

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25899-31-05-001-2021-00196-01
Demandante: **JUAN PABLO JIMÉNEZ MORENO**
Demandado: **SOCIEDAD INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS SAS.**

En Bogotá D.C. a los **09 DIAS DEL MES DE MARZO DE 2023**, la Sala de decisión Laboral que integramos **MARTHA RUTH OSPINA GAITÀN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien la preside como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido por la Ley 2213 de 2022. Examinadas las alegaciones de las partes, se procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes, contra la sentencia proferida el 3 de mayo de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Zipaquirá – Cundinamarca.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

JUAN PABLO JIMÉNEZ MORENO demandó a la sociedad **INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS S.A.S.**, para que previo el trámite del proceso ordinario laboral se declare la existencia del contrato de trabajo entre las partes, que terminó por causal imputable al empleador; en consecuencia, se le condena a reliquidar las acreencias causadas durante el lapso laborado en el año 2020 teniendo como salario final la suma de \$2.160.369, en los montos que refiere por cesantías, intereses, primas de servicios, vacaciones, la indemnización por despido; los pagos a seguridad social con el salario efectivamente devengado y consignado en la certificación de 31 de marzo de 2020, la sanción del artículo 65 del CST, las costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, se narra en la demanda que el accionante ingresó a laborar para la demandada mediante contrato de trabajo a

término indefinido desde el 25 de mayo de 2007, ejerciendo la labor de *barman*, la cual fue ejecutada atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado por éste; el salario promedio devengado, de acuerdo con la certificación expedida el 31 de marzo de 2020, fue de \$1.933.727, más un auxilio de movilización y alimentación de \$55.262, para un total mensual de \$1.988.989; ya que la suma pagada mensual por el auxilio mencionado “...en realidad retribuía los servicios del demandante, razón por la cual debe ser considerada como integrante de su salario...”; el salario base para liquidar las cesantías a la finalización del contrato fue de \$2.160.369, para la indemnización por despido fue la suma de \$696.348, y para las primas de servicios fue \$102.854, y para las vacaciones de \$694.048.

Sostiene que la relación se mantuvo por un término de 13 años, 6 meses, 10 días, hasta el 5 de diciembre de 2020, cuando la accionada decidió dar por terminado de manera unilateral el vínculo contractual; pagando las acreencias laborales cuyo reconocimiento pretende con esta acción ordinaria laboral, con un salario inferior al que realmente devengaba y había certificado ella misma; precisa que el contrato fue suspendido el 30 de marzo de 2020, argumentando fuerza mayor que no fue autorizada por el Ministerio de Trabajo, “...las contingencias de salud pública de covid 19 invocadas como fundamento para suspender el contrato de trabajo de mi poderdante son diferentes a la situación de fuerza mayor y/o caso fortuito argumentada en la comunicación entregada...”; en el tiempo que la sociedad empleadora suspendió el contrato de trabajo “...por la supuesta fuerza mayor, creó otro establecimiento de comercio con el mismo objeto social...”; lo que “...demuestra que la entidad demandada no se encontraba incurso en la causal de fuerza mayor alegada para la suspensión del contrato de trabajo...” (fls. 1 a 9 PDF 01).

La demanda fue presentada en el **Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá – Cundinamarca**, autoridad judicial, que inicialmente, con proveído de 29 de abril de 2021 la inadmitió (PDF 04), luego de subsanada, mediante auto de fecha 10 de junio siguiente -2021-, la admitió, disponiendo la notificación a la parte accionada en los términos allí indicados (PDF 07).

La demandada **INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS S.A.S.**, dentro del término de traslado, a través de vocero judicial contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones declarativas y de condena en la forma como fueron formuladas; en su defensa sostuvo que las partes celebraron contrato de trabajo a término indefinido el 25 de mayo de 2007, para ejercer el cargo de *Auxiliar Mesón*, la jornada de trabajo pactada era de viernes a domingo y festivos; el salario convenido era el mínimo mensual vigente en proporción a las horas laboradas, que igualmente se pactó en la cláusula 6ª *“...Las partes expresamente acuerdan que lo que reciba el trabajador o llegue a recibir en el futuro, adicional a su salario ordinario, ya sean beneficios o auxilios habituales u ocasionales, tales como la alimentación, movilización, propinas, habitación o vestuario, bonificaciones, el transporte o subsidios para el transporte, las primas extralegales de vacaciones, de servicios o Navidad o cualquier otra que reciba, durante la vigencia del contrato, en dinero o en especie, a cualquier título o bajo cualquier otra denominación, NO CONSTITUYE SALARIO PARA NINGUN EFECTO...”*; mediante otro sí al contrato de 22 de enero de 2009, se pactó que el demandante desempeñaría el cargo de Auxiliar de Cocina a partir del 1º de enero de 2009; el 16 de abril de 2011, que ejercería el cargo de Auxiliar de Bar a partir de esa fecha; el 31 de octubre de 2016 que el cargo a desempeñar era el de Barman desde el 1º de noviembre siguiente -2016; e igualmente se le reconoció por mera liberalidad un auxilio de movilización y alimentación equivalente a un valor hora de \$283.00 que no constituían salario como quedó pactado en el última otro sí.

Alude que, atendiendo la emergencia sanitaria presentada con ocasión al COVID 19, el Gobierno Nacional, Distrital así como autoridades administrativas adoptaron diversas decisiones encaminadas a disminuir la propagación y contagio del mencionado virus dentro de la población que relaciona en el numeral 9º; el 30 de marzo de 2020 avisó al Ministerio de Trabajo sobre la situación de fuerza mayor en que se encontraba para efectos de suspender los contratos de trabajo de sus empleados; e igualmente mediante correo electrónico, informó al demandante sobre la suspensión de su contrato de trabajo con ocasión de las restricciones derivadas de las normas expedidas y, el 5 de diciembre de dicha anualidad -2020- terminó de manera unilateral y sin justa causa el vínculo laboral del accionante, reconociendo la indemnización respectiva.

Señala que durante la vigencia del contrato canceló de forma completa y oportuna las prestaciones sociales, en vigencia de la suspensión del contrato efectuó el reconocimiento y pago de aportes a seguridad social integral teniendo en cuenta el último salario promedio devengado por el accionante antes de la suspensión del nexo, y para la liquidación final de acreencias, tuvo en cuenta el salario promedio devengado como lo establece la normatividad vigente; que para el caso de cesantías, vacaciones, e intereses a las cesantías tuvo en cuenta el tiempo efectivamente laborado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del CST.; respecto a las primas tomó el promedio del salario de cada semestre atendiendo lo señalado en el artículo 306 ídem; por lo que no adeuda suma alguna al accionante, ha actuado con total y manifiesta buena fe respecto del actor, ya que *“...en aras de sostener el vínculo contractual del demandante suspendió el contrato de trabajo con miras a eventualmente reanudarlo, no obstante, por la emergencia sanitaria y restricciones causadas por la pandemia del COVID 19, se debió tomar la decisión de finalizar el contrato de trabajo del actor.- Desde el 30 de marzo de 2020 hasta el 5 de diciembre del 2020, fue imposible el desarrollo de las actividades del actor con ocasión al cargo de Barman, dada la emergencia sanitaria y restricciones causadas por la pandemia del COVID 19...”*.

En su defensa propuso las excepciones de fondo o mérito que denominó: Inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, Pago, Compensación, Prescripción, Buena fe, Enriquecimiento sin causa, la genérica (fs. 2 a 25 PDF 09).

II. DECISION DEL JUZGADO.

Agotados los trámites procesales, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá - Cundinamarca, mediante sentencia de 3 de mayo de 2022, resolvió:

*“(...) **DECLARAR** la existencia del contrato de trabajo entre JUAN PABLO JIMENEZ MORENO y la INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS, contrato que estuvo vigente entre el 25 de mayo de 2007 al 30 de noviembre de 2020.*

*Se **CONDENA** a la INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS a reconocer y pagar al aquí demandante, la diferencia dejada de pagar por concepto de indemnización por terminación del contrato de trabajo, a razón de \$1.697.243, suma que deberá ser pagada la sociedad INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS de manera indexada, teniendo como base la variación del índice de precios al consumidor desde el momento en que se causó, esto es desde el 30 de noviembre de 2020 hasta cuando se haga efectivo el pago.*

Se **CONDENA** a la sociedad la **INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS**, a reconocer y pagar en favor del aquí demandante, la suma de \$401.517, por concepto de diferencia de prima de servicios adeudada al aquí demandante **JUAN PABLO JIMÉNEZ MORENO**.

Se **CONDENA** en consecuencia a la **INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS**, a reconocer y pagar en favor del aquí demandante, la sanción moratoria del artículo 65 del CST, a razón de \$29.260 contados a partir de la terminación del vínculo contractual, esto es a partir del 30 de noviembre del año 2020, en los términos del artículo 65, teniendo en consideración que esta se calcula sobre el salario mínimo.

Se **CONDENA** a la sociedad la **INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS**, a reconocer y pagar en favor del aquí demandante, las costas y agencias en derecho. Agencias que se fijan en 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, más las costas que deberán liquidarse por secretaria..." (Cd. y acta de audiencia, PDFs 21 y 22).

III. RECURSOS DE APELACION

Inconformes con la decisión los apoderados de la parte demandante y la accionada, interponen recurso de apelación.

Parte demandante: plantea su inconformidad, sosteniendo:

"(...) Con el acostumbrado respeto de este togado, pues respeta, pero no comparte el fallo proferido por la señora juez y en ese sentido me permito presentar recurso de apelación frente a los valores que tuvo a bien el despacho tener en cuenta para la condena; es decir que la única inconformidad del suscrito refiere a los valores allí establecidos, como base para las condenas impuestas.

Porque señora juez, porque entendido es que, como bien lo dijo el despacho, hay un amparo para la demandada consagrado en el artículo 51 al igual que en el artículo 53 del CST, que deben obedecer las partes; ahora, en frente(sic) al valor que tuvo el despacho para concluir que las condenas deben ser con el salario mínimo, porque así lo establecieron; en modo alguno este togado lo puede aceptar en el sentido que hay documentación clara, pertinente y aportada por las partes, así como por la demandada, en su prueba documental donde refiere, los salarios variables que tuvo el actor durante el último año laboral, es decir en gracia de discusión como lo tuvo a bien el despacho, la certificación del 31 de marzo enseña que el salario promedio es de \$1.933.727,00; entendido es para el togado que el despacho reconoce o admite que los \$55.200 pesos no son objeto de reconocimiento al tenor de lo consagrado en el artículo 128 del CST, que no voy a entrar a discutirlo porque es el criterio jurídico del Despacho; pero la inconformidad releva es en el monto.

No entiendo, con el respeto que me merece la señora juez del despacho, como llega a la conclusión, de que el salario mínimo es el que se debe tener en cuenta para la liquidación, mejor para el reconocimiento del pago de la indemnización a que tenía derecho el trabajador por los 13 años 10 meses y 6 días que trabajo al servicio de la demandada, entiéndase señora juez, que el reconocimiento de la indemnización tiene como finalidad otorgarle un derecho a la parte cumplida, en este caso al demandante, en qué sentido, en que no hubo un argumento para que el empleador diera por terminado el contrato de trabajo de manera, de manera (sic), con una justa causa, situación que lleva a que ese reconocimiento no puede ser inferior a lo que realmente devengaba él durante el último tiempo de servicio, bien dijo el despacho y se le respeta que la norma no dice cuando hay salario promedio, pero entendido es que la jurisprudencia lo ha reiterado, que en caso de que el salario sea variable o el promedio, como es el caso que nos ocupa, se debe tomar el devengado durante el último año de servicio; para el caso sería entre el 16 de marzo de 2019 y el 16 de marzo de 2020; porque esta data señora juez, porque

recuérdese que el señor JIMENEZ MORENO, se encontraba gozando de vacaciones, para el momento en que la demandada tuvo a bien suspenderse su contrato de trabajo, que lo hizo a partir del 30 de marzo, según da cuenta el escrito remitido, él ingresaba a sus labores hasta el 6 de abril de 2020.

Así las cosas, no se puede tener en cuenta el salario hasta el 30 de abril, como lo como tomó el despacho porque se entiende que estaba en vacaciones y luego en suspensión del contrato de trabajo, mal podría tener un emolumento por esas circunstancias, entonces como bien lo aceptó la apoderada de la demandada, ellos tomaron como base para liquidar el 5 de diciembre de 2020, que es la fecha en que realmente se terminó el contrato de acuerdo a la liquidación final de prestaciones aportada por la demandada y no el 30 de noviembre como el despacho tiene como extremo final.

Entonces, la demandada tuvo a bien tomar el 5 de diciembre de 2020 y el 5 de diciembre de 2019, para liquidar la indemnización; pues errado concepto porque se entiende que efectivamente lo que él devengó fue durante el mes de marzo, enero, febrero y marzo, 16 días del mes de marzo, durante el resto de tiempo no tuvo ingreso, entonces mal podría tenerse en cuenta el extremo final del 5 de diciembre para promediar el salario como erradamente se hizo. Ahora, el despacho erra, en mi sentir con todo respeto, que le toma el salario mínimo; si miramos, los últimos periodos de pagos de seguridad social del demandante, está por encima de lo certificado en la constancia aportada por nosotros como prueba en el documento de demanda \$1.937.727, que sería como mínimo el valor a tener en cuenta para la liquidación, su señoría.

Entonces, para no extenderme, los puntos álgidos de la apelación son frente al valor que se tuvo en cuenta por el despacho para tomar la indemnización y el pago de la prima, igual el extremo final es el 5 de diciembre de 2020 y no el 30 de noviembre como se indicó en el fallo objeto de impugnación y en las demás condenas impuesta por el despacho, solicito sean confirmadas por el tribunal.

En los anteriores términos dejo sentada mi inconformidad señoría, vuelvo y reitero, relacionada al monto con el cual se tuvo en cuenta para ordenar el pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo y de la prima de servicios que a bien tuvo el despacho reconocer y reitero, ese reconocimiento moratorio deberá ser con el valor real que se certificó \$1.933.726 mensuales y no con el salario mínimo de \$29.260 como el juzgado a bien tuvo otorgar.

En los anteriores términos dejo impugnado el fallo, agradeciendo a ud. señora juez el término otorgado..."

La parte demandada, expuso los argumentos de su reparo de la siguiente manera:

"(...) De manera respetuosa presento recurso de apelación en contra de la sentencia inmediatamente proferida por su despacho, en lo que tiene que ver precisamente con la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, establecida en el artículo 64 del CST, así como respecto de la diferencia que se aduce fue arrojada por parte del despacho en lo que tiene que ver con las primas de servicios o con la prima de servicio y con la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del CST.

Lo primero que hay que indicar es que la juez de primera instancia de manera errada, concluye que entre mi representada y el demandante, se pactó una jornada laboral en el marco de 48 horas máximo, y conforme a ello pues su salario atendía era simplemente al salario mínimo legal mensual vigente, no obstante esta conclusión a la que llega la juez de primera instancia, es desacertada si nos remitimos a la cláusula 6ª. del contrato de trabajo, el cual me permito leer su literalidad "...la empresa pagara como remuneración por los servicios prestados al trabajador, un salario mensual equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, en proporción a las horas laboradas, que se entenderá que remunera las labores que el trabajador realiza en el mes...", cláusula 9ª jornada laboral

(lee). De manera que si revisamos y analizamos la cláusula 6 y la cláusula 9 del contrato de trabajo, que como bien lo indicó la juez de primera instancia, no fueron cláusulas que no fueran modificadas durante la vigencia del contrato de trabajo, puesta estas se mantuvieron indemnes, lo cierto es que precisamente la conclusión a la que podemos llegar es que si en efecto en la cláusula 6ª. se dice que se pagara como remuneración por los servicios prestados por el trabajador, un salario mensual, es equivalente a las horas efectivamente laboradas y precisamente la cláusula 6ª. queda atada a lo expresado a las horas efectivamente laboradas; eso quiere decir que el salario del demandante o el demandante nunca recibió un salario básico como aquí parece que lo interpreta la juez de primera instancia, sino que su equivalencia digamos, que debería dividirse el salario mínimo legal mensual vigente, se dividía por horas y de acuerdo a las horas realmente laboradas por el demandante, era lo que se cancelaba, y esta conclusión es de interpretación respecto de la cláusula 6ª y 9ª. del contrato de trabajo.

Esta situación es relevante en la medida que precisamente el mismo demandante en el interrogatorio de parte, al preguntársele cuál era su jornada laboral, el demandante contesta mi jornada era de miércoles a domingo y no siempre podía ir de miércoles a domingo sino que variaba, incluso su jornada era variable; entonces como la juez de primera instancia llega a la conclusión que el demandante laboraba 48 horas a la semana y que con ocasión a ello, era que el demandante o que el salario que percibió el demandante, era un salario equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

Si nos remitimos a los comprobantes de pago de nómina que se allegaron con la contestación de la demanda y que fueron puestos en la pantalla por la misma juez de primera instancia en la práctica de pruebas, podemos evidenciar que mensualmente en el mismo detalle se expresan cuáles eran las horas laboradas por el demandante y en atención a ello era que se le pagaba su salario; digamos que respecto a esto el demandante no tuvo ningún reparo digamos de que mi representada no le hubiera cancelado horas las efectivamente laboradas, ni mucho menos, de manera que en el presente proceso no entra en discusión lo que tiene que ver con la jornada del demandante y su salario, en atención a que tanto la jornada laboral del demandante es clara, y su remuneración es clara y el demandante, la aceptó, la confirmó y la confesó en el interrogatorio de parte y en ningún momento indicó, e incluso al preguntársele al demandante que si su salario era variable, que si percibía la misma suma todos los meses, el indicó no, eso dependía de acuerdo a la operación de la empresa, a la operación de restaurante, a la operación del bar, si me requerían o no me requerían, había días que salíamos más temprano, había días que estábamos más temprano, había días que salíamos más tarde; entonces no es claro, por qué la juez de primera instancia llega a la conclusión que el salario de la demandante era fijo, porque así lo concluyó y que su jornada era de 48 horas de manera contundente; sin ser esto así, se reitera tanto la jornada laboral del demandante era variable, como la remuneración y ello se encuentra plenamente acreditado precisamente con la confesión de demandante en el interrogatorio de parte y con la confesión de la demandada en la contestación de la demanda.

De manera que, debido a esas conclusiones erradas a la que llega la juez de primera instancia, indica que existe una diferencia en la indemnización que mi representada le reconoció al demandante, por cuanto pues el salario que se le reconoció al demandante no era el que efectivamente se le debía reconocer por cuanto su jornada laboral era de 48 horas y entonces su salario debería corresponder al mínimo legal mensual vigente, situación que incluso fue apelado por el apoderado de la parte demandante porque se encuentra en total desacuerdo con esta conclusión a la que llega la juez de primera instancia, y es apenas lógico, por cuanto los comprobantes de pago de nómina dan razón o dan cuenta de que el demandante no percibía únicamente el salario mínimo legal mensual vigente y mi representada de ninguna manera aduce que el demandante haya percibido durante su relación laboral únicamente un salario mínimo legal mensual vigente, porque por el contrario, su salario era variable en cuanto a las horas laboradas y en cuanto precisamente en los eventos en que pues se excediera la jornada máxima legal y hubiera lugar al pago de horas extras, recargos, dominicales y demás trabajo suplementario, pues mi representada se lo canceló de manera oportuna y completa, de

manera que no se puede concluir que efectivamente el demandante, devengó un salario fijo.

Entonces, retomando el tema de la indemnización del artículo 64 y la errada conclusión a la que llega la juez de primera instancia tenemos que si bien en el artículo 64 del CST, no se establece que (sic), o más bien como debe liquidarse la indemnización del artículo 64 si nos encontramos de cara a un salario fijo o uno variable, lo cierto es que la jurisprudencia si ha indicado como debe liquidarse esta indemnización y es apenas lógico que si no existe un salario fijo, pues lo más lógico es que, como lo dispone la norma se haga el promedio del salario variable para efectos de realizar no solo la indemnización del artículo 64 sino también el pago de todas la prestaciones sociales y acreencias laborales, yo no puedo concluir, no puedo asumir que todos los trabajadores en Colombia devenguen un salario fijo, precisamente por las dinámicas y necesidades de cada empresa.

Entonces, la indemnización del artículo 64 fue debidamente liquidada por mi representada, teniendo en cuenta precisamente lo que corresponde al promedio del último año devengado a favor del demandante, de manera que, si nos remitimos precisamente a lo devengado por el demandante en el último año, tenemos que coger desde el 30 de noviembre de 2020, que indicó la juez de primera instancia, hasta el 30 de noviembre de 2019, teniendo en cuenta para el efecto claramente los tiempos en los que el contrato de trabajo fue suspendido, porque el artículo 53 de CST, no nos incluye en los efectos de la suspensión del contrato de trabajo la indemnización por despido sin justa causa; aquí el artículo 53 del CST, nos dice descuento únicamente para cesantías, situación que efectivamente si fue reconocida por la juez de primera instancia, teniendo en cuenta que la base de liquidación que se tuvo para liquidar las cesantías se hizo con corte al 30 de marzo de 2020. Entonces, es claro que la indemnización del artículo 64 del CST, está bien liquidada, por cuanto mi representada no descontó como de manera errada lo aduce la juez de primera instancia para efectos de la liquidación de esa indemnización, y frente a las primas de servicios entonces indica la juez de primera instancia que, estas debían correr la misma suerte de las cesantías y que se debía sacar su base salarial teniendo en cuenta el corte a 30 de marzo de 2020.

Si nos remitimos efectivamente a la literalidad del artículo 53 del CST, este únicamente dice estos periodos de suspensión pueden descontarse por el patrono para liquidar cesantías, vacaciones y jubilaciones, no veo porque la conclusión que la situación más favorable del demandante era precisamente que esta prestación que es tan de carácter especial, corriera la misma suerte de las cesantías, vale la pena llamar o poner de presente un concepto del Ministerio del Trabajo en el que hace referencia a casos de enfermedad, donde se ha suspendido el contrato de trabajo y se ha reclamado, o más bien indica que suerte corren las primas de servicios, me permito leer "...esa interrupción del vínculo contractual afectaría el reconocimiento y pago de diferentes prestaciones a cargo del empleador como es la prima de servicios cuyo reconocimiento dependerá del tiempo laborado según lo establece el artículo 306 del CST. y el artículo 306 dispone: de la prima de servicio a favor de empleado. El Empleador está obligado a pagar a su empleado o empleados, la prestación social denominada prima de servicios que corresponderá a 30 días de salario por año, el cual se reconocerá en dos pagos así: la mitad máximo el 30 de junio y la otra mitad a más tardar los primeros 20 días de diciembre, su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado durante el primer semestre del año, en algún período de tiempo se suspende el contrato de trabajo, se verá reflejado en el pago de la prima pues se verá disminuida dicha prestación en el caso de no prestar sus servicios durante todo el semestre no habrá lugar al reconocimiento de la prima de servicios...", de manera que es claro porque si el demandante no presta los servicios porque se le tiene que reconocer un período pues que no laboró, esto en razón a que no se cumplirían las razones legales para su reconocimiento, pues se recuerda que la prima de servicios es catalogada por el CST como una prestación social especial a cargo del empleador, las cuales solo son exigibles cuando se cumplen con todas las condiciones que prevé la ley, así lo estableció la Corte Constitucional en sentencia T-892 de 2009, que me permito leer (lee); de manera que es claro que acá no se puede aplicar el principio de favorabilidad, en tanto pues la norma que reglamenta la prima de servicios, esto es el artículo 306 del CST, es absolutamente clara e indica que su reconocimiento se hará por todo el semestre

trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado por ser esta una prestación de carácter especial, de manera que no es acertado que la juez de primera instancia indique que esta prima debía liquidarse teniendo en cuenta que (sic) o debía reconocerse en atención al principio de favorabilidad; de manera pues que, le solicito al H. Tribunal Superior de Cundinamarca, se sirva evaluar esos argumentos planteados por la juez de primera instancia. Y Frente al artículo 65, frente a la indemnización moratoria, concluye la juez de primera instancia, sin mucho argumento y más bien de manera general que mi representada había actuado de mala fe, por cuanto simplemente desconoció las normas laborales y simplemente liquidó tanto la indemnización por despido sin justa causa como la prima de servicios a como ella le pareció, teniendo en cuenta pues un salario cero y pues dicha situación no reviste mayor argumento por parte de la juez de primera instancia; por el contrario, debe indicarse que mi representada actuó de buena fe durante la vigencia de la relación laboral y así mismo a la terminación del contrato de trabajo, mantuvo al demandante, vale la pena llamar la atención que dispuso que el demandante disfrutara de sus vacaciones en un período casi de 32 días, conforme lo indica el comprobante o el detalle de nómina que se encuentra en el expediente, primero lo manda a vacaciones, mantiene su contrato de trabajo pese a las circunstancias en las que nos encontrábamos, que parece que no son significativas para la juez de primera instancia, sino que simplemente concluyó que hubo mala fe sin importar todos los actos y las diligencias que tuvo que desplegar mi representada no solo para mantener el contrato de trabajo del demandante, sino de todos sus trabajadores; entonces, no se evidencia por ningún motivo que mi representada haya actuado de mala fe, contrario de ello, lo que pasa es que pues las conclusiones ligeras que realizó la juez de primera instancia la llevaron a concluir que había un acto de mala fe, pero sin mayor argumento, de manera que mi representada conforme las pruebas documentales que obran en el expediente y conforme a las pruebas testimoniales que se practicaron e incluso en el interrogatorio de parte de la representante legal, ello da cuenta que mi representada actuó conforme a derecho, conforme a lo que dispone el artículo 51 y 53 del CST, recordemos que es que acá la juez de primera instancia, lo que está haciendo es que le está dando una interpretación a su manera a supuestamente la jornada laboral que tenía mi representada y conforme a ello concluye que el salario no debía ser "x" sino que debía ser "z", pero bajo su interpretación, interpretación que se encuentra alejada a la realidad si nos remitimos a los comprobantes de nómina en donde se puede evidenciar que el demandante no devengaba un salario fijo y que arrojara el salario mínimo legal mensual vigente, eso es una conclusión que está haciendo la juez de primera instancia respecto de lo que (sic), o más bien interfiriendo en la autonomía de la voluntad de las partes y de lo pactado en el contrato de trabajo por las partes, que no fue desconocido ni por mi representada ni por el demandante, quien lo indicó en su interrogatorio de parte.

Entonces, la juez hizo una interpretación errada tanto a la (sic), o digamos para llegar a imponer una condena respecto de la indemnización del artículo 64 y de igual manera está haciendo la interpretación del artículo 306 del CST en lo que tiene que ver con las primas de servicios, para concluir simplemente que mi representada actuó de mala fe; en ese orden de ideas, pues es claro que mi representada no actuó de mala fe frente a los argumentos, o bajo los presupuestos que está planteando la juez de primera instancia.

De otro lado, hay que manifestar que de manera errada la juez de primera instancia impuso una condena en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria teniendo en cuenta un salario mínimo que supuestamente era el salario que devengaba el demandante que correspondía a un salario mínimo legal mensual vigente, desconociendo claramente que incluso mi representada el 30 marzo de 2020, conforme lo explicó el apoderado de la parte demandante certificó un salario que estaba alrededor de los \$2 millones de pesos; en ese orden de ideas como es posible que la juez de primera instancia concluya que la sanción moratoria debe liquidarse teniendo en cuenta un salario mínimo legal mensual vigente que devengaba supuestamente el demandante; hay bastantes errores en el fallo de primera instancia en cuanto a la interpretación que le suministra la juez de primera instancia tanto al contexto del proceso como a las pruebas documentales, a las pruebas tanto testimonial e interrogatorios de parte practicados en el debate probatorio para, o digamos que la llevan a concluir situaciones totalmente erradas.

De manera que, pues deben revisarse por parte del Tribunal Superior de Cundinamarca, todos y cada uno de los documentos que obran en el expediente, así como las confesiones realizadas en el interrogatorio de parte por el demandante, en consonancia claramente con los acuerdos válidamente celebrados tanto por (sic) o más bien por las partes, tanto por mi representada como por el demandante, los que no fueron desconocidos en el presente proceso.

En este orden de ideas señora juez, dejo sustentado el recurso de apelación, de manera respetuosa le solicito pues que, admita y se conceda el recurso de apelación....”

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término correspondiente para alegar en segunda instancia, las partes allegaron escritos de alegaciones.

El vocero judicial **del demandante**, solicita para la reliquidación de los conceptos objeto de condena, se tenga en cuenta el salario de \$2.160.369, según liquidación final y no el mínimo tomado por la juez, igualmente, sostiene que las “...condenas deberán ser ampliadas en aplicación de los principios de ultra y extra petita en la reliquidación de cesantías, intereses, primas, vacaciones, así como la reliquidación de la indemnización por terminación unilateral (art. 64 ST) y la sanción moratoria del art. 65 del CST...”, considerando para ello:

“(...) I El problema jurídico para verificar en el presente asunto señoría es si la sociedad Inmaculada Guadalupe & Amigos SAS, estaba en principio amparada legalmente para suspender el contrato de trabajo de Jiménez Moreno argumentado fuerza mayor por causa del Coronavirus CONVID-19 y posteriormente terminarlo de manera unilateral sin justa causa y si lo reconocido como indemnización (art. 64 c. s. t.) está ajustada a derecho y la sanción moratoria del art. 65 del CST.

II Sobre los hechos de la demanda:

Se debe rememorar para el efecto señoría que el demandante se vinculó a la sociedad demandada el 25 de mayo de 2007 hasta el 05 de diciembre de 2020, tal como reposa en la liquidación final expedida por la convocada, es decir por más de 13 años, 06 meses, 10 días, con un contrato de trabajo a término indefinido ejerciendo el cargo inicial de barban; con un salario variable de acuerdo con las certificaciones expedidas por la sociedad para el 31 de marzo de 2020 de \$1.933.727.00 más un auxilio de movilización y alojamiento de \$55.262., para un total promedio mensual de \$1.988.989 o con el salario evidenciado en la liquidación final de \$2.160.369 tal como lo ratifica las nóminas de pagos periódicos de seguridad social del actor.

III. Alegatos de Conclusión:

La acción pretende el reconocimiento del vínculo contractual suscrito entre las partes de lo cual no hay discusión y como consecuencia de ello, la reliquidación del pago de todas sus prestaciones sociales incluyendo la indemnización por terminación unilateral consagrada en el art. 64 del C. S. del T., al tenor de la liquidación final efectuada el 05 de diciembre de 2020 y la sanción moratoria del art. 65 del CST.

La sociedad demandada argumento para su determinación fuerza mayor para suspenderle inicialmente el contrato de trabajo con carta del 30 de marzo de 2020 cuando se encontraba gozando de su periodo de vacaciones que iban del 16 de marzo al 06 de abril de 2020; para luego el 05 de diciembre del mismo año terminarle su contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa liquidando la indemnización del art. 64 del CST muy por debajo del salario que devengada al momento de su salida a vacaciones ya que tomo el periodo comprendido entre el 30 de marzo y el 05 de diciembre de 2020, por ende se reitera, que la data para liquidar prestaciones e indemnización por terminación unilateral debió ser entre el 30 de marzo de 2019 y el 30 de marzo de 2020 (salario variable) y no tomando de mala fe el periodo objeto reproche, marzo 30 al 05 de diciembre de 2020, cuando para esa época jamás tuvo ingreso alguno y mal podía la demandada extender lo consagrado en el art. 53 CST, como efectos de la suspensión del contrato de trabajo son que durante ese periodo se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el empleador la de pagar los salarios de esos lapsos. (pueden descontarse por el empleador al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones).

Como se observa nada dice frente al pago de indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo consagrado en el art. 64 CST, así erro la demandada al tomar \$696.348 como salario promedio para el pago de la indemnización objeto de la litis.

Si bien la señora Juez de instancia accedió a las pretensiones de la de demanda, la inconformidad de la parte actora refiere sobre el monto al que concluyo, pues tomo como base para las condenas el salario mínimo base de esa anualidad, cifra distante no solo de lo reclamado sino de lo probado con la documental allegada por las partes al proceso.

Así las cosas, señor magistrado las condenas impuestas deberán mantenerse incólume pero el valor para su reconocimiento no debe ser sobre el salario mínimo enrostrado, sino sobre el salario efectivamente devengado por el actor al momento de salir a disfrutar de su periodo de vacaciones (marzo 16/2020), pues mal puede la sociedad demandada imponer una carga social de pandemia a mi poderdante para aprovecharse de dicha situación social y terminar la vinculación laboral del trabajador más antiguo, porque eso es lo que refiere el actuar de la sociedad, rememórese que la testigo (Lina Alexandra Ceballos Sarria) y la representante legal (Laura Medina) coincidieron en afirmar que las actividades se reactivaron en principio en el mes de agosto y luego en octubre de 2020 sin que en ninguna de esas datas se reintegrara al demandante, lo que evidencia una mala fe del empleador, pues lo llevo suspendido hasta el 05 de diciembre de 2020 para tomar este tiempo como el laborado para aplicar la indemnización por terminación unilateral de contrato (marzo 30 a 05 de diciembre de 2020).

Se debió reconocer y pagar los salarios de agosto o en gracia de discusión desde el mes de octubre hasta diciembre de 2020, cuando decidieron terminar su vínculo laboral pues como está demostrado y así lo refiere la demandada la suspensión del contrato se dio por fuerza mayor, debido a la emergencia sanitaria causada por el virus de COVID-19 y por la cual se cerró el restaurante donde él prestaba sus servicios, no obstante antes de su terminación reactivaron actividades ignorando al demandante para su reintegro.

Rememorando la terminación del contrato fue de manera unilateral por decisión de la parte demandada, argumentado las limitaciones ordenadas por las autoridades con el fin de mitigar la propagación del virus de covid 19 y que a su juicio se constituyó en una fuerza mayor que lo imposibilitó continuar con el contrato de trabajo, por ello debe reconocer la correspondiente indemnización por despido, razón por la cual procede la condena impuesta por la juez de instancia, pero no con el salario mínimo o por horas como erradamente concluyó, sino con el salario con el cual salió a disfrutar las vacaciones de las que gozaba cuando le suspendieron el contrato y luego se lo terminaron.).

Pues si bien para nadie es un secreto que las medidas de restricción de movilidad decretadas por el gobierno nacional, ejecutar la actividad del establecimiento de comercio donde laboraba mi poderdante, esta restricción lo fue hasta el mes de agosto cuando

reactivaron el servicio de comensales tal como lo consigno la testigo arriada al plenario quien por demás fue la encargada de seleccionar el personal que debía acudir a la reactivación, ignorando a Jiménez Moreno según su dicho.

Así las cosas, debe concluirse que si bien la figura de la fuerza mayor invocada tenía una limitación en el tiempo para el caso que nos ocupa y que el contrato estuvo suspendido entre el 30 de marzo y el mes de agosto de 2020 por tal razón, no genero la obligación para el empleador de pagar los salarios causados en dicha data, también lo es que debió vincular al demandante en el mes de agosto pues al desaparecer la causal de fuerza mayor invocada del decreto presidencial que limitaba la apertura de restaurantes, este omitió tal proceder frente a mi poderdante debiéndose ordenar el pago de dichos salarios.

Pues su amparo legal para descontar el tiempo de la suspensión era sobre las liquidaciones de cesantías, vacaciones y jubilación, de acuerdo con lo normado en el art. 53 del CST que establece que los periodos de suspensión pueden descontarse al liquidar estos, pero no sobre la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo como ocurrió en este caso.

Por lo que el actuar de la sociedad demandada evidencia una mala fe pues amplio a su criterio a lo consagrado en el artículo 53 CST para descontar el tiempo de suspensión para pagar la indemnización del art. 64 CST con un salario muy inferior al realmente devengado en el último año de servicios, pues tomo la data del 30 de marzo al 05 de diciembre de 2020 cuando este nunca recibió dinero alguno durante este periodo, así que mal podía tomar este para liquidar la indemnización...” (PDF 05 Cdo. 02 Segunda Instancia).

La sociedad demandada, pretende se revoquen las condenas impuestas en su contra con la decisión apelada, considerando:

“(…) 1. DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR SOCIEDAD INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS S.A.S.

Sea lo primero indicar que erró el A quo en ordenar la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, así como la suma correspondiente a prima de servicios, de igual manera erró al ordenar el pago de la indemnización moratoria, entre otras cosas, por tener en cuenta para su liquidación un salario mínimo, en consideración a las siguientes precisiones:

Al punto debe indicarse que la Juez de Primera Instancia no tuvo reparo alguno frente a la causal de suspensión del contrato de trabajo lo cual se encuentra plenamente acreditado en el proceso, situación que obligatoriamente nos lleva a analizar los efectos consagrados en el artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, para lo cual me permito citar: (transcribe el citado artículo)

...

Lo primero que hay que indicar, es que los efectos consagrados en el artículo 53 del CST, solo hacen referencia a las cesantías, vacaciones y jubilaciones, aspectos que no fueron materia de apelación en el presente proceso, sin embargo resulta relevante traerlo a colación, como quiera que, aun cuando los conceptos objeto de condena a cargo de mi representada no se encuentran allí establecidos, esto es indemnización por despido sin justa causa y prima de servicios, lo cierto es que de manera desacertada la Juez de Primera Instancia haciendo uso de la “condición más beneficiosa al trabajador” aplicó el principio respecto de los efectos consagrados en el mencionado artículo.

Al punto debe indicarse que, respecto a la indemnización por despido sin justa causa, la Juez desconoce e interpreta las cláusulas pactadas debidamente por las partes en el contrato de trabajo y que no fueron objeto de discusión en el presente proceso, por el contrario, fueron ratificadas por las partes en el debate probatorio al afirmar la modalidad

de jornada laboral, la cual correspondía a una jornada de carácter flexible y a la remuneración, esto es frente a la cláusula número novena: (transcribe la aludida cláusula)

De igual manera, las partes pactaron la remuneración en los siguientes términos:

“SEXTA: LA EMPRESA pagará como remuneración por los servicios prestados por el trabajador un salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente **en proporción a las horas laboradas**, que se entenderá que remunera las labores que el trabajador realiza en un mes”.

Conforme a lo anterior, es absolutamente claro y acordado previamente por las partes que la remuneración del demandante consistía en un pago por las horas efectivamente prestadas por el demandante, de manera que si nos remitimos a los comprobantes de pago que obran en el expediente, en los mismo se puede observar la relación de horas efectivamente prestadas por el actor y pagadas por mi representada, sin que durante la vigencia de la relación laboral se presentara reparo alguno entorno a tal situación, conforme a ello, erró el A Quo al indicar que se debía tener como base salarial un salario mínimo legal mensual vigente para efectos de realizar la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa, pues a su parecer la jornada del demandante era estrictamente de 48 horas, desconociendo las pruebas que obran en el expediente, entre las que se destacan los comprobantes de nómina y la confesión del actor en el interrogatorio de parte.

Así mismo, erró el A quo al indicar que el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo no establece que se deba tener en cuenta un promedio salarial para efectos de liquidar la indemnización, tal interpretación que acogió la Juez Laboral del Circuito de Zapaquirá, resulta apresurada y desproporcionada, en la medida que es de conocimiento que al existir varias formas y libertad de estipulación de salario en los términos del artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, no resultaría viable tener para todos los efectos un único salario fijo, desconociendo la voluntad de las partes.

Conforme a lo anterior y analizando la literalidad del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, tenemos que si bien no se hace específica referencia a que deba promediarse el salario cuando se trata de un salario variable, lo cierto es que para todos los efectos sin excepción alguna y sin distinción de si es salario variable o fijo, debe tenerse en cuenta la totalidad del concepto SALARIO, para ello debemos remitirnos al concepto introducido en el artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, así: (reproduce el precepto aludido) .

Conforme a lo anterior, no es viable en el presente proceso tener como base salarial el salario “básico” recibido por el actor, el cual de manera errada y en gracia de discusión indicó el A quo correspondía al salario mínimo mensual vigente, pues debe tomarse la totalidad del salario pactado por las partes, el cual era un salario de carácter variable, para lo cual resultaría indispensable efectuar un promedio salario conforme lo realizó mi representada, al momento de liquidar las acreencias laborales causadas a favor del actor, que en atención a la suspensión del contrato de trabajo que quedo debidamente acreditado en el trámite del debate probatorio, en dicho periodo el actor no devengó salario en los términos del artículo 51 del CST.

De otro lado, en lo que tiene que ver con las primas de servicios, erró el A quo al manifestar que debía tomarse los últimos 3 meses de servicio efectivamente prestado por el demandante, ello en aplicación de la condición más beneficiosa que en interpretación de la Juez sin mayor argumento debía aplicarse, respecto del concepto de primas de servicio, sin embargo, lo que debe hacerse por parte del Honorable Tribunal Superior de Cundinamarca es analizar la literalidad del artículo 53 del Código Sustantivo del Trabajo, en el sentido de que la misma norma es clara en indicar los conceptos sobre los cuales recaen los efectos de la suspensión del contrato de trabajo y el concepto de primas de servicio no se encuentra allí contemplado, para ello vale la pena citar un reciente concepto del Ministerio del Trabajo, en el cual se indicó por parte de esta

autoridad frente a la prima de servicios:

“(…)

Esta interrupción del vínculo contractual afectaría el reconocimiento y pago de diferentes prestaciones a cargo del empleador, como es la prima de servicios, cuyo reconocimiento dependerá del tiempo laborado, según lo establece el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo.

ARTICULO 306 DE LA PRIMA DE SERVICIOS A FAVOR DE TODO EMPLEADO: el empleador está obligado a pagar a su empleado o empleados, la prestación social denominada prima de servicios que corresponderá a 30 días de salario por año, el cual se reconocerá en dos pagos, así: la mitad máximo el 30 de junio y la otra mitad a más tardar los primeros veinte días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajando o proporcionalmente al tiempo trabajado.

Durante el primer semestre del año, en algún periodo de tiempo, se suspende el contrato de trabajo, se verá reflejado en el pago de la prima, pues se verá disminuida dicha prestación, en caso de no prestar sus servicios durante todo el semestre, no habrá lugar al reconocimiento de la prima de servicios.

Esto en razón a que no se cumplirían con las condiciones legales para su reconocimiento, pues se recuerda que la prima de servicios es catalogada por el Código Sustantivo del Trabajo, como una prestación social especial a cargo del empleador, la cual solo es exigible cuando se cumple con todas las condiciones que prevé la ley, así lo estableció la Corte Constitucional en sentencia C-892 de 2009:

“Las prestaciones sociales especiales, en cambio, solo son exigibles para determinadas modalidades de patrono y previo el cumplimiento de las condiciones que para su asunción prevea la ley laboral, emolumentos entre los que se encuentra la pensión de jubilación (en los casos excepcionales en que no es asumida por el sistema general de seguridad social o los regímenes especiales) el auxilio y las pensiones de invalidez (cuando este riesgo no sea asumido por las administradoras de riesgos profesionales) capacitación, primas de servicios y el seguro de vida colectivo entre otros”.

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta que la prima de servicios se encuentra excluida de los efectos de la suspensión del contrato de trabajo, no hay otra vía que remitirnos a lo establecido en el artículo 306 del Código Sustantivo del Trabajo, disposición que es clara en indicar los supuestos de liquidación de la misma, que establece como factor determinante el salario, el cual no fue causado por el actor en el último semestre dada la suspensión del contrato de trabajo desde el mes de marzo al mes de diciembre de 2020, de manera que no era viable que la Juez de Primera Instancia hiciera uso de la condición más beneficiosa, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una prestación de carácter especial a cargo del empleador por la efectiva prestación del servicio.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la condena respecto de la indemnización moratoria, la Juez de Primera Instancia sin mayor argumento a través del cual haya considerado que mi representada, actuó de mala fe, impuso tal condena simplemente por la interpretación errada de la cual hizo uso para imponer condenas que no resultan procedentes en el proceso, conforme a ello, en el presente proceso no quedo acreditada conducta alguna que diera cuenta que mi representada haya actuado de mala, respecto del actor, por el contrario mantuvo vigente su relación laboral hasta que la situación lo permitió, sin dejar a un lado la situación actual que dejó el COVID 19 de la cual todavía se encuentra afectada por los diferentes cierres de establecimientos de comercio.

Sobre el particular, se destaca que no es viable aplicar la sanción moratoria de manera automática como injustamente lo hizo el Juzgado de primera instancia, como quiera que se trata de una interpretación sobre la aplicación de normas, esto es respecto de la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa y de la prima de servicios del último semestre del contrato de trabajo, de manera que no es viable deducir una conducta de mala fe por la simple interpretación normativa, máxime si existe jurisprudencia y conceptos del Ministerio de Trabajo que se han pronunciado en favor de los argumentos que se plantean en estos alegatos y en defensa de la demandada.

Aunado a lo anterior y en gracia de discusión debe indicarse que la indemnización moratoria procede frente a la omisión en el pago de salarios y prestaciones, que no por el pago incompleto, sin perjuicio de ello debe reiterarse que mi representada durante la vigencia de la relación laboral canceló al actor la totalidad de acreencias laborales de manera completa y oportuna, en esa medida, el actor no puede ser acreedor de la sanción pretendida...”

Trajo a colación, apartes de las providencias que allí menciona, esto es la sentencia proferida en el proceso radicado con el número 35.414, del abril 21 de 2009, de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, al igual que de la sentencia de radicación 58890 de noviembre 14 de 2018: para concluir que no hay lugar a la sanción moratoria aludida. Prosiguió, señalando en sus alegatos.

“(…) 1. 1. SOLICITUD DE ADICIÓN DE LA SENTENCIA - ARTÍCULO 287 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO

Esta solicitud se efectúa solo en gracia de discusión, sin ánimo de aceptar los argumentos de la sentencia de primera instancia, y en virtud a lo consagrado en el inciso segundo del artículo 287 del CGP, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPT y SS, que prevé expresamente: “...El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; pero si dejó de resolver la demanda de reconvención o la de un proceso acumulado, le devolverá el expediente para que dicte sentencia complementaria...”, Sobre el particular, se destaca que el artículo 283 del CGP establece que: “ARTÍCULO 283. CONDENA EN CONCRETO. La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados”.

En atención al artículo citado y a la excepción de compensación plantada oportunamente en la contestación de la demanda, ruego al Tribunal revisar el detalle la liquidación final de acreencias laborales, y aplicar la compensación de los mayores valores que se hayan reconocido a favor del actor por parte de mi representada.

2. DEL RECURSO DE APELACIÓN PRESENTADO POR EL APODERADO DE LA PARTE DEMANDANTE

Ruego su señoría dar aplicación al principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del CPT y SS, dado que el apoderado del actor solo tuvo reparo en el salario base que tuvo el Despacho en cuenta para liquidar las condenas, sin haber atacado de manera alguna las pretensiones no reconocidas por la Juez de primera instancia.

Lo anterior, sin ánimo de aceptar las aseveraciones de la parte actora, ratificándonos en los argumentos esbozados en representación de la demandada en el recurso de apelación y alegatos de conclusión...” (PDF 06 Cdno. 02SegundaInstancia).

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y accionada, respectivamente, teniendo en cuenta los puntos objeto de

inconformidad y que fueron sustentados, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Bajo ese contexto, inicialmente se debe precisar que el único motivo de reparo formulado por el apoderado del demandante, fue lo concerniente al monto de las condenas impuestas por concepto de *indemnizaciones por despido y moratoria, así como por prima de servicios*; por consiguiente no hay lugar a “ampliar” éstas -las condenas- “...en aplicación de los principios de ultra y extra petita en la reliquidación de cesantías, intereses ..., vacaciones...”; **menos aún verificar** “...si la sociedad *Inmaculada Guadalupe & Amigos SAS*, estaba en principio amparada legalmente para suspender el contrato de trabajo de *Jiménez Moreno* argumentado fuerza mayor por causa del *Coronavirus CONVID-19* y posteriormente terminarlo de manera unilateral sin justa causa ...”; ya que tales aspectos ni siquiera fueron enunciados al interponerse el recurso de apelación.

Y es que debe recordarse que dicha fase -presentación de alegatos de conclusión en segunda instancia-, es la oportunidad para reafirmar o profundizar los argumentos respecto de las iniciales desavenencias formuladas al interponer el recurso de apelación contra la respectiva sentencia; más no para presentar nuevos reparos como en este caso, desatendiendo las normas procedimentales sobre la materia, por lo que, se advierte que lo ahora solicitado no puede ser tenido en cuenta en este estadio procesal.

Además, no es factible la aplicación de las facultades ultra y extra petita, que pretende dicho vocero judicial; como quiera que la Corporación no está habilitada con tales potestades. Téngase en cuenta que la máxima corporación de cierre de la justicia ordinaria; sobre este tópico, en sentencia SL95189-2015, radicación No. 40501 de 22 de julio de 2015; señaló:

“(...) El artículo 50 del estatuto procesal del trabajo impide que el juez de segunda instancia se pronuncie por fuera o más allá de lo pedido, por cuanto de vieja data la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que las facultades ultra y extra petita contempladas en la norma en mención se encuentran reservadas para el juez de primera o de única instancia, de modo tal que solo le está reservado a éste conceder salarios, prestaciones o indemnizaciones más allá de los pedidos o diferentes de los solicitados cuando los hechos en que se originen se encuentren debidamente discutidos y probados dentro del juicio, siendo que el juzgador de segundo grado no puede hacer uso de estas

facultades oficiosas, al no estar contempladas dentro del ejercicio de sus funciones legales...

La misma Corporación, en el pronunciamiento citado, trajo a colación la providencia CSJ SL de 21 de agosto de 2013, rad. 43673, en la que respecto al artículo 50 del CPTYSS, precisó:

“(...) Por otro lado, no cabe duda que la teleología de la norma acusada, antes y después de la referida inconstitucionalidad parcial, no es otra que la de garantizar a las partes el debido proceso, el derecho a la defensa y, la de evitar decisiones que atenten contra el principio de la no reformatio in pejus, pues de tener estas facultades el juez de segunda instancia, en sus decisiones podría sorprender a una de las partes con un fallo incongruente con las pretensiones del libelo inicial, dejando a la parte afectada sin la oportunidad de poder contrarrestar esta decisión, pues no debe olvidarse que este juez sigue atado al principio de la congruencia en sus fallos...”

Aclarado lo anterior, atendiendo los aspectos motivo de inconformidad presentados por los apoderados de las partes, se observa que no hubo reproche en cuanto a la decisión de primera instancia, en el sentido de declarar la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre las partes; vínculo en el que ejerció el demandante como último cargo el de *Barman*, el cual estuvo vigente entre el 25 de mayo de 2007 y el 5 de diciembre de 2020 y no el 30 de noviembre de 2020 –aspecto que repara el apoderado del actor-; como se colige de la contestación de la demanda (fls. 2 a 25 PDF 09), y se corrobora con el contrato de trabajo y los OTROSI al mismo, de fechas 22 de enero de 2009, 16 de abril de 2011, 31 de octubre de 2016 (fls. 256 a 260 PDF 09); con la carta de terminación del contrato calendada 5 de diciembre de 2020, la cual, en su parte pertinente, indica “...se le comunica la decisión que ha tomado la empresa, de dar por terminado su contrato de trabajo a Término Indefinido, sin justa causa, a partir de la fecha 05 de diciembre de 2020. ... Por lo anterior, a la terminación de su contrato se le entregarán además de las acreencias laborales a las cuales tiene derecho y la indemnización por despido. La liquidación final de prestaciones sociales le será entregada para su respectiva firma...” (fl. 420 PDF 09); con la liquidación del contrato (fls. 40 PDF 01, 421 PDF 09); con las certificaciones laborales expedidas el 31 de marzo de 2020, 28 de junio de 2021, 5 de diciembre de 2020, 30 de marzo de 2021 (fls. 398 PDF 01 y, 270, 422, 428 a 431 PDF 09); con el informe de pagos efectuados al actor desde el 2009 hasta el 2020 (fls. 271 a 358 PDF 09); entre otros documentos militantes en el expediente. También quedo acreditado que, en razón de la pandemia del Covid 19 y de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional - motivos de fuerza mayor -, el vínculo laboral del accionante fue

suspendido entre el 30 de marzo y el 5 de diciembre de 2020 –fecha de terminación del contrato, conforme lo dispuesto en los artículos 51 y 53 del CST, como se acredita con la comunicación adiada 30 de marzo de 2020, referenciada “...Suspensión contrato de trabajo por fuerza mayor...” (fls. 39 PDF 01, 267 PDF 09); con la carta de terminación del nexo contractual referenciada en líneas atrás y, lo confirman las partes en los interrogatorios absueltos y el testimonio practicado –Lina Andrea Ceballos Sarria-.

Por consiguiente, se advierte que la controversia en esta instancia se centra en determinar: (i) El extremo final del contrato de trabajo; (ii) si erró la juzgadora de instancia, respecto al salario tomado para efectos de elevar condena por indemnización por despido, prima de servicios, y; (iii) si también falló al imponer condena por indemnización moratoria; o en su defecto, de encontrarse ajustada a derecho esta decisión, con que salario se debe imponer la misma.

En cuanto al primer aspecto delimitado, el **extremo final** del contrato de trabajo, se advierte un *lapsus calami* de la juzgadora de primer grado al definir el hito de terminación del vínculo contractual; como quiera que desde la contestación de la demanda se indica que el contrato finalizó el 5 de diciembre de 2020 (fls. 2 a 25 PDF 09); esa es la fecha de la carta con la cual se le comunica al demandante la decisión de romper el nexo sin justa causa, al precisar “...se le comunica la decisión que ha tomado la empresa, de dar por terminado su contrato de trabajo a Término Indefinido, sin justa causa, a partir de la fecha **05 de diciembre de 2020...**” (resaltado fuera de texto, fl. 420 PDF 09); hasta esa calenda se extiende la liquidación final de acreencias laborales (fls. 40 PDF 01, 421 PDF 09); y es la data aludida en la certificación laboral expedida en la misma fecha -05 de diciembre de 2020- (fls. 422 PDF 09); por consiguiente, no hay lugar a duda que el extremo final del contrato del accionante, es esa data; razón por la cual se modificará la decisión en este aspecto.

Frente al segundo motivo de inconformidad referido, sostiene el apoderado de la parte actora que la liquidación de los conceptos cuestionados, esto es la indemnización por despido, prima de servicios y sanción moratoria del artículo,

debe hacerse con el salario realmente devengado durante el último tiempo de servicios, ya que *“... bien dijo el despacho y se le respeta que la norma no dice cuando hay salario promedio, pero entendido es que la jurisprudencia lo ha reiterado, que en caso de que el salario sea variable o el promedio, como es el caso que nos ocupa, se debe tomar el devengado durante el último año de servicio; para el caso sería entre el 16 de marzo de 2019 y el 16 de marzo de 2020; porque esta data señora juez, porque recuérdese que el señor JIMENEZ MORENO, se encontraba gozando de vacaciones, para el momento en que la demandada tuvo a bien suspenderse su contrato de trabajo, que lo hizo a partir del 30 de marzo, según da cuenta el escrito remitido, él ingresaba a sus labores hasta el 6 de abril de 2020...”*.

Por su parte, la convocada a juicio considera que, el salario a tener en cuenta para tal efecto, no puede ser el mínimo como erradamente lo determinó la juzgadora de instancia, ya que el pago al demandante atendía a las horas efectivamente laboradas por éste, coligiéndose que *“...el demandante nunca recibió un salario básico como aquí parece que lo interpreta la juez de primera instancia, sino que su equivalencia digamos, que debería dividirse el salario mínimo legal mensual vigente, se dividía por horas y de acuerdo a las horas realmente laboradas por el demandante, era lo que se cancelaba, y esta conclusión es de interpretación respecto de la cláusula 6ª y 9ª. del contrato de trabajo...”*.

Ahora, la operadora judicial de primer grado, para efectos de determinar el salario con el cual, en su sentir, debía liquidarse tanto la indemnización por despido contemplada en el artículo 64 del CST, así como la prima de servicios del año 2020, por las que elevó condena; luego de analizar y concluir que la suspensión del contrato de trabajo del demandante obedeció a fuerza mayor, acaecida por la pandemia del Covid 29 y la emergencia sanitaria decretada por el Gobierno Nacional, que llevó entre otras medidas, al aislamiento preventivo y el cierre de establecimientos entre ellos, el de la sociedad demandada donde prestaba sus servicios el aquí accionante; situación que encontraba sustento en los artículos 51 y 53 del CST; razonó lo siguiente:

“(...) Nótese como acá en la liquidación final de prestaciones sociales que obra en el folio 40 del cuaderno del expediente, dentro del cuaderno de la demanda, se liquidó sobre una base de \$696.348, siendo que el aquí demandante devengaba era un salario mínimo y al haber pactado convencionalmente con la parte demandada 48 horas semanales, esto quiere decir la jornada máxima legal, forzoso es de concluir que dicha base indemnizatoria está por debajo de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, a quien debió habersele garantizado la indemnización por terminación del contrato de trabajo, teniendo como base el salario mínimo, pues no se puede decir que el auxilio

que devengaba adicionalmente corresponda a la base salarial, en la medida de que en los términos contractuales había sido excluido en los términos del artículo 128 del CST; tampoco puede decirse que tuviese que tenerse en cuenta lo del salario variable como tal, en la medida en que este salario no está debidamente determinado y no puede tenerse en cuenta un promedio como lo indica la parte demandante, aun cuando si se evidencia que existe una fracción dejada de reconocer.

Nótese como el artículo 64 del CST, habla de la forma de liquidar la indemnización por terminación del contrato, e indica en los contratos a término indefinido, la indemnización se pagará así: (lee); nótese como no se habla acá de ningún tipo de promedio, donde debe entenderse que es el salario básico como tal, en este caso el salario mínimo. En este caso el despacho encuentra que existe una diferencia pendiente por reconocer teniendo en cuenta los extremos laborales, que corresponden a la indemnización pendiente, por \$1.697.243, esa es la diferencia a la que el despacho ordenará condenar.

Ahora bien, el despacho también encuentra acá que no se le pagaron, no se le ajustaron en debida forma la prima legal de servicios, nótese como de acuerdo con la liquidación obrante en el expediente, se le liquidan 12.92 días de prima, con un devengado de \$44.284, cuando la jornada máxima legal que tenía y habían pactado las partes era de 48 horas semanales, lo lógico era que la base salarial para liquidar la prestación, la prima de servicios tenía que ser el salario mínimo más subsidio de transporte en los términos indicados en las normas laborales, art. 306 y siguientes del CST. Forzoso es de concluir que existe una diferencia dejada de pagar y teniendo en cuenta el promedio devengado por el aquí demandante en los últimos tres meses, de servicio efectivamente prestado.

No puede decirse entonces, que como hubo una (sic), que como hubo simplemente una suspensión del contrato de trabajo deba tenerse en cuenta el producido devengado anteriormente dentro de la suspensión del contrato de trabajo, eso en la medida que perfectamente traería a que fuese cero la liquidación final de prestaciones sociales, en consecuencia, debe entonces el despacho interpretar de conformidad con la norma más favorable los efectos de la suspensión del contrato de trabajo del artículo 53 del CST, simplemente acá lo que se autoriza por parte del artículo 53, es la posibilidad de descontar dicho término de la suspensión para el efecto de vacaciones, cesantías y jubilaciones; quiere ello decir que debió haberse pagado en cesantías con corte a lo devengado por el aquí demandante, así como la prima de servicios, con corte a lo devengado por el aquí demandante con corte a 30 de marzo de 2020, el despacho no encuentra diferencia alguna respecto de las cesantías, pero si encuentra una diferencia respecto de la prima de servicios, diferencia que correspondería a \$401.517, en la medida que el despacho promedia lo devengado de conformidad con las disposiciones laborales que indica, lo que traería como consecuencia, que tuviese un promedio de \$1.783.206, de acuerdo con los cálculos y de acuerdo con las horas y los consolidados que le fueron pagados y fueron aportados por la sociedad demandada dentro del presente proceso.

En consecuencia, para este estrado judicial si debe hacerse una reliquidación en lo concerniente a la... a la prima de servicios dejada de devengar porque existe una diferencia de \$401.517 y así mismo también respecto de la indemnización por terminación de contrato de trabajo, porque existe una diferencia de \$1,697.243...”.

Al proceso se allego, entre otras, certificación expedida el 31 de marzo de 2020 por la sociedad demandada, en la que se hace constar el vínculo del demandante, su modalidad, el extremo inicial, el cargo, precisando “...de acuerdo al valor asignado por el número de horas trabajadas el INGRESO MENSUAL PROMEDIO es de \$1.933.727.00, la compañía reconoce por mera liberalidad al trabajador un Auxilio Extralegal de Movilización y Alimentación mensual promedio por valor de \$55.262.00 el cual NO CONSTITUYE SALARIO para ningún efecto...” (fl. 38 PDF 01). Téngase en cuenta que el contrato del

demandante se encontraba suspendido entre el 30 de marzo y el 5 de diciembre de 2020, por tanto, éste no devengó salario alguno durante ese lapso, conforme lo previsto en el artículo 53 del CST en armonía con el 51 ídem.

En el contrato de trabajo, se estableció en la cláusula 6ª “...La EMPRESA pagará como remuneración por los servicios prestados por el trabajador un **salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente en proporción a las horas laboradas**, que se entenderá que remunera las labores que el trabajador realiza en un mes...”; y en la 9ª “...JORNADA LABORAL. Con fundamento en el artículo 51 de la Ley 789 de 27 de diciembre de 2002, EL TRABAJADOR conviene con la EMPRESA, la implementación de una jornada laboral flexible de 48 horas semanales que se desarrollará según la programación señalada en el caso por LA EMPRESA dependiente de las necesidades del servicio, sin lugar a ningún recargo por trabajo suplementario ... **El trabajador se compromete a trabajar todos y cada uno de los días festivos calendario del año calendario dentro del horario asignado por la empresa...**” (resaltado fuera de texto, fl. 256 a 260 PDF 09).

En la liquidación final de prestaciones sociales, se toma “SAL BASE LIQUIDA” para cesantías “\$2.160.369”; para indemnizaciones “\$696.348” y, para prima legal “\$102.854” (fls. 40 PDF 01, 421 PDF 09).

En el interrogatorio de parte, el demandante admitió que su retribución correspondía a las horas laboradas, ya que precisó “...los horarios a veces eran de 8 horas o más ya dependía era de la operación del restaurante como tal...”; que su salario estaba “...constituido con un salario básico por hora, más horas extras diurnas, horas extras nocturnas, recargo nocturno, recargo dominical y festivo y un descanso remunerado, adicional a eso tenía un pago por comisión de venta de cocteles que era variable mensualmente...”; que las sumas que percibía todos los meses no eran iguales “...no, mi salario era variable. tenía un auxilio extra de alimentación y movilización que era un valor de \$367 pesos por hora; en la certificación laboral que tengo en mi poder que fue la última del mes de marzo aduce que ese pago no es prestacional, sin embargo, era un pago mensual que se hacía...”

En ese orden de cosas, no cabe duda que real y materialmente el salario del trabajador era por horas laboradas; por lo que surge evidente que, el entendimiento y la conclusión a la que arribó la juez de instancia para obtener el salario para liquidar la indemnización por despido sin justa causa, esto es que

correspondía al mínimo legal, no se acompasa con lo acreditado en el expediente, téngase en cuenta que se le retribuía de conformidad con el número de horas realmente laboradas, no siendo siempre de 48 a la semana, como lo concluyó la operadora judicial; y es que la misma parte demandada insiste que al trabajador se remuneraba teniendo en cuenta el número de horas realmente trabajadas, por lo que éste no devengaba un salario fijo sino variable; situación que fue la probada en el presente asunto, téngase en cuenta que lo percibido por el actor variaba mes a mes como se advierte del informe de pagos efectuados al trabajador, aportados por la sociedad demandada desde el 2009 hasta el 2020 (fls. 270 a 358 PDF 09).

Ahora, respecto al salario que se debe tener en cuenta o tomar para efectos de la liquidación de la indemnización por despido cuando la retribución es variable, que es el punto álgido en el presente asunto, la jurisprudencia, en sentencia SL4743-2018, con radicado No. 61705 de 9 de octubre de 2018, con ponencia del Magistrado Carlos Arturo Guarín Jurado, sostuvo:

“(...) El recurrente asegura que el Tribunal erró en la interpretación del art. 64 CST, pues para calcular la indemnización por despido sin justa causa, su adecuada intelección, exigía conocer el salario promedio que devengó el trabajador en los 12 meses anteriores a la terminación del contrato laboral, por lo que era improcedente cuantificarla, con el promedio de lo devengado en la fracción del año en que ocurrió el finiquito contractual.

Al respecto, advierte la Sala que en ningún error jurídico incurrió el Tribunal, pues confirmó la indemnización por despido sin justa causa que liquidó el Juez de primer grado, con fundamento en el salario promedio que tuvo el empleador para liquidar las prestaciones sociales del trabajador, es decir, el que correspondía a la proporción del último año laborado por el demandante, en igual forma, que lo ha realizado la Corporación, cuando, como en el caso, el trabajador devenga un salario variable.

En efecto, la Corte, para liquidar la indemnización por despido injusto, en sentencia CSJ SL, 31 may. 2011, rad 38226, halló el salario variable de cada uno de los meses del año en el que se terminó el contrato de trabajo, esto es, para ese caso, de enero a junio de 2002; luego, obtuvo el valor del día promedio durante los 209 días laborados en esa anualidad y el producto lo multiplicó por los días que correspondían a la indemnización, de la siguiente forma:

Para el año 2002, la relación se extendió desde el 8 de enero hasta el 7 de agosto terminó anticipadamente el contrato; en tal sentido para fijar el salario variable, nuevamente se tendrán en cuenta las comisiones; de conformidad con lo previsto en la cláusula tercera, los periodos van de 8 a 7 de cada mes; enero \$3.509.965 correspondiente a la comisión, más \$376.238 correspondientes a los 22 días de dicho mes, para un total de \$3.886.203 (fls. 136-137); febrero \$3.385.592 (fls. 134-135); marzo \$4.148.409 suma que se tendrá como referencia, por cuanto es la única que aparece discriminada y que contiene el valor por la tarifa fija; para el mes de abril, en el que la orden anexa a folio 125

refleja que lo recaudado ascendió a \$60.258.552 y que el 7.5% de la comisión suma \$4.519.939, a lo que debe añadirse los \$513.053, para un total mensual de \$5.032.992; del mes de mayo no aparece acreditada la causación de comisiones, de manera que sólo se tendrá en cuenta el sueldo fijo por valor de \$513.053; junio, para efectos de computar aparece a fol. 120 que lo recaudado para ese periodo ascendió a \$36.123.193 y que la comisión era del 7.5% que correspondía a \$2.709.239,4, a la que se le debe sumar la tarifa fija y totalizaría \$3.222.293; el último periodo de 7 de julio a 7 de agosto en el que, por comisiones se causó el pago de \$688.220, a lo que se debe añadir los \$513.054, para un total de \$1.201.274. La sumatoria de lo devengado da \$21.013.578, lo que dividido en 209 días, nos da un diario de \$100.543 multiplicado por 30 nos refleja una mensualidad de \$3.016.303,06 que deberá tenerse en cuenta para efectos de realizarse la reliquidación de prestaciones, así como de la indemnización por terminación anticipada del contrato.

[...]

Respecto de la indemnización por terminación anticipada del contrato, cabe señalar que el contrato inicialmente se pactó hasta el 12 de diciembre de 2002, sin embargo la Federación estimó que lo daría por terminado a partir del 7 de agosto del mismo año, es decir, faltando 125 días para su culminación y es por ese lapso por el que se concretará la citada indemnización que, reliquidada con el último salario asciende a \$12.508.125; el tema de salarios dejados de cancelar, de enero a mayo de 2002, no fue objeto de discusión en las instancias, ni el Tribunal lo incluyó dentro de sus condenas, de manera que frente a ese aspecto no hay lugar a pronunciarse.

En ese contexto, no asiste razón a la censura, al asegurar que frente a la existencia del salario variable, debe calcularse la indemnización por despido injusto, en razón a los 12 meses que anteceden a la terminación, pues como quedó visto en similares eventos, se ha tomado es el salario promedio de la proporción del último año laborado.

Ahora, no pasa por alto la Corporación que, por ejemplo, en sentencia CSJ SL13518-2017, tomó como salario para liquidar la indemnización en comento, por tratarse de una remuneración variable, «el promedio, del último año». Empero, cumple precisar, que esa referencia la realizó para aludir al año final de prestación de servicios del trabajador, obteniendo el promedio de lo devengado en los meses que laboró dentro de la anualidad en que se terminó el contrato, lo cual es ostensiblemente diferente a afirmar, que deba ser el promedio de los 12 meses anteriores a la terminación de ese vínculo...”

En ese orden de cosas, atendiendo el criterio jurisprudencial traído a colación, se puede evidenciar del informe de pagos efectuados al trabajador aportados por la sociedad demandada desde el 2009 hasta el 2020 (fls. 270 a 358 PDF 09), que para el año 2020, el actor disfrutó de vacaciones desde el 16 de marzo, vencido dicho descanso remunerado se le suspendió el contrato de trabajo, tal como lo admiten las partes y quedó debidamente acreditado en el expediente; por tanto, del tiempo laborado, esto es del 1° de enero a 15 de marzo de la misma anualidad (fls. 355 a 357 PDF 09), al trabajador le reconocen emolumentos como “AUXILIO EXTRA DE MOVILIZACIÓN” el cual no constituye salario, tal como lo pactaron las partes, en el OTROSI al contrato, celebrado el 31 de

octubre de 2016 (fls. 263 a 265 PDF 09); lo definió la juzgadora de instancia y no fue motivo alguno de reproche en oportunidad por la parte demandante; por consiguiente, dicho concepto no puede ser tenido en cuenta para efectos de determinar la base salarial para la liquidación de la indemnización por despido y la prima.

Sin embargo, también se le reconocen conceptos como “BASICO, HORAS EXTRAS DIURNAS ORDINARIAS, HORAS EXTRAS NOCTURNAS ORDINARIAS, RECARGO NOCTURNO ORDINARIO, HORAS EXTRAS DOMIN Y FEST DIURNAS, HORAS EXT DOMING Y FEST NOCT. RECARGO DOMINICAL Y FESTIVO, DESCANSO COMPENS REMUNERADO, OTROS PAGOS PRESTACIONALES”, los cuales proyectan las siguientes sumas: para el lapso 20200101 o primera quincena de enero \$1.897.466, para el 202020102 o segunda quincena de enero \$537.345, para el 20200201 o primera quincena de febrero \$1.151.009, para el 20200202 o segunda quincena de febrero \$592.810 y, para el 20200301 o primera quincena de marzo \$1.725.404; que arroja como resultado la suma de \$2.361.613.60 como salario mensual, siendo el valor que debe tomarse para efectos de liquidar la aludida acreencia por la que se elevó condena.

En efecto, como quiera que, si bien obra certificación expedida por la Presidente Servicios Compartidos de la sociedad demandada, de fecha 31 de marzo de 2020, en la que se hace constar el guarismo de \$1.933.727.00 como INGRESO MENSUAL PROMEDIO, también se indica “...Sujeta a verificación por el proceso de Talento Humano, Gestión de trámites...” (fl. 38 PDF 01); significando que no hay certidumbre que corresponda al promedio realmente devengado por el trabajador acorde con las horas efectiva y materialmente laboradas.

Respecto a la prima de servicios, debe advertirse que, al ser ésta una prestación de causación semestral, el promedio a tener en cuenta es el de la anualidad o periodo a reconocer, vale decir, para el caso específico del accionante, lo devengado de enero de 2020 en adelante, ya que lo percibido con anterioridad, sirvió para liquidar las primas anteriores; en consecuencia, no es factible como lo pretende al vocero judicial del demandante, tomar el promedio

de lo percibido entre el 30 de marzo de 2019 y el 30 de marzo de 2020, toda vez que ello conllevaría a que se utiliza la misma base para computar dos primas diferentes, lo que no es procedente.

Dicho razonamiento fue expuesto por la Corporación, en sentencia de 29 de septiembre de 2022, dentro del proceso de similares pretensiones, radicado bajo el número No. 25269-31-05-002-2021-00072-01, seguido entre otra, contra la aquí demandada, con ponencia del doctor *Eduin de la Rosa Quessep*, en el que al respecto se precisó:

“(...) En lo concerniente a las condenas, a las que se opone la demandada Señora del Rosario, hay que empezar por decir que estas se cuestionan con el argumento de que se calcularon con el salario que no correspondía. Al respecto, interesa señalar que en lo concerniente a la indemnización por despido y la prima de servicios, la Sala comparte parcialmente la decisión de la jueza, porque si bien el último salario certificado al demandante en octubre de 2020, como consta en la certificación expedida por la gerente de talento humano, fue la suma de \$2.446.988 (folio 54, archivo anexos demanda) como, además, consta en la liquidación y lo aceptó la representante legal en el interrogatorio de parte, no quiere ello decir que ese era el salario que debía tenerse en cuenta para liquidar la prima de servicios. Así se dice, porque siendo esta prestación de causación semestral es lógico que el promedio que debió tenerse en cuenta fue el causado de enero de 2020 en adelante, ya que los devengados con anterioridad sirvieron para liquidar las primas anteriores, y aplicar la fórmula del a quo significa que se utiliza la misma base para computar dos primas diferentes. En ese orden de ideas, el método utilizado por la empresa para hallar el promedio con el fin de calcular esta prestación por el segundo semestre de 2020 en la liquidación final de prestaciones sociales (\$102.854), y que consistió en tomar lo pagado por auxilio de transporte, resulta inaceptable en tanto es incluso inferior al salario mínimo legal; en ese orden de ideas, dicha prestación se liquidará, a juicio de la Sala, con el último salario promedio del año 2020, lo que lleva a examinar los pagos de enero a marzo de 2020 y que son los siguientes, contados a partir de la primera quincena de enero y hasta la primera quincena de marzo \$939.513, \$1.113.585, \$947.753, \$1.058.410, \$946.696, que da un promedio mensual de \$2.002.383. No puede pretenderse encontrar un promedio diferente, dado que de ahí en adelante el trabajador no percibió salario, ni mucho menos puede computarse “0” durante estos lapsos, o tener en cuenta solo el auxilio de transporte. ...”

Bajo ese panorama, se observa que, el monto tomado por la empresa para calcular dicha prestación por el segundo semestre de 2020 -que además no específico como lo obtuvo-, según se registra en la liquidación final de prestaciones sociales (\$102.854), no es de recibo ya que incluso resulta inferior al salario mínimo legal; y tampoco se puede considerar que no hay lugar a liquidar tal acreencia por cuanto a partir del 30 de marzo de 2020, el actor no percibió suma alguna, por encontrarse como se ha dicho, suspendido su contrato de trabajo, o que dicha liquidación arroja “0”; por tanto, atendiendo el criterio de la Sala, dicha

prestación se liquidará, con el último salario promedio del año 2020, definido en precedencia, el cual se obtuvo del examen de los pagos realizados de enero a marzo de 2020; consideración que, se compagina igualmente, con lo adoctrinado por la jurisprudencia legal para efectos de obtener la base salarial para liquidar la indemnización por despido, y en este caso, las acreencias con las que se grabó a la parte demandada.

En consecuencia, le corresponde al demandante la suma de \$1.016.805.85 por prima de servicios del segundo semestre de 2020, valor que al descontarle lo pagado en la liquidación de \$44.284 (fls. 40 PDF 01 y 421 PDF 09), arroja una diferencia de \$972.521.85; y \$22.089.746,40 por indemnización por despido, que al hacer el descuento de lo reconocido por la accionada \$6.513.433, resulta un quantum de \$15.576.313.40; en virtud de lo cual, se modificará la sentencia en los términos indicados.

En lo que respecta al otro reparo de la parte demandada, esto es lo atinente a condena por **sanción moratoria el artículo 65 del CST**; debe precisarse que como lo ha reiterado de manera pacífica la jurisprudencia legal, para su imposición debe analizarse la conducta del empleador, ya que la misma no surge automática ni inexorable por la sola existencia de saldos salariales o prestaciones a cargo de patrono; sino que deberá absolverse de la misma, de acreditarse que existen serios motivos que puedan ser considerados como atendibles de tal manera que razonablemente hubieren llevado al empleador al convencimiento de que nada adeudaba a su trabajador (a), para ubicarlo en el terreno de la buena fe, entendida esta como aquel *“...obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, (...) en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos...”*, sin que, por alguna razón, la mala fe pueda presumirse en su contra (CSJ, sentencias radicados 32416 de 2010, 38973 de 2011, SL11436 de 2016, SL 16967-2017, SL194-2019, SL539-2020 y SL3288 de 2021 entre otras).

En este punto, se advierte que, si bien resultó condena por diferencia por prima de servicio, único concepto que daría lugar a la sanción analizada; también

se observa que ante la situación presentada, vale decir el hecho de la pandemia y la emergencia sanitaria que conllevaron la suspensión del contrato de trabajo, el no tenerse certeza sobre el tiempo que debía tomarse para la liquidación de dicha acreencia –la prima de servicios-, al igual que el salario a tener en cuenta para tal efecto; ya que son aspectos indudablemente confusos, bien pudieron llevar al convencimiento al empleador que en la forma en que se estaba liquidando era la correcta, la suma pagada la que correspondía y por tanto, no adeudaba nada por este concepto.

Aunque como se precisó, tal entendimiento de la pasiva no era el acertado, no se advierte un actuar de mala fe de la sociedad accionada, que conlleve la imposición de la sanción analizada; por cuanto pagó a la finalización del contrato lo que consideró deber dadas las circunstancias referidas en precedencia, que permiten justificar de manera razonada y atendible su proceder, para liberarla de la sanción mencionada; razón por la cual se revocará la condena impartida por la juzgadora de primer grado.

Como quiera que no hubo condena por sanción moratoria, y ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, atendiendo las nuevas directrices jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la CSJ (Sent. SL359 y SL859 de 2021), se condenará a la demandada a reconocer la suma por concepto de prima de servicios debidamente indexada, con base en los IPC certificados por el DANE, tomando como índice inicial el de la fecha en que terminó el contrato y como final el de la fecha en que efectivamente se haga el pago de las diferencias surgidas; como quiera que, respecto de la indemnización por despido, se dispuso por la juzgadora de primer grado, la actualización de la misma.

Finalmente, respecto a la manifestación de la convocada a juicio, en el sentido que se adicione la sentencia en los términos del artículo 287 del CGP y se tenga en cuenta la excepción de compensación, debe precisarse que ello no es procedente por lo que se deniega el pedimento. Téngase en cuenta que, dicho precepto va encaminado a que la petición de adición se presente ante el juez que

emitió la decisión y solo en ese evento se habilitaría a la Corporación para adicionar la sentencia en el caso que el a quo no se hubiese pronunciado al respecto, es el entendimiento correcto del inciso segundo del artículo 287 del CGP; sin embargo, no se observa que hubiere sido, lo que conlleva a que no se reúnan los presupuestos para tal efecto. Ahora, en gracia de discusión de atenderse la tesis de dicha parte en cuanto que es factible en esta oportunidad y bajo dicha normatividad hacer tal pronunciamiento; que se repite, no es lo considerado; debe advertirse que tampoco habría lugar a dar aplicabilidad a dicha figura jurídica, habida consideración que no se indica sobre que concepto específicamente recaería la misma, sin que se observe reconocimiento y pago de algún emolumento adicional a las acreencias laborales derivadas del contrato de trabajo que por ley le corresponden al demandante por la prestación de sus servicios, para hacer tal compensación.

En los anteriores términos quedan resueltos los puntos materia de apelación, recordándose que la Sala no tiene competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los sustentados en la alzada.

Sin costas en la instancia, ante la prosperidad parcial de los recursos impetrados.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida 3 de mayo de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Zipaquirá – Cundinamarca, dentro del proceso ordinario promovido por **JUAN PABLO JIMÉNEZ MORENO** contra **INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS S.A.S.**, respecto al extremo final del contrato de trabajo y el quantum de las condenas impuestas. En consecuencia, **DECLARAR** que el contrato de trabajo existente entre las partes aquí en litigio, finalizó el 5 de diciembre de 2020 y no en

la fecha determinada por la juez. **CONDENAR** a la sociedad demandada **INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS S.A.S.**, pagar al accionante debidamente indexadas, las sumas de \$972.521.85 y \$15.576.313.40, por concepto de diferencia de prima de servicios e indemnización por despido, respectivamente; de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia apelada, que condenó a la sociedad demandada pagar la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST; en su lugar **ABSOLVER** a la accionada **INMACULADA GUADALUPE Y AMIGOS S.A.S.** de esa petición, atendiendo lo considerado en precedencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás, la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: En firme esta providencia, y sin necesidad de orden judicial adicional, devuélvase el expediente digitalizado al juzgado de origen, para lo de su cargo.

LAS PARTES SERÁN NOTIFICAS EN EDICTO, Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITAN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



LEIDY MARCELA SIERRA MORA
Secretaria