El siguiente es el documento presentado por la ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia 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 Corporación.

Providencia: Sentencia del 24 de agosto de 2018

Radicación No.: 66001-31-05-004-2017-00025-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Johan Sebastián García Parra

Demandado: Héctor de Jesús Perea Álzate

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

Tema: ORDINARIO LABORAL/ CONTRATO DE TRABAJO –TÉRMINO INDEFINIDO -Artículo 45 y ss Código Sustantivo Del Trabajo/ INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA -Artículo 62-/ MODIFICA.

Con todo, debe decirse que si bien se probó el descontento del actor sobre la implementación del Decreto 2616 de 2013, lo cierto es que de conformidad con el art. 2 literal d, dicha norma sólo aplica para quienes devengan menos de un salario mínimo, por lo que en este caso, al no tenerse certeza del salario percibido, debe entenderse que por lo menos el salario del demandante ascendía a la suma mínima legal fijada por el Gobierno Nacional en proporción a los días y horas laboradas y, por tanto, como la parte demandada no probó la obligación de la implementación del referido decreto, no es posible catalogar la renuencia del demandante como causal justa de despido.

Así pues, el actor cumplió con la carga de demostrar el despido, pues para el efecto allegó la carta reseñada, en cambio, el demandado no acreditó la justeza de su decisión, puesto que no hay documento o declaración que permita inferir que en efecto las circunstancias en las que fundamentó su decisión eran ciertas y que las mismas hubieran sido comunicadas al trabajador en el momento de su ocurrencia, catalogándolas como justificadoras de la terminación del contrato, con observancia del debido proceso y el derecho de defensa del demandante. En ese entendido, para la Sala, la decisión de primera instancia fue acertada y por ende, el demandante tiene derecho a la indemnización por despido injusto.

En ese orden de ideas, para efectuar la liquidación de la mentada indemnización, es necesario recordar que tratándose de salarios variables –al laborar por días y horas-, es necesario promediar los valores reconocidos al trabajador para obtener la base salarial, por lo que la Sala procedió a obtener los salarios sobre los cuales el demandado efectuó las tres liquidaciones referidas precedentemente, encontrando que: i) del 2 de febrero de 2015 al 6 de julio de 2016 el actor devengó $411.000 (fl. 70); ii) del 7 de julio de 2016 al 26 de julio de 2016 su salario correspondió a $437.500 (fl. 71) y; del 27 de julio del 2016 al 10 de agosto del mismo año obtuvo como salario $870.000 (fl. 72); valores que dan como resultado un salario promedio mensual de $572.833, suma que será el valor sobre el cual se liquidará la respectiva indemnización. Esto implica que se acoge el segundo argumento de la apelación.

(…)

Finalmente, a la petición que hace el recurrente en cuanto a que le sea compensada la condena por indemnización moratoria, con el valor superior que le canceló al demandante por cada hora de servicio, con relación a la estipulada como mínima ordinaria, debe decir la Sala que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la excepción de compensación no procede cuando los conceptos por los que fue condenado el empleador, son distintos a los que ya pagó al trabajador, dada la autonomía normativa de los derechos.

(…)

En consecuencia, dada la prosperidad parcial del recurso, se modificará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que al demandante le corresponde la suma de $773.324 por concepto de indemnización por despido sin justa causa y no habrá lugar a condenar en costas procesales en esta instancia.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISION LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Agosto 24 de 2018)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 09:00 A.M. de hoy, viernes 24 de agosto de 2018, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **JOHAN SEBASTIÁN GARCÍA PARRA** en contra del señor **HÉCTOR DE JESÚS PEREA ÁLZATE**. Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos de conclusión coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación promovido por la parte demandada contra la sentencia emitida el día 8 de agosto de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del Proceso Ordinario Laboral reseñado con anterioridad.

**Problema jurídico por resolver**

 De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de primera instancia y a los argumentos de la apelación, el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si quedó comprobado en el proceso la configuración de un despido sin justa causa que implique el reconocimiento de la indemnización consagrada en el art. 64 del CST a favor del demandante.

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

Pretende el señor JOHAN SEBASTIÁN GARCÍA PARRA que se declare que entre él y el señor HÉCTOR DE JESÚS PEREA ALZATE existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de febrero de 2015 y el 10 de agosto de 2016, fecha en la que terminó sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, solicita que se condene al demandado a pagar la diferencia salarial entre lo que devengaba y el salario mínimo vigente, las horas extras, recargos nocturnos y dominicales, así como la indemnización por despido injusto en cuantía de $1.834.237, los valores dejados de cotizar al sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales, las prestaciones sociales tales como cesantías, primas de servicios e intereses a las cesantías, por todo el tiempo laborado y la sanción moratoria por no haberle pagado la liquidación a la terminación del contrato.

Para fundar dichas pretensiones, refiere que a partir del 2 de febrero de 2015 ocupó el cargo de “BARTENDER” en el establecimiento de comercio denominado “EVOLUTION CAFÉ BAR”; que percibía un salario diario de $34.000, equivalente a $408.000 mensuales y; que en los periodos comprendidos entre el 2 de febrero de 2015 al 3 de diciembre del mismo año y del 4 de febrero de 2016 hasta el 10 de agosto de 2016 su horario fue de 3:00 pm a 11:00 pm y, entre el 4 de diciembre de 2015 al 3 de febrero de 2016 cumplió un horario de 12 am a 12 pm.

Aduce que la relación laboral se mantuvo continua desde el 2 de febrero de 2015 hasta el 10 de agosto de 2016, fecha en la que, mediante comunicación escrita, el demandado decidió (sin justa causa) dar por terminado el contrato de trabajo a partir del mismo día.

Manifiesta que durante la relación laboral demostró ser un trabajador eficiente, tal como lo muestran las diferentes certificaciones expedidas en el lapso que duró el vínculo contractual y que nunca recibió llamados de atención.

 Afirma que el empleador nunca le pagó el valor correspondiente al salario mínimo vigente para la época de la prestación del servicio, ni lo afilió al sistema de seguridad social integral.

Finalmente asegura que el señor PEREA ALZATE nunca le canceló sus prestaciones sociales y que las dos liquidaciones que por este concepto le fueron reconocidas, la primera el 7 de julio de 2016 por valor de $22.000 y la segunda el 27 de julio de 2017 por un total de $63.400, no coinciden con el salario base real que devengó.

 El señor HÉCTOR DE JESÚS PEREA ALZATE, al contestar la demanda, afirma que la vinculación laboral inició con el señor JORGE IVÁN GARCÍA BALLESTEROS como empleador, quien era el propietario del establecimiento de comercio EVOLUTION CAFÉ BAR, antes de que él lo adquiriera el 27 de julio de 2015 y que, a partir de dicha calenda decidió continuar con el vínculo laboral con el demandante conforme se venía desarrollando: por días y con un salario equivalente a las horas efectivamente trabajadas. Agrega que el contrato finalizó el 10 de agosto del 2016, debido a la irresponsabilidad y mal trato hacía los clientes en los que incurrió el demandante.

En ese entendido, se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de la obligación que se reclama”, “Mala fe”, “Compensación”, “Prescripción” e “Innominada de oficio”.

 **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

 La jueza de primera instancia declaró que entre JOHAN SEBASTIÁN GARCIA PARRA y HÉCTOR DE JESÚS PEREA ALZATE, como propietario del establecimiento de comercio EVOLUTION CAFÉ BAR, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de febrero de 2015 y el 10 de agosto de 2016, fecha en la que terminó por decisión unilateral e injusta por parte del empleador. En consecuencia, condenó al demandado a cancelar a favor del demandante la suma de $1.172.760 por concepto de indemnización por despido injusto. En contraste, negó las demás pretensiones de la demanda.

 Para llegar a tal determinación, la A-quo consideró que no existe duda de que la relación laboral inició el 2 de febrero de 2015 con el señor Jorge Iván García Ballesteros como empleador y que la misma por no tener interrupciones, dio lugar a la sustitución patronal cuando el demandado adquirió el establecimiento de comercio. No obstante, señaló que como el demandante no trabajaba todos los días y su jornada laboral era variable, recibiendo todos los días valores diferentes por el pago de su labor, no era posible determinar la existencia de diferencias entre el valor reconocido y lo que reclama, ni la existencia de recargos y horas extras a su favor.

En cuanto a la indemnización por despido injusto, encontró que aunque se probó que el demandante faltó un solo sábado a trabajar, que cuando se quiso implementar la normatividad para afiliación a seguridad social hubo tensión y el actor mostró su descontento, tales circunstancias no son suficientes para justificar la terminación del contrato y por ende, procede la indemnización por terminación unilateral, con base en el año y seis meses que trabajó el demandante y con un salario de $870.000, base salarial de la liquidación efectuada el 10 de agosto de 2016.

Finalmente, se abstuvo de condenar al pago de aportes a la seguridad social, bajo el argumento de que fue precisamente el intento del demandado de afiliar a sus trabajadores, lo que suscitó la terminación, al mostrarse el señor Johan Sebastián García Parra renuente.

**III. RECURSO DE APELACIÓN**

La parte demandada interpone la alzada respecto a la condena por indemnización por despido injusto, sustentando su inconformidad en que los testigos demostraron la renuencia del demandante a acogerse a las normas que se querían implementar en el establecimiento de comercio y por ende el despido fue justo. Agregó que en caso de llegar a encontrarse procedente la indemnización, para su liquidación debieron tenerse en cuenta los siguientes aspectos:

1. Que no se presentó un único contrato, puesto que el hecho de que se liquidaran las prestaciones sociales hasta cierta fecha, no significa que al día siguiente el demandante continuara prestando sus servicios.

2. Que por toda la relación el demandante no devengó $870.000 mensuales, siendo necesario considerar como base salarial el mínimo legal, en consideración a las variaciones en los dineros percibidos cada día por el demandante.

3. Que el actor no prestó sus servicios durante todos los días que duró la relación laboral, sino que en total trabajó 184 días.

Por último, solicitó que el valor que eventualmente se reconociera por la indemnización, fuera compensado con el mayor valor que le canceló al trabajador sobre la hora ordinaria, de acuerdo al salario mínimo.

**IV. CONSIDERACIONES**

**4.1. DE LA INDEMNIZACIÓN POR TERMINACIÓN UNILATERAL SIN JUSTA CAUSA.**

Como es bien sabido, la terminación del contrato laboral de manera unilateral y por justa causa se encuentra reglamentada en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual impone a la parte que le ponga fin a la relación laboral dos limitaciones, una de carácter sustancial y otra de procedimiento.

La primera, tiene que ver con las causas o razones para dar por terminado el contrato, las cuales se encuentran expresamente determinadas para cada una de las partes, existiendo para el caso del empleador 15 causales enumeradas en el literal a) y para el trabajador las 8 del literal b). Por el contrario, la segunda limitación se refiere a la forma de dar por terminado el contrato, la cual se encuentra reglada en el parágrafo del mismo artículo e impone a la parte que decida terminar la relación laboral que le manifieste a la otra, en el momento de la extinción, la causal o el motivo de esa determinación.

Por otra parte, cuando se alega la terminación sin justa causa por parte del empleador, ha sostenido el órgano cierre de la jurisdicción ordinaria, que al trabajador sólo le corresponde demostrar el despido, para que la carga de la prueba recaiga sobre el empleador demandado, en el sentido de que este último deba desplegar toda su actividad probatoria, con el único fin de acreditar que el despido se produjo atendiendo unas justas causas. En torno a los requisitos de fondo y de forma del despido, también ha indicado dicha Corporación, que además de motivarlo en causal reconocida por la ley, debe probarse su veracidad en el litigio, pues si no se acredita el justo motivo, será ilegal intrínsecamente el mismo.

**4.2. CASO CONCRETO**.

Como quiera que la declaración de un único contrato de trabajo como lo hiciera la jueza de primera instancia o la existencia de 3 contratos independientes, como lo alega la parte demandada, tiene incidencia directa en la forma como, en el evento que haya lugar a la indemnización por despido injusto, deba de liquidarse la misma, la Sala, en primer lugar, se ocupará de determinar la forma como se desarrolló la prestación del servicio.

Ambas partes coinciden en que la relación laboral inició el 2 de febrero de 2015 y que el 10 de agosto de 2016, el señor HÉCTOR DE JESÚS PEREA ALZATE, le comunicó por escrito al demandante, que su contrato finalizaría ese mismo día. En lo que difieren los contendores judiciales es que, para el demandante la prestación del servicio fue continua y por ende, en virtud de un único contrato verbal a término indefinido, prestó sus servicios como Bartender; mientras que el demandado asegura que se dieron 3 contratos de trabajo distintos, así: i) entre el 2 de febrero de 2015 y el 6 de julio de 2016, ii) del 7 de julio de 2016 al 22 de julio de 2016 y, iii) entre el 27 de julio de 2016 al 10 de agosto de 2016.

Para dar solución a la controversia, es necesario remitirse a los arts. 45 y s.s. del CST que establecen la duración del contrato y como, de acuerdo a esta, pueden ser a término fijo e indefinido. Así, determina el estatuto laboral, que de no estipularse por escrito un término de duración del contrato, este, necesariamente se considera indefinido y *“tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen, y la materia del trabajo”.*

De esta manera, como las partes acordaron verbalmente las condiciones del trabajo, estuvieron supeditados a un contrato a término indefinido, lo cual, aunado a que no se acreditaron interrupciones en la prestación del servicio, fuera de unos pocos días entre un turno y otro, forzosamente, lleva a concluir que, a pesar de que en el plenario obran 3 liquidaciones que coinciden con las fechas aducidas por la parte demandada (fls. 70 y s.s.), no se generaron 3 contratos de trabajo independientes, sino una única relación con dos liquidaciones parciales y una a la finalización del contrato.

Superado lo anterior, en lo que en estricto rigor interesa al recurso de apelación, en este caso, el empleador comunicó al demandante, mediante misiva fechada el 10 de agosto de 2016 (fls. 27 y s.s.), que hasta ese mismo día trabajaría en el establecimiento de comercio y expuso las razones que lo llevaron a dar por terminado el contrato de trabajo que los unía. Específicamente, el demandado sustentó su decisión en las siguientes acciones desarrolladas por el señor JOHAN SEBASTIÁN GARCÍA PARRA:

i) Desde el inicio del contrato hizo caso omiso de la prohibición de utilizar el celular en horario laboral; ii) mostró inconformidad con la implementación del decreto 2616 de 2013; iii) asistió con un acompañante a una reunión de trabajo, sin autorización previa del empleador; iv) se negó a capacitar a una compañera de trabajo para que lo reemplazara los días que no asistiera; v) se excusó en citas médicas para no trabajar los sábados, pero no presentó los soportes de dicha atención y; vi) solicitó certificaciones laborales al personal nuevo que no tenía conocimiento de las condiciones del trabajo.

Al respecto, se observa que en el interrogatorio de parte el actor no confesó su responsabilidad en los hechos que motivaron el despido, pues si bien reconoció que no estaba de acuerdo con el cambio de contratación y que faltó un sábado a trabajar, tal ausencia se debió a una cita médica. Por otra parte, Tatiana Correa Becerra aseguró que por el cambio de contratación se apreciaba la tensión entre el demandante y el señor Héctor de Jesús Perea Álzate, pero que como ella se retiró del Café antes que el actor, no tuvo conocimiento de las razones de la terminación del contrato.

De las demás pruebas que obran en el plenario, como los testimonios de las señoras Liliana Marín Aguirre y Alba Nora Sánchez Ramírez y el interrogatorio del demandado, tampoco surge convicción alguna en relación con la existencia de la justa causa por las actitudes que se endilgaron en la carta de despido, puesto que la primera de las deponentes, aseguró que lo que conocía de los problemas con el señor García Parra fue porque el mismo demandado le contó, mientras que la señora Alba Nora no hizo ninguna manifestación sobre la terminación, más allá de asegurar que ella misma renunció por el desacuerdo con la nueva contratación. En cuanto al demandado, declaró que el actor le entregó los documentos necesarios para la contratación, días antes de finalizar el contrato.

Con todo, debe decirse que si bien se probó el descontento del actor sobre la implementación del Decreto 2616 de 2013, lo cierto es que de conformidad con el art. 2 literal d, dicha norma sólo aplica para quienes devengan menos de un salario mínimo, por lo que en este caso, al no tenerse certeza del salario percibido, debe entenderse que por lo menos el salario del demandante ascendía a la suma mínima legal fijada por el Gobierno Nacional en proporción a los días y horas laboradas y, por tanto, como la parte demandada no probó la obligación de la implementación del referido decreto, no es posible catalogar la renuencia del demandante como causal justa de despido.

Así pues, el actor cumplió con la carga de demostrar el despido, pues para el efecto allegó la carta reseñada, en cambio, el demandado no acreditó la justeza de su decisión, puesto que no hay documento o declaración que permita inferir que en efecto las circunstancias en las que fundamentó su decisión eran ciertas y que las mismas hubieran sido comunicadas al trabajador en el momento de su ocurrencia, catalogándolas como justificadoras de la terminación del contrato, con observancia del debido proceso y el derecho de defensa del demandante. En ese entendido, para la Sala, la decisión de primera instancia fue acertada y por ende, el demandante tiene derecho a la indemnización por despido injusto.

En ese orden de ideas, para efectuar la liquidación de la mentada indemnización, es necesario recordar que tratándose de salarios variables –al laborar por días y horas-, es necesario promediar los valores reconocidos al trabajador para obtener la base salarial, por lo que la Sala procedió a obtener los salarios sobre los cuales el demandado efectuó las tres liquidaciones referidas precedentemente, encontrando que: i) del 2 de febrero de 2015 al 6 de julio de 2016 el actor devengó $411.000 (fl. 70); ii) del 7 de julio de 2016 al 26 de julio de 2016 su salario correspondió a $437.500 (fl. 71) y; del 27 de julio del 2016 al 10 de agosto del mismo año obtuvo como salario $870.000 (fl. 72); valores que dan como resultado un salario promedio mensual de $572.833, suma que será el valor sobre el cual se liquidará la respectiva indemnización. Esto implica que se acoge el segundo argumento de la apelación.

De acuerdo al art. 64 del CST, en lo que concierne a los contratos a término indefinido, al señor Johan Sebastián García Parra, por devengar menos de 10 salarios mínimos, le corresponde una indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo, equivalente a 30 días de salario por el primer año y 20 días adicionales por cada año o en proporción a la fracción. En este punto debe aclararse, con relación al argumento del apelante, que la norma en mención no distingue entre trabajadores por días o quienes cumplen la jornada ordinaria, por lo que no le corresponde al operador judicial hacer precisiones no contempladas por el legislador.

Como el contrato de trabajo estuvo vigente entre el 02 de febrero de 2015 y el 10 de agosto de 2016, el actor tiene derecho a una indemnización igual a 40.5 días de salario, siendo este la suma diaria de $19.094, lo que genera un total de $773.324, monto inferior a la condena que por este concepto se emitió en primera instancia, causado en que en esa oportunidad se tomó como último salario la suma de $870.000, sin considerar que durante la totalidad de la relación laboral, el actor no devengó una suma fija y que en la última liquidación se tuvo en cuenta solo los últimos 10 días laborados, sin que exista prueba de que próximo a terminarse el contrato, al actor se le hubiera asignado dicha cifra como salario constante. Por ese motivo se modificará la condena correspondiente.

Finalmente, a la petición que hace el recurrente en cuanto a que le sea compensada la condena por indemnización moratoria, con el valor superior que le canceló al demandante por cada hora de servicio, con relación a la estipulada como mínima ordinaria, debe decir la Sala que, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la excepción de compensación no procede cuando los conceptos por los que fue condenado el empleador, son distintos a los que ya pagó al trabajador, dada la autonomía normativa de los derechos.

Por otra parte, se recuerda que el Art. 132 del CST establece la libertad de estipulación del salario, por lo que pueden libremente las partes acordar una suma superior a la establecida por el Gobierno Nacional para el salario mínimo, sin que posteriormente pueda el empleador alegar que con el monto que excedió el mínimo, estaba cancelando anticipadamente las prestaciones sociales, pues este hecho solo es posible para los salarios integrales debidamente estipulados, y con observancia de las condiciones descritas en el numeral 2 ibídem.

En consecuencia, dada la prosperidad parcial del recurso, se modificará el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que al demandante le corresponde la suma de $773.324 por concepto de indemnización por despido sin justa causa y no habrá lugar a condenar en costas procesales en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda), Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO.- MODIFICAR** el ordinal segundo de la sentencia emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el 08 de agosto de 2017, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor **JOHAN SEBASTIÁN GARCÍA PARRA** en contra del señor **HÉCTOR DE JESÚS PEREA ÁLZATE**, en el sentido de que al demandante le corresponde la suma de $773.324 por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto del recurso de apelación.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia por la prosperidad parcial del recurso.

 Notificación surtida en estrados.

Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

 No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ de la mañana, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada ponente,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

IMPEDIDO