El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

***ORALIDAD***

***Providencia****: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 9 de marzo de 2017.*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral – Revoca decisión del a quo y accede a las pretensiones de la demanda*

***Radicación No****:**66001-31-05-002-2014-00539-01*

***Demandante****: Raúl Mejía.*

***Demandado:*** *Seguridad Atlas Ltda.*

***Juzgado de origen****: Segundo Laboral del Circuito de Pereira.*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar:* IUS VARIANDI:** Se desprende del poder derivado de la subordinación que puede ejercer el empleador, traducido en poder disponer el traslado del operario de su puesto de trabajo, sin perder de vista que el precepto 23-2 del C.L., supedita tal actuar patronal, a que no se afecte, el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.  **PRUEBA DE TRABAJO SUPLEMENTARIO:** En lo que tiene que ver con el trabajo suplementario, recargos nocturnos, y labores en dominicales y festivos, es de puntualizar, que el rigorismo enseñado por el órgano de cierre de la especialidad laboral, en materia de su comprobación judicial, no se puede llevar a tal extremo, al punto que resulte inane cualquier esfuerzo del trabajador, tendiente a traerle al juez la prueba que da cuenta de sus afirmaciones acerca de que laboró en esos tramos que, indudablemente, rebasarían los máximos ordinarios señalados por el legislador. Esa comprobación, bien puede lograrse con el simple cotejo de los documentos de pagos y, las versiones atinentes a: *(i)* la existencia de turnos, rotativos y sucesivos, si fuere el caso y, *(ii)* las jornadas y horarios, en que se cumplían tales turnos.

En Pereira, hoy nueve (9) de marzo de dos mil diecisiete (2017), siendo las siete y treinta de la mañana (7.30 a.m.) las magistradas y el magistrado Ponente de la Sala de Decisión No. 3 de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, declaran formalmente abierto el acto, para desatar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, en contra de la sentencia proferida el 29 de enero de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, Risaralda dentro del proceso ordinario promovido por Raúl Mejía contra Seguridad Atlas Ltda.

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

**I- *INTRODUCCIÓN***

Antes de los alegatos de instancia, se anticipan los pormenores del litigio. Pretende la parte actora, tras subsanar el libelo inicial (fl. 130), que la empresa Seguridad Atlas Ltda., *(i)* incurrió en despido injusto, por lo que pide la condena de indemnización por dicho concepto; *(ii)* que la jornada laboral excedió el límite máximo, de lo que deriva su consecuencia de que se ordene el pago de horas extras, recargos nocturnos dominicales, festivos, nocturnos; *(iii)* reliquidación de las prestaciones sociales definitivas; *(iv)* indemnización moratoria; *(v)* deducciones sin su consentimiento, por lo que pide la devolución de dicho valor de los cursos de capacitación, con indexación; y *(vi)* costas.

Como puntales fácticos de dichas súplicas, aduce que éstas descansan en el contrato de trabajo que los uniera desde el 9 de septiembre de 2009, en el cargo de guarda de seguridad en las instalaciones del cliente Telecom, por el tiempo que durara la realización de la obra o labor contratada; que mediante misiva del 26 de agosto de 2013, se le comunicó su traslado a La Dorada, a partir del 1 de septiembre siguiente, pese a que residía con su familia en Manizales, donde había adquirido, recientemente, una vivienda mediante un préstamo, por lo que dejó expresa constancia de su desacuerdo de su traslado, que reiteró en carta del 30 de agosto de 2013, pues, la empresa omitió la referencia de los gastos que generan, aunque el demandante había manifestado su intención de trasladarse.

Alude que los días 3, 4 y 5 de septiembre, recibió memorandos internos, en los cuales, la empresa le insistió acerca de la decisión de su traslado, mismos días en que el actor hizo presencia en su puesto habitual de trabajo, el cual se hallaba cubierto por otro vigilante, lo que le impidió la realización sus labores, dejando constancia en la bitácora, con su respectiva oposición. Afirma, que el doce (12) siguiente, se le informa, por escrito, la decisión unilateral de dar por terminado el contrato de trabajo, decisión que, el 16 de septiembre, mantuvo ante los recursos interpuestos por el trabajador.

Dice, que laboró por turnos, así: dos días (12 horas), dos noches (12 horas) y dos días libres, así sucesivamente; calcula que si se suman las horas laboradas en un lapso de 3 semanas, se excedería el máximo legal de 48 horas semanales.

La demandada, se opuso a las pretensiones. Replicó a los hechos acerca de las certeza sobre las comunicaciones de traslado a La Dorada, así como de las manifestaciones del actor al respecto, en cuanto a los compromisos de la empresa replicó que en la agenda de reuniones quedó consignada la manifestación del trabajador, sobre su disposición a cualquier traslado; negó que no estuviera presta a pagar el trasteo, previa la respectiva cotización, pero, que el trasteo nunca se realizó; replicó que Mejía no se presentó a trabajar el 2, 3 y 4 de septiembre, siendo debidamente notificado para laborar en el turno 07-19 en Telefónica Movistar, en la Dorada; que la programación de turnos era combinada, unos días de doce horas y otras de ocho, sin que por este y los demás conceptos adeude suma alguna al trabajador. Propuso las excepciones de: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa, compensación, buena fe y prescripción y genérica (fls. 206 a 218 cdo. 2).

La sentenciadora de primer grado negó las pretensiones. En apoyo de tal determinación adujo que la entidad demandada cumplió con la carga de brindarle las garantías solicitadas por el demandante, en orden a hacer efectivo su traslado de labores de Manizales a La Dorada, conforme lo relató la declaración de Jenny Patricia Montes Saa, quien aportó la respuesta en la que se accedió el otorgamiento de un plazo para dicho traslado, señalándole que entretando, se debía presentar en el centro de experiencia de Telecom, Manizales, orden que no cumplió conforme a su confesión vertida en interrogatorio de parte, pues, se presentó en el puesto inicial que ya se encontraba ocupado por otra persona, la cual había sido traslada de La Dorada a Manizales, por lo que entonces, lo acreditado fue que el actor incumplió lo acordado con su empleadora, y negó, por ende, la indemnización por despido injusto.

Igualmente, negó el reclamo por trabajo en tiempo suplementario, recargos, etc., dado que no fue acreditado con las declaraciones recaudadas en el proceso, siendo de su cargo la comprobación fidedigna, sin que valgan suposiciones con arreglo a citas jurisprudenciales que trajo al efecto.

Inconforme con la decisión, se alzó el demandante, cuestionando la negativa de la indemnización por despido injusto, en qué no quedó demostrado que al demandante, se le hubiera dado la oportunidad de mantenerse en el puesto de Movistar centro de experiencia; y que si se reparan los cuadros de turnos elaborados por el supervisor de la empresa, adosados con el escrito genitor de la contienda, allí se advierten las horas laboradas con exceso de los máximos legales, y lo dejado de cancelar por concepto de tal exceso, bastando tal cotejo con lo pagado, para advertir la diferencia.

*Alegatos en esta instancia*:

En este estado de la diligencia, alegan los voceros si asisten.

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis se refirieron a los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir de fondo, previa las siguientes: Problemas Jurídicos:

¿El trabajador consintió el traslado de su puesto de trabajo de Manizales a La Dorada, Caldas?. ¿Estuvo bien que no se presentara al puesto indicado por su empleador, en forma temporal, mientras arreglara sus asuntos para el traslado definitivo a La Dorada?. Es procedente que en esta segunda instancia, el demandante, alegue que no se le hubiera dado la oportunidad de que se le dejara, en forma definitiva, en el puesto que se le ofreció de manera temporal, y al que éste no asistió, arguyendo dificultades de convivencia con quienes iban a ser sus compañeros de trabajo?. Que reglas debe tener presente el fallador en materia de pruebas para el reclamo de trabajo suplementario, recargos etc.?.

*Consideraciones*

Visto el recorrido precedente acometerá, la Sala, el examen de los dos (2) frentes cuestionados por la censura, tal cual lo manda el artículo 66 A del CPLSS, modificado por el 35 de la Ley 712 de 2001, puesto que no se cuestiona el hecho de que Raúl Mejía, prestó sus servicios como guarda de seguridad en la empresa accionada, en los extremos afirmados en la demanda: del 9 de septiembre de 2009 al 12 de septiembre de 2013; aunado a que cumplía una jornada distribuida en turnos rotativos de 12 horas: 2 días a partir de las 6 o 7 a.m., a continuación otros (2) días, a partir de las 6 o 7 p.m., y luego 2 días de descanso, y así sucesivamente.

Tales aspectos que concitan el interés en este grado son: ***(i)*** el supuesto despido injusto, originado en el traslado, del trabajador, del puesto de trabajo de Manizales a La Dorada (Caldas); ***(ii)*** la posible generación de trabajo suplementario, recargos nocturnos, etc., no cancelados al laborante.

El primero alude al ius variandi, como poder derivado de la subordinación que puede ejercer el empleador, traducido en poder impartir órdenes al trabajador, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad, e imponerle reglamentos, la cual deberá mantenerse por todo el tiempo, inclusive, la de disponer el traslado de su puesto de trabajo, sin perder de vista que el numeral segundo del precepto 23 del C.L., supedita tal actuar patronal, a que no se afecte, el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.

Tal limitación legal al ius variandi se percibe, entonces, cuando la propia codificación exige que para la variación de las condiciones de trabajo inicialmente pactadas, las partes deban arribar a dicho consenso, de modo que no se ofrezca, el cambio de las condiciones, como un capricho emanado de una ellas, capricho del cual se derive la vulneración al honor, a la dignidad o a los derechos mínimos del trabajador.

En el sublite, el recurrente se duele que no se le dio la oportunidad de quedarse en la ciudad de Manizales, esto es, en el centro de experiencia Movistar, cargo que provisionalmente, se le había sido asignado mientras se producía su traslado definitivo al Municipio de La Dorada, Caldas, a partir del 1 de septiembre de 2013, que como se recordará, nunca ejerció arguyendo dificultades con sus compañeros, rayano incluso en quejas de acoso laboral, luego, esta pretensión aducida en el recurso es nueva, y contraria, a su posición inicial de negarse a prestar, temporalmente, el servicio como guarda de seguridad en el puesto del centro de experiencia Movistar, rebeldía que le causó la investigación disciplinaria, por la falta al principal deber como laborante, cuál era el de presentarse a trabajar en varios días, y su ulterior despido con base en esa justa causa.

No puede, por lo tanto, ahora pretender que se le hubiera conservado la opción de quedarse en otro puesto de trabajo en Manizales, ciudad en la que habitualmente prestaba sus servicios, echando para atrás el empleador, la medida de traslado al puesto de trabajo ubicado en la Dorada, cuando eso no fue lo realmente planteado en el curso de la primera instancia, puesto que como ya se expuso, ni siquiera se presentó a trabajar al puesto anhelado, y que de manera temporal se le había asignado a fin de darle la oportunidad a Raúl Mejía, que organizara y solucionara asuntos personales previos a su trasteo a la nueva plaza, atendiendo una solicitud elevada por el en tal sentido.

De allí que si no se presentó, así sea de manera temporal los días 2, 3 y 4 de septiembre de 2013, al puesto Movistar centro de experiencia, aduciendo dificultades en materia de convivencia con quienes iban a ser sus compañeros de labores, incluso problemas de acoso laboral, menos podría esperarse que hubiese deseado desde un comienzo, que ese fuera su lugar de trabajo, ya no en forma temporal sino definitiva, como lo esgrime intempestivamente en el recurso.

Valga, memorar sobre este particular, que según las pruebas testimoniales y documentales arrimadas al plenario, el empleador el 26 de agosto de 2013 realizó un comité de convivencia con el personal y, en esa reunión el demandante manifestó su disposición de trasladarse a la sede en la Dorada, Caldas (fl.223 a 225).

Aunado a lo dicho, con arreglo a lo señalando en el hecho 12 de la demanda, Raúl Mejía, si tuvo la intención de trasladarse, empero, su excusa acerca de que la empleadora, no tenía la intención de reconocerle los gastos, fue desmentida por ésta, a través del memorando del 26 de agosto de 2013, en el que se plasmó la real intención de asignarle por única vez, el pago del trasteo, para lo cual se requería entregar una cotización, lo que lógicamente, incumplió el trabajador por cuanto, nunca se aprestó a efectuar ese traslado con su familia (ver respuestas a los hechos 11 y 12 folio 207 cdo. 2).

Es por ello, entonces, que no sale avante este primer segmento de la apelación.

En lo que tiene que ver con el reclamo del trabajo suplementario, recargos nocturnos, y labores en dominicales y festivos, es de puntualizar, que no se puede llevar a tal extremo el rigorismo enseñado por el órgano de cierre de la especialidad laboral, en materia de su comprobación judicial, a que la *a-quo* hizo mención, al punto que resulte inane cualquier esfuerzo del trabajador, tendiente a traerle al juez la prueba que da cuenta de sus afirmaciones acerca de que laboró en esos tramos que, indudablemente, rebasarían los máximos ordinarios señalados por el legislador.

Esa comprobación, bien puede lograrse con el simple cotejo de los documentos de pagos y, las versiones atinentes a: *(i)* la existencia de turnos, rotativos y sucesivos, si fuere el caso y, *(ii)* las jornadas y horarios, en que se cumplían tales turnos.

En efecto, sobre el primer aspecto, que es el que se recaba en el recurso, esto es, que en las planillas- programación de guardas adosadas con la demanda (fls. 35 y ss), en armonía con la consolidación de tales pagos, allegados a folios: 315 y 316, se revela la información requerida para establecer la verdad en torno, al despliegue de la labor por fuera de tales límites ordinarios fijados por el Legislador, así como las diferencia por falta de pago, ciertamente, esa prueba sirve de puntal decisivo en orden a verificar si la asiste o no razón al demandante en su reclamo, más cuando de la respuesta ofrecida por la empleadora a folio 311 del cdo. No. 2, la programación de turnos se entregaba al mismo laborante, para que este archivara la información.

Luego, entonces, la información que aportó con el escrito de demanda, no ofrece, a prima facie, reparo en cuanto a su fuente, pues, la misma demandada, aceptó que la información pertinente se la dio al guarda, sin que una vez suministrada e incorporada al proceso, dicha demandada haya aducido en su contra, elemento que haga dudar acerca de la veracidad de su contenido, y con mayores veras, si el propio recurrente le atribuye su autoría al supervisor de la empresa.

De otro lado, debidamente acreditado se encuentra que Raúl Mejía, cumplía turnos rotativos sucesivos, de 12 horas, comenzando los dos primeros días en horas de la mañana (6 o 7), a continuación 2 días a partir de la tarde o noche (6 o 7), y concluidos estos venía el descanso de otros dos días, y así sucesivamente. Aunque la accionada refirió a que Mejía laboraba, también en horario de 8 horas, la verdad es que estos eran apenas ocasionales, según lo refirió el deponente FERNANDO ALBERTO HIGINIO, coordinador de turnos de la empresa accionada, cuando adujo que los turnos eran de 12 horas y, en ocasiones de ocho horas, para relevar compañeros que estudiaban, o en caso de permisos, empero, que ellos mismos coordinaban los relevos.

Del contexto de tal declaración se infiere lo anterior, a consecuencia de la claridad que se le exigió, respecto de otra respuesta, en la que había manifestado que en ocasiones se hacían turnos de doce horas y en ocasiones de ocho, dependiendo de cómo manejara la programación, empero, aclaró porque ya lo había dicho en un comienzo, que la programación era un consecutivo fijo, eran tres guardas, dos turnos de día, dos turnos de noche, dos días de descanso, y únicamente variaba, cuando a un compañero se le cubría el tiempo para asistir a estudiar, o por algún permiso, incapacidad o vacaciones, insistió que la programación era un consecutivo fijo siempre, lo cual se corrobora con los cuadros adosados con la demanda.

En efecto, si se detallan tales cuadros, al rompe se advierte, que dos guardas prestaban el servicio de vigilancia, día y noche respectivamente, mientras el tercero descansaba; al cabo de dos días, entraba en escena el tercero, y se iba a descansar uno de los anteriores, y así sucesivamente. Lo cual corrobora, necesariamente que los turnos eran de 12 horas.

Ahora bien, las circunstancias especiales, permiso de estudio, incapacidad, vacaciones, etc., implicaba para el que hacia el relevo, no una disminución de la intensidad horaria, como lo insinúa el deponente, de 12 a 8 horas, puesto que, simplemente, el demandante cubría, esporádicamente, por ejemplo, a partir de las de las 4 p.m., según el dicho del propio declarante, un tiempo que le correspondía al que relevaba por motivos de estudio u otros, lo cual indica a las claras que la jornada en el día se extendía hasta las 6 p.m., luego de haberse empezado a las 6 a.m.

Por último, si era al demandante a quien se le relevaba, por motivos de estudio u otros, la carga de la prueba se invierte a la demandada, la que con base en sus registros debía suministrar la prueba de tales permisos, incapacidades, etc., aspecto que ni siquiera alegó en la contestación de la demanda, menos los acreditó.

En síntesis, se tiene que al efecto, se revisan los consolidados de los años 2012 y 2013 (fls. 315 y 316 del Cdo. 2), en armonía con los cuadros de programación de guardas, aportados con la demanda a partir del folio 35, en orden a precisar si la demandada quedó debiendo los conceptos de que se vienen tratando. De su examen resulta para 2012: 316 horas extras nocturnas, que con el salario mínimo de ese año ($566.700), valen $1.305.771; extras diurnas: 280 ($826.438); recargo nocturno: 286 ($911.679); recargo dominical diurno: 120 ($495.863); recargo dominical nocturno: 22 ($109.090); extra dominical diurno: 40 ($189.900); recargo festivo diurno: 64 ($264.460); recargo festivo nocturno: 12 ($59.504); extra festivo diurno: 24 ($113.340); y extra festivo nocturno: 8 ($39.669).

Tales rubros ascienden a $4.314.712, de los cuales la demandada canceló $2.407.657, quedando un saldo insoluto de $1.907.055.

Ahora bien, por 2013 resulta: 300 horas extras nocturnas, que con el salario mínimo de ese año ($589.500) valen 1.289.531; extras diurnas: 268 ($822.844); recargo nocturno: 272 ($901.935); recargo dominical diurno: 124 ($533.006); recargo dominical nocturno: 4 ($20.633); extra dominical diurno: 40 ($196.500); recargo festivo diurno: 40 ($171.938); recargo festivo nocturno: 10 ($51.581); extra festivo diurno: 12 ($58.950); y extra festivo nocturno: 4 ($20.633).

Para un total de $4.067.550, de los cuales la empleadora canceló $1.880.533, arrojando un saldo insoluto de $2.187.017.

Debe entonces, la demandada $4.094.072, cuyo pago se dispondrá debidamente indexado, como quiera que es conocida la fuerte depreciación de nuestro signo monetario en vista de su notoria pérdida de valor adquisitivo, por lo que sí se trata de un pago valido, la deuda se debe actualizar al momento en que se satisfaga totalmente.

Su indexación a la fecha de este proveído vale: $594.558.

Al prosperar tales pretensiones, obligado resulta examinar la excepción de prescripción, en cara a fulminar con tal fenómeno extintivo, aquellos rubros, causados con anticipación de que su interrupción se haya producido, ya con cualquier escrito elevado por el actor a la demandada, como reclamación de lo que se le debe, ora, con la presentación de la demanda (arts. 488 y 489 C.S.T., y 151 del C.P.L.S.S.

En este evento, solo obra esta última, como capaz de atajar tal medio exceptivo, la cual fue presentada el 2 de octubre de 2014, de ahí que quedan cubiertos con la prescripción los derechos causados con antelación al mismo día y mes de 2011.

Y aunque a salvo de ese fenómeno extintivo, resulta la deuda de octubre a diciembre de 2011, no hay forma de establecer la misma, por cuanto, la información con la que se cuenta en el plenario, se refiere a consolidados de finales de año, y no de mes por mes.

En virtud de la prosperidad del recurso se revocará la sentencia de primer grado.

Costas en ambas instancias a cargo de la demandada y en pro del actor.

Como corolario de lo expuesto, la Sala Laboral de Decisión No. 3 de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República y en nombre de la Ley,

*FALLA*

Revoca la sentencia de primera instancia. En su lugar

1- Condena a Seguridad Atlas Ltda., a cancelar a Raúl Mejía, las diferencias causadas en 2012 y 2013, equivalente a $4.094.072, por concepto de: horas extras diurnas y nocturnas, recargo nocturno, recargo dominical diurno y nocturno; extra dominical diurno; recargo festivo diurno y nocturno; extra festivo diurno y nocturno.

El saldo insoluto de $4.094.072, será debidamente indexado, cuyo valor a la fecha, por indexación, es de $.594.558

2- Absuelve a Seguridad Atlas Ltda., de las demás pretensiones.

Costas en ambas instancias en contra de Seguridad Atlas Ltda., y favor de Raúl Mejía.

Notificación surtida EN ESTRADOS.

El magistrado ponente,

FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES

Las Magistradas,

OLGA LUCIA HOYOS SEPULVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Alonso Gaviria Ocampo

Secretario