009 y el 15 de marzo de 2020.

Al remitirnos al material probatorio obrante en el plenario se observa lo siguiente:

Constancia laboral suscrita por el señor NICOLAS ALJURE ARCILA en calidad de representante legal de TREPANDO SAS, de fecha 13 de marzo de 2020 (fl. 5 anexo 3), que da cuenta de la prestación de servicios por parte del demandante a la sociedad en mención como mesero, desde el año 2008.

Certificado de existencia y representación legal de la sociedad TREPANDO SAS, expedido por la Cámara de Comercio de Cali (fls. 161- archivo 03), en el que se constata que el señor NICOLAS ALJURE ARCILA ostenta la calidad de Gerente.

En la contestación al hecho primero de la demanda efectuada por el señor NICOLAS ALJURE ARCILA (fl. 3 archivo 25), este manifestó:

“Es cierto. Aclaro que el señor JORGE LUIS PÉREZ MERA laboró para la empresa TREPANDO SAS para sus restaurantes CLOWNS DELI desempeñándose en el cargo de mesero mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 2 de agosto de 2009 hasta el 15 de marzo de 2020, fecha en que el trabajador dejó de asistir a su trabajo sin dar ninguna justificación. Aclaró que el trabajador inicialmente recibía órdenes del señor MIGUEL ANTONIO BARJUN hasta su fallecimiento el día 28 de marzo de 2017. A partir de esa fecha el trabajador continuo bajo las órdenes del señor NICOLAS ALJURE ARCILA representante legal de la sociedad TREPANDO SAS...”

Por su parte, en el hecho primero de la demanda de reconvención se dijo (fl. 40 archivo 25):

“el señor JORGE LUIS PÉREZ MERA laboró para la empresa TREPANDO SAS sociedad con domicilio en esta ciudad, mediante contrato a término indefinido suscrito el día 2 de agosto de 2009 hasta el 27 de marzo de 2020...”

Asimismo, se incluyó como pretensión de la demanda de reconvención (Fl. 42 archivo 25):

“Que entre la sociedad TREPANDO SAS (...) representada legalmente por el señor NICOLAS ALJURE ARCILA (...) y el señor JORGE LUIS PÉREZ MERA (...) existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el día 2 de agosto de 2009 hasta el 27 de marzo de 2020...”

Se precisa que al rendir interrogatorio de parte el señor NICOLAS ALJURE ARCILA (Min. 25:00 a 55:10 Archivo 31GrabacionAudiencia), aceptó que el demandante laboró para TREPANDO SAS desde el 2 de agosto de 2009 hasta el 27 de marzo de 2020. Aspecto que corroboraron los testigos Rosalba Viafara Ceballos -Contadora- (Min. 24:08 a 35:37 archivo

36GrabacionAudienciaTramiteJuzg) y Sonia Esperanza Alvear -Administradora- (Min. 36:16 a 54:23 archivo 36GrabacionAudienciaTramiteJuzg).

De lo anterior no se puede deducir como lo pretende el recurrente activo, que el señor NICOLAS ALJURE ARCILA confesare la existencia de un vínculo laboral con el señor JORGE LUIS PÉREZ MERA, pues lo cierto es que el demandado en todo momento manifestó que la relación de trabajo del accionante lo era con la sociedad TREPANDO SAS, empresa en la que el señor ALJURE ARCILA ostenta la calidad de gerente o representante legal, sin que al plenario se allegara prueba alguna que diera cuenta de la prestación personal del servicio por parte del señor PÉREZ en favor del señor NICOLAS ALJURE ARCILA, para activar la presunción instituida en el artículo 24 CST, pues todo el material probatorio da cuenta que el señor ALJURE ARCILA durante el tiempo que el accionante se desempeñó como mesero en los establecimientos de comercio de TREPANDO SAS, actuó como representante legal y no como persona natural.

Adicionalmente, se desprende que la pretensión del accionante para que se declare la relación laboral con el señor ALJURE ARCILA corresponde al mismo interregno respecto de la petición frente a la empresa TREPANDO SAS, y bajo idénticos términos de modo, tiempo y lugar, sin que pueda esta Sala aceptar el hecho que por una misma labor, desempeñada en las mismas instalaciones e igual jornada se declare la existencia de dos contratos de trabajo, pues no configura este supuesto instituciones como la coexistencia de contratos (Art. 26 CST) o la concurrencia de contratos (Artículo 25 del CST), únicas permitidas por la ley sustantiva laboral.

DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

Frente a este aspecto adujo el recurrente que no era cierto que el valor cancelado diariamente al trabajador correspondiera a factor distintos al salario ordinario, pues nunca se pactó entre las partes que lo pagado diariamente incluyera **prestaciones sociales y vacaciones**.

Pues bien, el numeral primero del artículo 132 del CST establece que *“el empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc, pero siempre respetando el salario mínimo o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales”*.

Por su parte, el numeral segundo del canon en mención señala que, *“cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministro en especie; y en general las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones”*.

De lo anterior se desprende que en efecto el empleador y el trabajador puede pactar la modalidad conforme a la cual se pagare la retribución del servicio, pero el acuerdo para incluir además del salario que retribuya la asignación ordinaria, todas las acreencias laborales que correspondan al trabajador, exceptuando las vacaciones, solo procede cuando el empleado devengue un salario superior a DIEZ (10) SMLMV, pues de lo contrario no tiene validez, además que debe constar por escrito.

En el caso de autos se tiene que al señor JORGE LUIS PÉREZ MERA se le pagaba una liquidación diaria en la que se afirma se incluía el valor de las horas trabajadas, recargo nocturno, prestaciones sociales y vacaciones, conforme se extrae de los desprendibles de pago aportados al plenario (folios 6-83 archivo 03), correspondientes a los años 2018 a 2020.

De conformidad con lo expuesto en precedencia habrá de señalarse en primer término, que no se acreditó en el plenario que entre las partes se haya pactado una modalidad específica de remuneración, tal como se indicó en el recurso de apelación.

Adicionalmente, en gracia de discusión, de tenerse como en efecto pactado por las partes aquel salario que retribuía no solo el trabajo ordinario sino también las prestaciones sociales, es preciso indicar que el mismo no tendría validez, pues de acuerdo con el numeral segundo del artículo 132 CST, tal estipulación únicamente es procedente en caso de personas que tengan una remuneración que supere los diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, situación que claramente no se da en el *sub lite*, y además dentro de este tipo de pactos, no es dable incluir las vacaciones.

Así las cosas, habrá de entenderse que lo pagado mensualmente al demandante únicamente retribuía su trabajo ordinario y no acreencia adicional alguna. En consecuencia, no puede entenderse que en efecto al señor PÉREZ MERA le fueron pagadas la prima de servicios, intereses de cesantía y vacaciones con los pagos diarios que se le efectuaban, por lo que se accederá a su reconocimiento en esta sede judicial.

DEL HORARIO DE TRABAJO

Previo a liquidar lo correspondiente a las primas de servicios, intereses sobre cesantía y vacaciones a las que le asiste derecho al accionante, se precisa en lo referente a las horas diarias laboradas por el señor JORGE LUIS PÉREZ MERA que dentro de las pruebas aportadas al plenario no se acreditó que el demandante hubiere laborado en una jornada distinta a la fijada por la juez de primera instancia como lo pretende el recurrente activo.

Al respecto refirió la testigo Rosalba Viafara Ceballos (Min. 24:08 a 35:37 archivo 36GrabacionAudienciaTramiteJuzg), contadora de la empresa TREPANDO SAS, que el horario en que laboraba el demandante iba de 5:30 a 10:30 pm; por su parte la señora Sonia Esperanza Alvear (Min. 36:16 a 54:23 archivo 36GrabacionAudienciaTramiteJuzg), dijo que la jornada laboral en el restaurante iba de las 5:30 a las 10:30 pm y en ocasiones salían a las 11:30 pm; así mismo, el joven Brayan Andrés Rodríguez Trochez (Min. 58:30 a 01:08:04 Archivo 36GrabacionAudienciaTramiteJuzg), quien laboró igualmente en Clowns, establecimiento de propiedad de la sociedad accionada, refirió que el horario de trabajo iba de las 5 pm a las 10:00 u 11:00 pm.

Lo anterior denota que en efecto el horario fijado por la juez de primera instancia fue el que de manera unánime refirieron los testigos ejecutaba su labor el señor JORGE LUIS PÉREZ MERA, que iba de las 5:30 a 10:30 pm y eventualmente a las 11:30 pm, sin que existan elementos con los que se pueda establecer cuáles eran los días en que el horario se extendía hasta las 11:30 de la noche, ni mucho menos determinar para el interregno de 2009 a 2020, periodo durante el cual estuvo vigente el vínculo laboral, existió un horario distinto al señalado.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Así las cosas, procediendo al cálculo de la prima de servicio, intereses sobre cesantía y vacaciones es preciso estudiar inicialmente si respecto de estas acreencias operó el fenómeno de la prescripción, excepción propuesta en la contestación de la demanda por parte de TREPANDO SAS.

Así las cosas, se tiene que el vínculo laboral entre el demandante y TREPANDO SAS, conforme se fijó en sede de primera instancia, finalizó el 15 de marzo de 2020, habiéndose interpuesto la demanda el 12 de noviembre de 2020, según se desprende del acta de reparto

visible en el archivo 05 del expediente digital. En este orden de ideas, en atención a lo dispuesto en los artículos 488 CST y 151 del CPT y SS, se encuentran afectadas por el fenómeno extintivo, las primas e intereses causados con anterioridad al 12 de noviembre de 2017, y las vacaciones consolidadas con anterioridad al 12 de noviembre de 2016, dada su causación por año cumplido.

DEL CALCULO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES

El salario que se tendrá en cuenta para las operaciones aritméticas será el fijado por la juez de primera instancia, atendiendo que no se acreditó una jornada distinta a la que fue tenida en cuenta por esta para fijar la cuantía de la remuneración, y este supuesto no fue objeto de inconformidad por ninguna de las partes, pues el recurrente activo únicamente presentó inconformidad por el hecho que no se condenara a la demandada al pago de las primas de servicios, intereses a las cesantías y vacaciones, pues incluso no hace referencia al monto que se le reconoció por concepto de auxilio de cesantía.

De conformidad con lo anterior, se realizó el cálculo de las prestaciones aludidas, obteniendo las siguientes sumas:

INTERESES A LAS CESANTÍAS:

DESDE	HASTA	SALARIO BASE	DÍAS TRABAJADOS	CESANTÍAS	INTERESES CESANTÍAS
12/11/2017	31/12/2017	\$ 641.961	49,00	\$ 87.378	\$ 1.427,17
1/01/2018	31/12/2018	\$ 680.002	360,00	\$ 680.002	\$ 81.600,24
1/01/2019	31/12/2019	\$ 724.330	360,00	\$ 724.330	\$ 86.919,60
1/01/2020	15/03/2020	\$ 767.790	74,00	\$ 157.824	\$ 3.892,98
TOTALES CESANTÍAS E INTERESES DE CESANTÍA				\$ 1.649.534	\$ 173.839,99

PRIMA DE SERVICIOS

DESDE	HASTA	SALARIO BASE	DÍAS TRABAJADOS	PRIMA SERVICIO 1 SEMESTRE	PRIMA SERVICIO 2 SEMESTRE
12/11/2017	31/12/2017	\$ 641.961	49,00	\$ -	\$ 87.378,03
1/01/2018	31/12/2018	\$ 680.002	360,00	\$ 340.001,00	\$ 340.001,00
1/01/2019	31/12/2019	\$ 724.330	360,00	\$ 362.165,00	\$ 362.165,00
1/01/2020	15/03/2020	\$ 767.790	74,00	\$ 157.823,50	\$ -
TOTALES PRIMA DE SERVICIO				\$ 859.989,50	\$ 789.544,03

VACACIONES:

DESDE	HASTA	SALARIO BASE	DIAS TRABAJADOS	VACACIONES
12/11/2017	31/12/2017	\$ 641.961	49,00	\$ 43.689,01
1/01/2018	31/12/2018	\$ 680.002	360,00	\$ 340.001,00
1/01/2019	31/12/2019	\$ 724.330	360,00	\$ 362.165,00
1/01/2020	15/03/2020	\$ 767.790	74,00	\$ 78.911,75
TOTAL VACACIONES				\$ 824.766,76

TOTALES:

CONCEPTO	VALOR
INTERESES DE CESANTÍA	\$ 173.839,99

PRIMA DE SERVICIO	\$ 1.649.533,53
VACACIONES	\$ 824.766,76
TOTAL	\$ 2.648.140,28

Atendiendo el fenómeno de la devaluación de la moneda las sumas anteriores serán reconocidas con la indexación correspondientes, desde su causación y hasta la fecha efectiva de pago.

DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO

En lo relativo a este emolumento, se debe indicar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, reiterada en sentencia SL-11156 del 26 de julio de 2017, ha señalado que al trabajador demandante sólo le basta demostrar el hecho del despido; y por su parte al empleador demandado, que aspire a salir avante ante la declaración y/o condena pretendida por su antiguo trabajador, le corresponde 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.

La misma Corporación, entre otras, en sentencia No. 34066 del 19 de mayo de 2009, ha establecido que es obligación del empleador informar al trabajador el motivo o causal concreta de despido, para que este último pueda ejercer su derecho de defensa en debida forma, sin que posteriormente se pueda invocar una causal distinta a la manifestada al subordinado.

En el caso bajo estudio el demandante aduce que fue despedido por el empleador el 15 de marzo de 2020, sin que mediara justa causa ni se le entregara la carta de despido, sino que simplemente se le informó que no se presentara a prestar su servicio; por su parte la pasiva aduce que no despidió al trabajador, sino que debido a la pandemia se suspendió el servicio del restaurante en el local, por lo que se le dijo a los meseros que debían esperar como avanzaban las cosas, y posteriormente se les citó para reubicarlos en diferentes puestos dentro del establecimiento, reunión a la que no asistió el accionante, sin que inclusive con posterioridad a esta, el accionante volviera a presentarse a su lugar de trabajo.

En sede de primera instancia se recibieron las siguientes declaraciones de las que se resalta, para lo que interesa al asunto, lo siguiente:

La señora Rosalba Viafara Ceballos (Min. 24:08 a 35:37 archivo 36GrabacionAudienciaTramiteJuzg), contadora de la empresa TREPANDO SAS, sostuvo que el demandante dejó de ir al restaurante debido a la pandemia, pues se suspendió el servicio a la mesa. Afirmó que al accionante y otros trabajadores los llamaron para una reunión en la terraza del museo La Tertulia, por parte de la empresa demandada, para hablarles del tema, acerca de cómo se iba a continuar trabajando, pero el señor PÉREZ no asistió.

La señora Sonia Esperanza Alvear (Min. 36:16 a 54:23 archivo 36GrabacionAudienciaTramiteJuzg), Administradora para TREPANDO SAS desde hace 17 años, indicó que conoció al demandante porque laboró en dicha empresa desde el 2 de agosto de 2009 hasta el 15 de marzo de 2020, señalando que el actor se retiró por su voluntad, luego de la pandemia. Reveló que en virtud de la pandemia se ordenó por el Gobierno la suspensión de servicio a la mesa en los restaurantes, por lo que la sociedad accionada les indicó a los meseros, entre ellos, al señor Pérez, que no acudieran a prestar ese servicio, citándolos posteriormente a una reunión, a través de mensaje y llamada, en la que se pretendía vincularlos a otra labor, pero el actor no asistió. Señaló que para marzo de 2020 el señor Nicolas le envió al señor Pérez un documento para poder transitar, pero el actor nunca se

presentó. Refiere que al actor se le iba a asignar como mensajero porque tenía moto, pero nunca respondió el llamado.

El señor Brayan Andrés Rodríguez Trochez (Min. 58:30 a 01:08:04 Archivo 36GrabacionAudienciaTramiteJuzg), indica que fue trabajador de TREPANDO SAS del 2018 hasta inicios de 2020 y que por eso conoce al accionante, pues éste también laboraba para dicha sociedad como mesero, cumpliendo un horario de 5:00 pm hasta las 10:00 u 11:00 pm. Sostuvo que el demandante laboró para TREPANDO hasta tiempo después que empezara la pandemia. Dijo que el señor Nicolas los citó para una reunión a la cual sólo asistieron el testigo y dos personas más a quienes identificó como Adriana y Duver, pero no se presentó el actor; manifiesta que en esa reunión se manifestó que el servicio a la mesa iba a estar suspendido por un tiempo, pero que les iban a buscar otras opciones, como por ejemplo domicilios.

De lo anterior, no se puede deducir como lo pretende el recurrente activo que la terminación del contrato a partir del 15 de marzo de 2020 obedeció a la decisión unilateral de la sociedad TREPANDO SAS, pues no hay evidencia que tal situación se hubiere dado; inferencia a la que se llega con las deponencias antes enunciadas, en las que se informa que debido a la pandemia se indicó a los trabajadores, entre otros, al señor JORGE LUIS PÉREZ MERA, que no se podía continuar prestando el servicio de restaurante a la mesa, aspecto que fue de público conocimiento, por lo que el demandante permaneció durante unos días en su casa, y luego fue citado por el empleador, para concretar la forma como se continuaría laborando, hecho que fue corroborado por la administradora y el señor Brayan Andrés Rodríguez, ex compañero del accionante, cita a la que el señor PÉREZ no asistió; y en aquella reunión se puso de presente las opciones de reubicación que se tenía para que aquellos que se desempeñaban como meseros, pudieran continuar prestando sus servicios a la empresa, según los dichos del testigo Rodríguez, quien estuvo presente ese día.

En este orden de ideas no puede llegarse a una conclusión distinta al hecho que se desconoce, conforme las pruebas allegadas al proceso, cómo se dio el finiquito del contrato entre las partes, pues no se corrobora que hubiere obedecido a una decisión unilateral del empleador, pero tampoco se puede aludir a un abandono del cargo por parte del señor JORGE LUIS PÉREZ MERA, pues lo cierto es que lo que sale a relucir es que por la pandemia no se siguió prestando servicio a la mesa, el empleador dio la directriz a los meseros de que no se presentaran a laborar, luego los convocó a una reunión para acordar la forma como se continuaría prestando el servicio, citación a la que no asistió el demandante.

Conforme lo anterior, al no haberse acreditado el hecho del despido habrá de despacharse desfavorablemente la pretensión de indemnización por despido injusto, confirmándose lo resuelto en primera instancia.

Corolario, se revocará el numeral cuarto que declaró probada la excepción de pago en favor de la sociedad TREPANDO SAS respecto de los rubros denominados intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones; para en su lugar ordenar su pago en los montos definidos anteladamente, debidamente indexados. Por lo demás habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia. Sin costas en esta instancia por haber sido resuelto parcialmente favorable el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante.

Sin que sean necesarias más consideraciones, la Sala Primera 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 el numeral cuarto de la sentencia No. 310 del 1 de octubre de 2021, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali y en su lugar:

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa TREPANDO SAS a reconocer y pagar al señor JORGE LUIS PÉREZ MERA las siguientes sumas de dinero debidamente indexadas:

CONCEPTO	VALOR
INTERESES DE CESANTÍA	\$ 173.839,99
PRIMA DE SERVICIO	\$ 1.649.533,53
VACACIONES	\$ 824.766,76
TOTAL	\$ 2.648.140,28

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

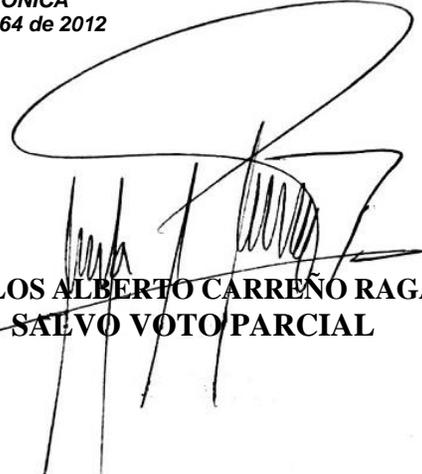
MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA
SE SUSCRIBE CON FIRMA ELECTRONICA
Ley 527 de 1999, artículo 7º. Decreto 2364 de 2012

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

03



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
SAEVO VOTO PARCIAL



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Importa precisar para los efectos de esta disidencia que, se signa la providencia en estudio respecto de la materia de la sentencia, advirtiendo no haberse examinado lo referente a las otras materias objeto de apelación.

Punto en el que se hace menester significar que en el recurso en varias ocasiones se alude al reproche de todas las pretensiones, situación que se considera cubre todas las pretensiones que no fueron materia de condena, particularmente la que fue materia de la declaratoria de inexistencia, vale decir, por mora en el pago de derechos laborales.

Para ese efecto sirve ponderar que la insatisfacción de las prestaciones sociales obedeció a una clara ilegalidad, tal cual se determinó en las consideraciones presentadas para su condena, pretender pagar esos derechos de manera inmediata y asociados al laboreo diario, contrariedad suma frente a la ley, pues esta ordena de manera clara y pacífica todo lo contrario, su cancelación generalmente a la terminación del convenio laboral y excepcionalmente en eventos previamente determinados por el legislador, de ahí que ni el acuerdo de las partes, ni menos, unilateralmente, se puede variar esa regla, lo que se aleja del concepto de la buena fe, sin que en esa ilicitud el comportamiento silente del trabajador mengue su derecho a recibir las prestaciones sociales en tiempos de ley.

En consecuencia, se debió condenar a la pretensión apelada, anotando que no impide esta condena el hecho de haberse indexado en la providencia el importe correspondiente a lo no cancelado, pues este no se pidió y ante el reconocimiento de la indemnización correspondiente lo que procede es proceder dejar sin efecto la indexación.

El Magistrado,

CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firmado Por:

**Maria Nancy Garcia Garcia
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 010 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **fd70433a6c3418aa9f617ad8c0a75a8270f07c1f34cc859416fc59143d38c0b3**

Documento generado en 29/06/2022 03:03:08 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>