



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

Acta número: 030

Audiencia número: 393

En Santiago de Cali, a los veintisiete (27) días del mes de septiembre de dos mil veintidós (2022), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme al artículo 13 de la Ley 2213 del 2022, modificatorio del artículo 82 del CPL y SS, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación interpuesto contra la sentencia número 100 del 22 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por BRAYAN DAVID VALDES CASTAÑEDA en contra la sociedad MEGASPORT CI SAS.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La apoderada del actor al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, solicita sea ratificada la sentencia impugnada, al darse valor a todas las pruebas recaudadas que permitieron establecer el despido indirecto porque al hacer el empleador uso del ius variandi no lo hizo de manera objetiva.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 0355



Pretende el demandante que se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido. Reclamando el pago de la indemnización por despido indirecto, la remuneración de los días de descanso y la sanción moratoria.

En sustento de esas peticiones, afirma el actor que estuvo vinculado con la demandada, mediante contrato de trabajo a término indefinido, que rigió del 09 de julio de 2008 al 10 de febrero de 2017, desempeñando el cargo de Vendedor – Oficios Varios. Devengado el salario mínimo, más el valor por horas extras, dado que laboraba de 8.30 a.m. a 7.30 p.m. de lunes a sábado y domingos y festivos de 8.am. a 1.30 p.m. Además, que cada año se hacía la liquidación del contrato. Que el jefe inmediato era el administrador, señor Omar Navarrete. Que la demandada no le concedía el día de descanso y si lo solicitaba era descontado de la quincena.

Que tuvo varios llamados de atención, a los que siempre dio respuesta, exponiendo motivos y alternativas para un mejor desempeño en su trabajo.

Que el 26 de enero de 2017 le notifican el traslado de la ciudad de Buga a Cali, debiéndose presentar el día 30 del mismo mes y año. Pretendía la empresa que en tres días hiciera el traslado cuando está radicado en Buga con su familia. Situación que puso en conocimiento de la demandada, quien le expreso que no está en capacidad de brindarle beneficios adicionales. Razón por la cual el 06 de febrero de 2017 le comunica a la demandada que no le es posible aceptar el traslado en las condiciones que le ofrecen y le informa que se da un despido indirecto.

El 06 de febrero de 2017 la empresa requiere al trabajador para que informe el motivo de la inasistencia a laborar, dando el actor 08 de febrero de esa anualidad respuesta, reiterando el despido indirecto porque no puede aceptar el traslado. El 11 de febrero de 2017 le envían al demandante comunicación de terminación del contrato con justa causa y el día 13 del mismo mes y año le realizan la liquidación de las prestaciones sociales.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA



La sociedad demandada a través de apoderada judicial al dar respuesta, acepta la existencia del contrato laboral, extremos indicados, salario, pero expresa que el demandante si disfrutaba de los descansos que se otorgaban un día en la semana para suplir el dominical, día que era escogido por el trabajador. Igualmente expresa que se le hicieron llamados de atención al actor, por la situación que se estaba presentando en el local de Buga, como era bajas en las ventas y no reacción por parte del personal. Expresa que, a mediados del año, se le informó a todo el personal la situación financiera por la que atravesaba la empresa, por la subida del dólar, la baja en ventas en varias ciudades y que se veían obligados a cerrar puntos de venta, solicitándosele a los trabajadores apoyo y compromiso para sortear esa situación. Que el punto de venta que estaba en la ciudad de Buga fue cerrado en los primeros días de marzo de 2017, porque económicamente no daba para sostenerse y por ello se tomó la decisión de trasladar al actor a laborar a Cali, sin que se lo hubiera presionado para renunciar o dejara abandonado el puesto como fue lo ocurrido, por el contrario, se buscó garantizar de manera clara y efectiva el derecho al trabajo, sin que se hubiese dado el ius variandi de manera abusiva. Bajo esos argumentos se opone a las pretensiones y formula en su defensa las excepciones que denominó: cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación laboral.

DECISIÓN DE PRIMER GRADO

El proceso se dirimió con sentencia, mediante la cual la operadora judicial resolvió:

1. Declara que entre BRAYAN DAVID VALDES CASTAÑEDA y la sociedad MEGASPORT CI SAS existió un contrato laboral a término indefinido, iniciado el 09 de julio de 2018 y terminado el 30 de enero de 2017 de manera indirecta por el empleador.
2. Condena a la sociedad demandada a pagar al actor la suma de \$4.450.948 por concepto de indemnización por despido directo del contrato de trabajo.
3. Condena a la parte pasiva a cancelar al demandante la suma de \$7.431.585 por concepto de días de descanso causados y no pagados entre el 09 de julio de 2008 y el 30 de agosto de 2016.



4. Condena a la demandada al pago de la sanción moratoria a partir del 31 de enero de 2017.

Para arribar a las anteriores conclusiones, la A quo da valor probatorio a la prueba documental aportada por la demandada, como fueron los llamados de atención y la renuncia, lo que dan lugar a establecer el contrato de trabajo. En cuanto a la terminación de éste, hace referencia al *lus Variandi*, facultad del empleador, por lo tanto, no toda modificación del contrato exige el acuerdo con el trabajador, pero no se puede vulnerar la dignidad de éste. Que cuando se trata de cambio del sitio del trabajo, debe ser objetivo que no afecte las condiciones familiares y personales del trabajador, citando varios precedentes sobre el tema del *lus Variandi*, para establecer que se acreditó el hecho del traslado y la respuesta del actor, donde informó sobre su problemática familiar y costos que ello implicaba, pero la empresa le informó que no había otras condiciones especiales, sólo el pago del transporte de los bienes.

Igualmente, la operadora judicial da valor probatorio a la declaración que rindió el señor Omar Navarrete, quien fuera el administrador del local de propiedad de la demandada ubicado en Buga, quien expuso que la empresa tres días antes les comunicó sobre el traslado a Cali, donde él y el actor solicitaron al propietario de la empresa que les pagaran viáticos, propuesta que no fue aceptada. Refiere que el declarante expone sobre la situación familiar del actor, para concluir la A quo que el traslado de la ciudad de Buga a Cali, incrementaría los gastos del demandante quien sólo percibía el salario mínimo, donde el costo de vida es mayor en la capital, por lo tanto, el empleador debió crear condiciones favorables para el traslado, a fin de asegurar que el trabajador continuara laborando y en su lugar invocó la demandada una terminación del contrato por no presentarse a laborar en Cali, cuando éste le había manifestado con anterioridad el despido indirecto. Ese cambio de lugar de trabajo, imprevisto, mediato, sin consulta, afectó derechos del trabajador, que genera la indemnización por despido injusto.

En cuanto a los días de descanso, la juzgadora de instancia, da valor probatorio a la prueba documental y al testimonio del señor Omar Navarrete, medios de prueba con los que se acredita que el actor laboraba los dominicales y festivos y tomaba un día de descanso en la



semana que era programado, pero éste no se le remuneraba, sin que la parte demandada hubiese allegado todas las nóminas y comprobantes de pago que desvirtuara lo anterior.

Consideró la A quo que la entidad demandada actuó de mala fe por el no pago de los días de descanso e hizo un traslado del lugar del trabajo inconsulto, intempestivo, que dio lugar a imponer la indemnización moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo, al devengar el actor el salario mínimo.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte pasiva formula el recurso de alzada, persiguiendo la revocatoria de las condenas impuestas, afirmando que de acuerdo con el testimonio del señor Navarrete, al actor se le hicieron los pagos de los días festivos, pago que se hizo en efectivo, por lo tanto, éstos fueron remunerados. Que es improcedente la sanción impuesta por la terminación del contrato, porque el local se cierra no para perjudicar al trabajador, sino por las ventas bajas que no permitían sostenerlo. Que no hubo mala fe de la entidad demandada, porque al actor se le cancelaba su salario y el auxilio de transporte, pese a que no tenía derecho a éste porque laboraba cerca del local y además la empresa asumió los costos de transporte de Buga, cuando se requería.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

De acuerdo con los argumentos expuestos por el apoderado de la parte demandada, no es materia de discusión la existencia del contrato laboral, su modalidad. Corresponderá a la Sala determinar si la terminación del contrato fue dada por una decisión unilateral del trabajador con justa causa que conlleve el reconocimiento a la indemnización por despido injusto. Además, se definirán si se acreditó la prestación de servicios los días dominicales y festivos y de ser así, si al actor se le concedió el día de descanso remuneratorio y de ahí se definirá si hay lugar a la indemnización moratoria.

Para darle respuesta a las controversias planteadas, la Sala se ocupará en primer lugar en establecer la forma de terminación del contrato laboral, y para ello trae a colación el escrito firmado por el Jefe del Departamento de Gestión Personal de la demandada, militante a



folios 7 del expediente digital, dirigido al actor, el 26 de enero de 2017, mediante el cual le notifican el traslado de sede de Buga al barrio Belalcazar de Cali, debiéndose presentar a laborar el 30 de enero de esa anualidad, indicando como motivos el cierre de manera definitiva del establecimiento porque el nivel de ventas no alcanza para su auto sostenimiento.

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, establece los elementos que constituyen una relación laboral, entre ellos el de la subordinación, entendida ésta como la facultad que tiene el empleador de dar órdenes. Precisamente, la comunicación antes anotada, es una orden dada al trabajador de cambio de sede, haciendo así uso de lo que se ha denominado el *Ius Variandi*. Pero como lo anotó la operadora judicial, éste no es absoluto, dado que las modificaciones a las condiciones del contrato laboral deben obedecer a razones válidas, objetivas, que por demás deben estar acreditadas en el proceso.

Sobre esta temática se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 44268 de 2016, cuyo parte es del siguiente tenor:

“En concordancia con lo anterior, la Corte no puede suscribir una tesis como la que defiende la censura, relativa a que las cláusulas iniciales del contrato de trabajo son inmodificables de manera unilateral, en la medida en que, por el respeto a la libertad contractual, las reformas siempre deben constar por escrito y provenir de un acuerdo entre las partes. Ello en virtud de que, como anteriormente se mencionó, por la naturaleza especial del contrato de trabajo y sus diferencias sustanciales respecto de los contratos civiles y comerciales, en desarrollo del poder subordinante y por razones de eficiencia, racionalización de la producción y organización de la empresa, etc., es posible para el empleador alterar unilateralmente algunas de las condiciones no esenciales de la relación de trabajo, sin que le sea oponible la libertad contractual o algún principio de bilateralidad en las reformas”

Reiterada por esa misma corporación en sentencia SL 21655, radicación 49494 de 2017, al exponer:

*“La Sala sobre el particular, ha aclarado que el *Ius Variandi* es la facultad del empleador para realizar los cambios necesarios en cuanto al sitio de trabajo, la cantidad, calidad de la producción y su organización; al tiempo que no es una atribución arbitraria e ilimitada del empleador en relación con el trabajador y está limitada a realizar las modificaciones necesarias para mejorar las condiciones*



laborales, pero no puede afectar la dignidad ni los derechos del trabajador (CSJ SL16964-2017). Esta potestad, entonces, es legítima en la medida en que resulta necesaria para que el empresario pueda organizar y dirigir el recurso humano en aras de optimizar el resultado de la empresa (CSJ SL4427- 2014, SL12593-2017).

De acuerdo con los anteriores precedentes, el empleador debe justificar la necesidad y pertinencia de las alteraciones, como lo expone en la sentencia SL. 3901 de 2021. Omisión probatoria en que incurrió la parte pasiva, porque sólo se quedó en afirmación de la situación económica de que refiere en la misiva en que comunica al actor el traslado, además, no demostró que previamente se les hubiese expuesto la situación a los trabajadores, como lo expuso el señor OMAR NAVARRETE, administrador del local de Buga y compañero de trabajo del actor, quien claramente manifestó que tres días antes de la fecha que les dieron para presentarse en la ciudad de Cali, es que saben del traslado de sede.

De otro lado, ante el conocimiento que tuvieron del traslado del lugar de trabajo, que implicaba cambio de ciudad, como lo afirma el señor Omar Navarrete, solicitaron a la entidad el reconocimiento de viáticos, y en el caso particular del demandante, éste por escrito, fechado el 31 de enero de 2017, (misiva que hace parte del expediente, folio 8) le solicita a la demandada se le aclare qué beneficios le brindan, porque vive en Buga y le implicaría viajar todos los días de esa ciudad a Cali, donde el salario no le alcanzaría para el transporte y alimentación en otra ciudad y desestabilizaría a su familia. Solicitando el pago de viáticos y flexibilidad en el horario.

Comunicación que tuvo respuesta por parte de la demandada, donde le informan que no se le brindaría beneficios, que la remuneración no tendría modificación y por lo tanto, la solicitud era improcedente y que sólo le cubren el transporte de los enceres.

Como se ha anotado, esa facultad que tiene el empleador de modificar el contrato laboral no puede ser arbitraria e ilimitada, sino que deben buscar mejorar las condiciones laborales y no afectar la dignidad ni los derechos del trabajador; situaciones que en este caso, serían lo contrario, desmejora al trabajador quien recibe un salario básico igual al mínimo legal, del cual con el traslado de sede, implica mayores erogaciones, como lo expone el demandante



en su comunicación, dado que implica el transporte diario de una ciudad a otra, la alimentación que debe cubrir por no laborar en el lugar donde reside y la afectación de su núcleo familiar. Que ante la no aceptación de la solicitud de otorgar viáticos y flexibilidad del horario llevó a que el trabajador presentara la renuncia al cargo, como se observa a folios 10, comunicación en la que hace clara referencia a que es un despido indirecto.

Concluye la Sala que al no haber demostrado la parte demandada las razones objetivas del cambio de sede, conllevan a declarar que se trató de utilizar el ius variandi de manera arbitraria, afectando las condiciones laborales del trabajador, quien se vio obligado a prescindir del contrato laboral y con ello genera la indemnización por terminación sin justa causa, como lo determinó la A quo, que conllevan a mantenerse la providencia de primera instancia.

En cuanto al otro punto de censura, que corresponde a los días de descanso no remunerados; ha establecido el artículo 172 del CST que el empleador está obligado a dar descanso dominical remunerado a todos sus trabajadores. Y el artículo 177 de la misma obra, expediente ese descanso remunerado a los días festivos. Además, dispone el artículo 181 del CST, lo siguiente:

“El trabajador que labore habitualmente en días de descanso obligatorio tiene derecho a un descanso compensatorio remunerado, sin perjuicio de la retribución en dinero prevista en el artículo 189 de CST”.

En el hecho cuarto de la demanda, se afirma que el actor laboraba todos los días de la semana. Supuesto fáctico aceptado al darse respuesta a ese libelo, quien además expresa: *“el señor Brayan David Valdés si trabajaba en estos horarios, pero descansaba un día a la semana que suplía el dominical, este día era escogido por ellos o sea cualquier día entre lunes y viernes..”.*

De acuerdo con la afirmación antes citada y la expuesta en la contestación de la demanda, se concluye que existió una confesión de ese hecho realizada por el apoderado judicial de la demandada y que tiene valor de conformidad con el artículo 193 del CGP, norma aplicable



en materia laboral por remisión del artículo 145 del CPL y SS. Por lo tanto, encuentra la Sala que el actor si laboró los dominicales; hecho que por demás fue acreditado con la declaración que rindiera el señor Omar Navarrete quien era el administrador del local donde el actor se desempeñaba como vendedor.

Corresponde ahora, al empleador acreditar que el descanso que tomaba el actor en otro día de la semana para suplir el descanso dominical y que éste era remunerado, como lo establece el artículo 181 del CST, ante citado. Pero nuevamente la parte pasiva omite su deber de acreditar el pago de ese día de descanso, lo que conllevará a mantenerse la decisión de primera instancia.

Expone la parte demandada en el recurso de alzada la inconformidad de la condena impuesta por la indemnización moratoria, al considerar que ha actuado de buena fe.

Para la aplicación del artículo 65 del CST, la Sala trae a colación el texto normativo:

“Si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo...”

Como quedó analizado en líneas anteriores, al actor no se le canceló el descanso compensatorio remunerado, entendido éste como parte del salario, por lo tanto, se genera la indemnización moratoria al tenor de la norma citada.

Pero para la imposición de esa sanción, es necesario analizar el actuar de la parte demandada, como lo ha referido en muchos pronunciamientos nuestro órgano de cierre, entre ellos el expuesto en la sentencia SL 16967, radicación 46007 de 2017. Y siguiendo la instrucción del precedente jurisprudencial, la Sala no puede atender como actos de buena fe el hecho del pago del auxilio de transporte que realizó la demandada, como lo sostiene el apoderado al formular el recurso de apelación, porque a su consideración realizaba ese reconocimiento cuando el trabajador no tiene derecho por vivir cerca al lugar de trabajo, porque omite el profesional del derecho que el auxilio de transporte se cancela a quien



devengue menos de dos salarios mínimo de conformidad con la Ley 15 de 1959 y sus normas modificatorias. Además, debe recordarse que inicialmente se decía que no tendrían derecho a este auxilio quienes laboraren a menos de 1000 metros del sitio de trabajo, que si en gracia de discusión se aceptara esa situación debió la parte demandada acreditar que en efecto el actor vivía a esa distancia y que fue muy generosa en cancelar el auxilio de transporte.

La condena a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del CST, se genera como se anotó anteriormente, ante el no pago del día de descanso, sin que la parte demandada hubiese justificado el por qué del incumplimiento de esa norma, para poder determinar que existió una buena fe que lo exonere de esa sanción.

Bajo las anteriores consideraciones se mantiene la sentencia de primera instancia, habiéndose realizado el análisis de los argumentos expuestos por la apoderada del actor como alegatos de conclusión.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor del actor. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia número 100 del 22 de abril de 2021 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
BRAYAN DAVID VALDES CASTAÑEDA
Vs/. MEGASPORT CI SAS
RAD:76001-31-05-005-2017-00329-01

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada y a favor del actor.
Fíjese como agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial
(<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: BRAYAN DAVID ALDES CASTAÑEDA
APODERADA: MARIA LILIANA CASTAÑEDA CASTAÑEDA
Maliliana070@yahoo.com

DEMANDADO: MEGASPORT CI SAS
Megasportsas@hotmail.com
APODERADO: SANDRO IZQUIERDO ORTIZ

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella
intervinieron

Los Magistrados


ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada


JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 005-2017-00329-01