

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

Magistrado: **JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25899-31-050-01-2017-00489-00
Demandante: **LUIS EMIRO ARIAS MARTÍNEZ**
Demandado: **TÉCNICOS EN COMBUSTIÓN Y TRATAMIENTOS DE AGUA
S.A.S**

En Bogotá D.C. a los 3 DIAS DEL MES DE DICIEMBRE DE 2021 la sala de decisión que integramos **MARTHA RUTH OSPINA GAITAN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien la preside como ponente **JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA**, procedemos a proferir la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2021, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá.

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

LUIS EMIRO ARIAS MARTÍNEZ demandó a **TÉCNICOS EN COMBUSTIÓN Y TRATAMIENTOS DE AGUA SAS COMPAÑÍA OPERADORA DE AGUA TECCA** para que finalizado el proceso ordinario se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes desde el 23 de febrero de 2005 hasta el 22 de febrero de 2017. Se declare además que la terminación del contrato fue sin justa causa y que devengó salario variable, que a la fecha de finalización del contrato ascendió a la suma de \$1.443.504, en consecuencia, solicita que se condene a la demandada a pagar horas extras dominicales diurnas y nocturnas por el período

comprendido entre el 15 de marzo y el 31 de diciembre de 2016; la indemnización por despido injusto, ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, expuso que suscribió contrato de trabajo a término fijo de uno a tres años, con fecha de inicio del 23 de febrero del 2005. Desempeñó el cargo de operador de planta realizando las funciones de tratamiento de agua potable y agua residual, operación osmosis y análisis diario de los parámetros de agua. Que durante la vigencia del contrato percibió salario variable desde la anualidad del 2016 hasta el 2017 y a la fecha de terminación del contrato, el salario base devengado fue por la suma de \$797.727. Que el salario variable estaba constituido por el salario base más las sumas adicionales de carácter salarial que percibía por concepto de dominicales y festivos y trabajo suplementario. El lugar de ejecución de sus labores fue en el municipio de Cajicá en el Km5 vía Cajicá-Zipacquirá. Pactaron un horario laboral en turnos rotativos de 6:00 am a 2:00 pm, de 2:00 pm a 10:00 pm y del 10:00 pm a 6:00 am. También que laboró entre el 16 de marzo de 2016 al 15 de enero de 2017 de manera habitual y en días dominicales y festivos en horario diurno y nocturno. Que la demandada no reconoció compensatorios por trabajos dominicales.

La demanda fue presentada el 6 de septiembre del 2017. El Juzgado de conocimiento mediante auto del 21 de septiembre de 2017 la admitió y reconoció personería adjetiva a la apoderada del actor y ordenó darle trámite de única instancia. Como quiera que la parte actora remitió citatorio y aviso a la sociedad accionada sin que se lograra su comparecencia a notificarse, el Juzgado mediante auto del 11 de octubre de 2018 ordenó su emplazamiento y designó curador ad litem para que la representara. Notificada la parte demandada a través de curadora ad-litem, contestó la demanda en la audiencia celebrada el día 30 de septiembre de 2019, en la que manifestó no constarle ninguno de los hechos y no presentó oposición a las pretensiones. Se atiende a lo que se encuentre probado en el proceso. Propuso como excepciones de mérito i) prescripción y ii) fundamento de en lo establecido artículo 151 del Código de procedimiento Laboral. Acto seguido el apoderado del demandante presentó reforma a la

demanda para solicitar el reconocimiento y pago de reliquidación por concepto de dominicales y festivos desde el 16 de marzo de 2016 al 15 de enero de 2017, pago de compensatorios, indemnización por despido, indemnización moratoria, indexación, ultra y extra petita y las costas del proceso. La juez de conocimiento admitió la reforma presentada, ordenó adecuar el trámite del proceso al de primera instancia y concedió a la parte demandada el término de cinco días para contestar la reforma. Mediante providencia del 8 de julio de 2020, se tuvo por no contestada la reforma a la demanda y citó a las partes para la audiencia del artículo 77 del CPTSS (fls. 4, 82, 139, 195 – 196 y 228 Archivo 01)

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá, mediante sentencia del 26 de enero de 2021 declaró la existencia de un contrato laboral entre las partes. Condenó a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa y al pago de costas del proceso. Absolvió de las demás pretensiones a la demandada. (Archivo 05)

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado del accionante presentó recurso de apelación, el cual sustentó afirmando:

“En este momento procesal el suscrito interpone recurso de apelación ante el Honorable Tribunal de Cundinamarca en su sala laboral como quiera que se evidencian dos yerros. Uno de orden procedimental y uno de orden sustancial. Por técnica me referiré primero al yerro de tipo procedimental, téngase en cuenta que el proceso inició como un proceso de única instancia y que en el trámite de la audiencia que indica el artículo 72 el abogado de la parte (...) hizo uso del (...) para tal efecto el Código permite que uno puede reformar la demanda en lo que tiene que ver con el tema de hechos, pretensiones o pruebas. Así las cosas, cuando se reforma frente a las pretensiones es indiscutible que pueda haber una variación en la cuantía y y esos (..) pueden fácilmente arrojar un valor superior a 20 salarios mínimos y por tanto cambiar de trámite. En ese sentido, el Honorable Tribunal de Cundinamarca debe entrar a valorar si es factible o qué consecuencias tiene procesalmente cuando se cambia de proceso. Nótese que la reforma de la demanda a bien está plasmada para única instancia y también se puede dar en primera instancia, pero, la norma laboral trae ese vacío de ¿qué pasa cuando pasa de única a primera instancia? ¿qué pasa por ejemplo con el derecho a la doble instancia? ¿qué pasa por ejemplo con los autos interlocutorios que son susceptibles de apelación? En ese sentido lo que tuvo que haber hecho el despacho a juicio del suscrito fue haber retrotraído las actuaciones ¿para qué? Para que se hubiera imputado por decirlo así, ese término para contestar la demanda, de los 10 días (...) por celeridad y por economía procesal debe decirse

que tuvo que haber otra medida de aseguramiento en la medida en que se advierte nulidad como quiera que el emplazamiento de que trata el artículo 108 es perfectamente aplicable por autorización expresa del artículo 145 y en aquel artículo dice que en el emplazamiento, en el diario oficial, debe decirse ¿qué clase de proceso es? ¿sí? Téngase en cuenta que en este proceso no se dijo que era un proceso de primera instancia o única instancia, teniendo esa variación tuvo también que haberse variado el emplazamiento afirmando que era pues de primera instancia por virtud del auto que había notificado el trámite a seguir. Si bien el proceso laboral es de única instancia, primera instancia, hay especiales de fuero sindical, bueno todo ese tema, también es cierto que el de única instancia riñe con el de primera instancia, por lo tanto, son dos procesos diferentes por lo que se advierte que el emplazamiento fue defectuoso. Para ello, basta con mirar el emplazamiento. De otro lado, también téngase en cuenta de que como quiera que el demandado fue realmente a comparecer para haber dado como haber llegado a la realidad y a la verdad procesal a la realidad procesal tuvo que haberse (...) todos los medios probatorios para poder llegar a la conclusión o para acceder a todas las pretensiones. Nótese además que el proceso, que el objeto de la audiencia legal del artículo 77 ¿qué quiere decir esto? Que no se advirtió en ese auto que el día de hoy se iría a celebrar la audiencia de práctica de pruebas, por lo tanto la naturaleza de la audiencia tuvo una variación admitiendo además que la parte demandada estaba siendo representada por curador ad-litem. En ese orden de ideas también el honorable Tribunal de Cundinamarca ha dicho que los autos que fijan fecha de audiencia, si bien, son autos (...) son informativos y de paso le advierten a las partes qué se va a practicar ese día, qué es lo que se va a llevar para luego no sorprender con actuaciones que no están destinadas. En ese sentido cree el suscrito que hay una nulidad insaneable y que el despacho del cuerpo colegiado previo a emitir deberá también hacer su control de legalidad dentro de su audiencia de segunda instancia. En lo que tiene que ver con la parte sustancial, solicito al Tribunal de Cundinamarca que en caso en de pasar desapercibido la (...) fundada. Solicito al Tribunal que acceda a todas pretensiones que no fueron accedidas en primera instancia ¿esto qué es? Que se condene al pago de horas extras, diurnas, dominicales, festivas y a todo el trabajo complementario que el aquí demandante desarrolló entre el año 2005 y 2017 como quiera que está plenamente acreditado en el expediente documentalmente que el señor demandante laboró esos periodos. Entonces, si nosotros nos remitimos a la demanda, podemos determinar honorables magistrados que hay cualquier cantidad y me disculpan la expresión de documentales que acreditan el tiempo suplementario laborado que no fue reconocido en primera instancia. Tanto así, que fue el mismo estudiante de consultorio jurídico quien se tomó el trabajo de hacer unos cuadros detalladamente para cada periodo y nosotros rectificando los cuadros elaborados por la universidad que al momento desarrolló ese cuadro y esas horas extras nos podemos percatar fácilmente que definitivamente no se tuvieron en cuenta. Por lo tanto, hay que acceder a todos los pedimentos de la demanda horas extras, trabajo suplementario y por supuesto a la reliquidación de prestaciones sociales. Esto en atención a que pues las horas extras hacen parte del factor salarial. Además, nótese como dentro del expediente se destaca que el mismo demandado, el mismo demandante, perdonó, trató y buscó y requirió e instó a la demandada para que le pagara sus horas extras para que le pagaran lo que debían. Situación esta que viene en ratificar la mala fe de la demandada. Por lo tanto, también el Honorable Tribunal habrá ¿de qué? De condenar a las indemnizaciones moratorias de la que trata el artículo 65, de la que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 como quiera que su omisión fue sistemática, fue periódica, fue habitual y tanto así que el señor demandante para no acudir a la acción laboral, para no acudir a un largo juicio que démonos cuenta que este proceso es del 2017 para no caer en un proceso tan largo decidió primero requerirlo a través de los mecanismos de conciliación como fue con el Ministerio de Trabajo y aún así no se pudo. Todas estas situaciones, evidencian, la mala fe del demandado. También se reprocha y se repara en que el despacho a quo no hizo uso de sus poderes y facultades. Téngase en cuenta que también como se cuenta con poderes de ordenación, instrucción y disciplinarios; también el despacho el juez o la señora juez tienen la obligación de gerenciar el proceso, por ello tuvo que haberse auscultado más dentro de los medios probatorios que ofrecían. Nótese que el despacho simplemente hizo 3 preguntas al aquí demandado donde sinceramente no se logró obtener nada. Por parte de la curaduría se hizo una simple pregunta donde tampoco se pudo obtener

nada, pues, porque todo ya estaba en la demanda. En ese sentido, solicito al Honorable Tribunal de Cundinamarca que por favor haga un análisis detallado de los medios probatorios arrojados al expediente. Me refiero a todas las documentales. Y aunado a ello, se tenga en cuenta que lo que dijo el demandante en la única respuesta que dio al despacho “sí me deben horas extras” que eso fue lo que dijo y eso fue lo que está plasmado. Aunado a ello, téngase en cuenta que dentro de los recibos de pago, dentro de los recibos de nómina el despacho llegó a la conclusión de que habían unos rubros por compensación y que habían otros por horas extras, queriendo decir que la compensación que con la compensación le estaban pagando las horas extras. Esto tampoco se recibe, como quiera que el despacho no podía interpretar lo que estaba en la demanda y el despacho no podría darle nombre a lo que no era. Es decir, un tema era la compensación que si bien es cierto no fue alegado como factor salarial dentro de la demanda, no quiere decir que esa compensación hacía las veces de horas extras. Como bien lo dice el despacho en los pagos cada rubro tenía su propio nombre, entonces, aquí lo que tiene que hacer el honorable Tribunal de Cundinamarca es hacer un paralelo con los hechos de la demanda, uno con las bitácoras aportadas y con todas las documentales para establecer que hubo periodos donde no le pagaron horas extras. Lo cierto es que se están peleando las horas extras no de toda la relación laboral, nosotros estamos tenemos absolutamente claro que él tuvo una relación laboral entre el 2005 y el año 2017. No estamos peleando todas las horas extras de esos periodos, estamos peleando las horas extras que están en la demanda. Es decir, se adeudan parcialmente unas horas extras y unos trabajos complementarios. Por eso el honorable Tribunal deberá entrar a verificar lo que se plasmó en la demanda como los cuadros que están en la demanda para entrar a determinar si acceden o no a lo pretendido en la demanda. En ese orden de ideas solicito al honorable Tribunal revocar parcialmente la sentencia apelada para en su lugar acceder a las pretensiones (...) que fueron objeto de condena. En ese sentido y ratificando pues que el despacho le dio otro nombre a la compensación, cuando una cosa es la compensación y otra cosa eran las horas extras. Es decir, que el despacho no podía entrar a hacer como esa valoración suelta. Además entender la programación de turnos (...) y además entrar a determinar si efectivamente prestó ese servicio y esas horas extras como las prestó. Nótese además también como hay una habitualidad en las horas extras, fíjese que aquí las horas extras no eran de vez en cuando, aquí las horas extras eran siempre. Que se pagaron unas sí, pero que también es cierto que se dejaron de pagar otras también está acreditado. Entonces, lo que el suscrito reprocha y lo que el suscrito censura es que el despacho le quiso poner un nombre a las horas extras diciendo que se habían pagado bajo otra denominación, como si estuviéramos hablando de que si se trata de factor salarial o no, porque uno sabe que cuando la retribución es directa y periódica no importa el nombre que le den las partes. Pero, en este caso sabíamos de que eran horas extras (...) horas extras, trabajo complementario. Entonces, no es dable que el despacho haya creído que eso hacía relación a las horas extras. En ese sentido, queda sustentado el recurso ante el Honorable Tribunal de Cundinamarca Sala Laboral.”

La juez de conocimiento concedió el recurso de apelación interpuesto. Recibido el expediente por la Secretaría del Tribunal fue asignado por reparto al despacho del Magistrado Ponente, el 27 de agosto de 2021.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido para alegar en segunda instancia, las partes guardaron silencio.

V. CONSIDERACIONES:

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación.

Así las cosas, con base en lo expuesto en el momento de sustentar el recurso de apelación la controversia en esta instancia resulta de determinar: (i) si existe irregularidades en el trámite de la primera instancia que origen alguna nulidad en el proceso y ii) si se encuentra demostrado el trabajo suplementario en dominicales y festivos que se alega en la demanda.

Para resolver lo correspondiente, debe tenerse en cuenta que el juez declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 23 de febrero de 2005 y el 22 de febrero de 2017, decisión que no fue objeto de reparo por las partes.

En relación con el primer punto de la apelación, se advierte que el apoderado del actor manifiesta que el trámite de proceso no se encuentra ajustado a las normas del procedimiento laboral pues considera que al reformarse la demanda, el proceso que inicialmente se tramitó bajo la cuerda de un proceso de única instancia, se adecuó al trámite del proceso de doble instancia por haberse modificado la cuantía que superó los 20 salarios mínimos mensuales legales vigentes, razón por la cual ha debido retrotraerse la actuación y otorgar a la parte accionada el término de 10 días para contestar la demanda, además el emplazamiento realizado fue defectuoso porque no se indicó en el mismo el tipo de proceso que se estaba tramitando, en este caso de primera instancia.

Analizado el planteamiento de la parte demandante, encuentra la Sala que el mismo se refiere a irregularidades en el trámite de la litis, que a su juicio

constituyen la vigencia de una nulidad insaneable, sin embargo, se advierte que no indica el apoderado judicial qué causal de las enlistadas en el artículo 133 del CGP se configura con las situaciones que expone, tampoco indica si se constituye la nulidad de orden constitucional. A pesar de lo anterior y al analizar los argumentos expuestos en la apelación se infiere que se refiere a que existió un trámite irregular del proceso porque al haberse adecuado el trámite de primera instancia ha debido otorgarse a la parte demandada el término de 10 días para que contestara la demanda y que por el emplazamiento defectuoso se configura nulidad por indebida notificación.

Revisada la actuación, en primer lugar encuentra la Sala que la adecuación del trámite del proceso ocurrió en la audiencia celebrada el 30 de septiembre de 2019, en la que luego de que la curadora ad litem de la accionada contestara la demanda en forma oral, pues se estaba tramitando como un proceso de única instancia, el apoderado del actor presentó reforma a la demanda, incluyendo nuevas pretensiones que modificaron la cuantía, elevándola a una suma superior a los 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes, razón por la cual la juez de conocimiento, luego de admitir la reforma, ordenó adecuar el procedimiento al de primera instancia y concedió a la parte actora el término de cinco días para que contestara el escrito de reforma, trámite en el cual no encuentra ninguna irregularidad pues al modificarse la cuantía de las pretensiones, debía adecuarse el trámite al regulado en los artículos 74 y siguientes del CPTSS, sin que fuera necesario que se otorgara nuevamente el término para contestar la demanda, acto procesal que ya se había surtido frente a la demanda primigenia presentada, restando que la parte accionada se pronunciara sobre la reforma a la misma, para lo cual el juzgado concedió a la parte accionada por conducto del Curador para la Litis designado, el término establecido en el artículo 28 del estatuto procesal laboral.

Respecto del indebido emplazamiento, se advierte que el mismo se ordenó cuando el proceso se estaba tramitando como uno de única instancia, por lo que en la publicación realizada en el diario El Tiempo del 11 de noviembre de 2018,

además de indicarse el nombre de las partes y la designación del juzgado que requería a la persona demandada, se anotó que se trataba de un proceso ordinario laboral de única instancia, pues para esa fecha, no se había presentado la reforma que causó el cambio del trámite al de primera instancia, reforma que dicho sea de paso perpetró el mismo profesional del derecho que ahora en la alzada redarguye los tramites del proceso.

De acuerdo con el recuento anterior, la Sala no advierte ninguna irregularidad en la adecuación del trámite del juicio, como tampoco en el emplazamiento realizado, razón por la cual no resulta procedente invalidar la actuación, pues ninguna nulidad insaneable se configuró. Además, se advierte que luego de que el juzgado ordenó adecuar el proceso y concedió el término para contestar la demanda, decisión que se dictó en audiencia pública en la cual estaba presente el apoderado judicial del actor y la curadora ad litem de la accionada, estos guardaron silencio. De igual manera, en la etapa de saneamiento del litigio que se surtió en la audiencia del artículo 77 del CPTSS, las partes tampoco presentaron reparo ante la decisión de la juez de declarar saneado el proceso.

Además debe puntualizarse que del escrutinio de las actuaciones de la litis, se advierte que en el trámite del proceso se han respetado los términos y oportunidades para que las partes ejerzan tanto el derecho de acción como de contradicción, por lo cual debe concluirse que tampoco se ha vulnerado el derecho constitucional al debido proceso, razón por la cual debe declararse que el trámite dado al proceso se encuentra ajustado a las normas aplicables.

Establecido lo anterior, pasa esta Corporación a revisar la inconformidad de la parte demandante respecto de la absolución impartida por la juez a quo sobre las pretensiones de reliquidación de tiempo suplementario laborado por el actor en dominicales y festivos, así como los compensatorios que afirma que se adeudan.

Se advierte que la parte actora como sustento de estas peticiones afirmó que laboró durante el período comprendido entre el 16 de marzo de 2016 y de enero

de 2017 de manera habitual dominicales y festivos en horario diurno y nocturno, trabajo que no se liquidó en forma correcta, ni se concedieron los respectivos compensatorios.

Ahora bien, frente al tema de la demostración del trabajo en tiempo adicional a la jornada ordinaria, ha sido clara la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al manifestar que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos, las comprobaciones sobre el trabajo en tiempo suplementario **deben analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el material probatorio sobre el que recayera tenía que ser de una definitiva claridad y precisión que no le fuera dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que se estimaran trabajadas.** Es de anotar que esta posición jurisprudencial se distingue en persistentes pronunciamientos de la Colegiatura en mención desde los inicios de su jurisprudencia encontrándose incólume hasta ahora; distinguiéndose en este sentido, entre otros pronunciamientos, las sentencias de casación de: marzo 2 de 1949, de junio 15 de 1949, de febrero 16 de 1950, de marzo 15 de 1952, de diciembre 18 de 1953 y más recientemente la sentencia de fecha 15 de julio de 2008, proferida dentro del expediente número 31637, con ponencia de la Magistrada Isaura Vargas Díaz; la sentencia SL9318-2016 emitida el día 22 de junio de 2016 dentro del expediente distinguido con radicado número 45931, con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga; la sentencia SL8675-2017 proferida el día 8 de marzo de 2017 dentro del expediente distinguido con radicado número 47138, con ponencia del Magistrado Fernando Castillo Cadena; la sentencia SL3009-2017 proferida el día 15 de febrero de 2017 dentro del expediente distinguido con radicado número 47044, con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga y en lo que respecta al año que discurre, se resalta en este mismo sentido la sentencia CSJ SL1374-2021.

En lo pertinente a la sentencia de casación de fecha 15 de julio de 2008, proferida dentro del expediente número 31637, con ponencia de la Magistrada Isaura Vargas Díaz, sobre el punto en comento, se estipuló lo siguiente:

“Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”.

En lo atinente a la sentencia SL9318-2016 emitida el día 22 de junio de 2016 dentro del expediente distinguido con radicado número 45931, con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, en cuanto a la arista en mención, se reseñó lo siguiente:

“Es que en verdad la demanda se exhibe débil e inconsistente, toda vez que si el actor aspiraba a obtener en un juicio laboral, por ejemplo el pago de horas extras, dominicales y festivos y, por ende, el reajuste de sus prestaciones sociales, era menester asumir la carga procesal de indicar, en forma diáfana y cristalina, las razones y soportes de su inconformidad. Las súplicas generales o abstractas, a no dudarlo, lesionan frontalmente los derechos de defensa y contradicción, ya que ponen a la contraparte en la imposibilidad de asumir una oposición congruente frente a lo que se implora.

Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. Lo anterior, brilla por su ausencia”.

En cuanto a la sentencia SL8675-2017 proferida el día 8 de marzo de 2017 dentro del expediente distinguido con radicado número 47138, con ponencia del Magistrado Fernando Castillo Cadena, se adoctrinó lo siguiente:

“No es posible, sin embargo, como lo plantea, que deba ser tenido en cuenta el patrón de horas extras y contabilizar por todo el tiempo de servicio el número máximo de horas permitido por la ley, pues no se trata de una presunción, sino que ello debe ser resultado de demostración una a una, de forma que solo se podrá declarar la causación, en los días aquí acreditados”.

Respecto de la sentencia SL3009-2017 proferida el día 15 de febrero de 2017 dentro del expediente distinguido con radicado número 47044, con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, se delimitó lo siguiente:

“No se indicó en la demanda ni se demostró en verdad, qué días efectiva y realmente trabajó el actor al servicio de la empresa demandada, ni los horarios efectivamente trabajados, razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario y complementario, recargos nocturnos, máxime que como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, no es dable suponer el número de horas extras o nocturnas laboradas, sino que requiere que estén debidamente invocadas y acreditadas, conceptos de los cuales se absolverá a la demandada”.

En cuanto a la presente anualidad la alta Colegiatura de lo laboral, reiterando nuevamente la posición descrita, en sentencia CSJ SL1374-2021, reseñó sobre el punto, lo siguiente:

“Debe recordarse que la prueba para demostrar el trabajo suplementario debe ser de una definitiva claridad y precisión, porque no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de las trabajadas, en tanto es necesaria la demostración real y efectiva de la prestación del servicio de hora extras para que proceda su reconocimiento (CSJ SL1064-2018)”.

Partiendo de lo anterior del análisis del plenario, se observa que en el contrato de trabajo celebrado entre los sujetos procesales el día 23 de febrero de 2005, las partes convinieron como remuneración el pago del salario mínimo mensual legal vigente y sobre la jornada de trabajo y labores atinentes a trabajo suplementario se acordó que el trabajador debía laborar la jornada máxima legal cumpliendo los turnos y horarios que señalara el empleador y que el trabajo nocturno, suplementario, dominical y festivo se remuneraría conforme lo dispuesto en la Ley. (fls. 47 – 48 Archivo 01)

Ahora bien, para demostrar el trabajo en dominicales y festivos la parte accionante allegó con la demanda unas planillas tituladas como **“PROGRAMACION TURNOS EMCOCABLES entre marzo y noviembre de 2016”** en papelería con **membrete de TECCA**, en la que se observa que se encuentra relacionado el nombre del demandante, con anotaciones de fechas y horas en los meses relacionados.

Sin embargo, considera la Sala que estas planillas no resultan suficientes para demostrar el trabajo del actor en dominicales y festivos, pues si bien contienen una relación de fechas y horas; de su revisión no se puede concluir fehacientemente que efectivamente el trabajador hubiere prestado efectivamente sus servicios en los días y horarios anotados, máxime si se tiene en cuenta que se indica que se trata de una programación y no de un registro del trabajo del actor en las fechas allí indicadas. (fls. 70 – 78 Archivo 01).

Tampoco constituye evidencia del trabajo en dominicales y festivos, las afirmaciones realizadas por el actor en el interrogatorio de parte, en el que se observa que manifestó que laboraba domingos y festivos y que a partir del año 2016 el empleador sólo reconocía los recargos, pero no los festivos. En este sentido debe resaltarse, que en tratándose de interrogatorio de parte, conforme lo establece el numeral 2º artículo 191 del CGP, solo resulta posible valorar en la Litis aquellos insumos que den lugar a confesión de parte, es decir, aquellas situaciones probatorias que le sean adversas a la parte sometida al interrogatorio y que procesalmente favorezcan a la parte contraria, por tanto las respuestas brindadas en dicha diligencia, no pueden ser valoradas en cuanto a las cuestiones que favorezcan a quien realiza el interrogatorio, en tanto tal como lo preceptuó la Alta Corporación de lo Laboral en sentencia de casación de fecha 21 de febrero del año 2012, distinguido con radicado 42047: *“En lo que respecta a la declaración rendida por el demandante, repetidamente ha dicho la jurisprudencia que el interrogatorio de parte no es un medio de convicción calificado en la casación del trabajo sino, en la medida que entrañe confesión. Así mismo, tiene asentado que resulta totalmente inadmisibles que el interrogatorio vertido por la parte en el proceso constituya prueba en su favor y, menos aún, que las afirmaciones que allí haga el deponente sirvan para fundar un error de hecho en el recurso extraordinario, pues, como es sabido, la confesión debe versar sobre hechos personales que favorezcan a la contraparte o que perjudiquen a su declarante (artículo 195 Código de Procedimiento Civil)”*. (Hoy artículo 191 Código General del Proceso).

Es de anotar que este criterio se mantiene indemne dentro de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, distinguiéndose de

manera más reciente la sentencia SL-4291-2020, en la cual se indicó sobre los efectos de la declaración de parte, lo siguiente:

“Conforme al artículo 191 del CGP, son presupuestos de la confesión: i) que provenga de persona con capacidad y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; ii) que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria; iii) que recaiga sobre hechos respecto de los cuales la ley no exija otro medio de prueba; iv) que sea expresa, consciente y libre y, v) que sea sobre hechos personales del confesante o de los que tenga o deba tener conocimiento.

Además, según el artículo 196, ibidem, la confesión debe aceptarse con las modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al hecho confesado, excepto cuando exista prueba que las desvirtúe.

Significa lo expuesto, que para que un interrogatorio de parte se constituya en confesión, debe incorporar la aceptación de hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante y, se resalta, favorezcan a la «[...] parte contraria», pues de no ser así, constituye únicamente declaración de parte, medio de convicción que no es apto para estructurar un error de hecho en el recurso extraordinario, como lo ha explicado la Corte, entre otras, en la sentencia CSJ SL1016-2020. “ (...)

“En ese contexto, en todo caso, otorgarle plena eficiencia probatoria a la declaración de parte, iría contra el principio, según el cual la parte no puede fabricar su propia prueba, como se indicó, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 31637, al orientar que:

[...] no se puede soslayar lo que antaño ha sostenido esta Corporación en torno a que a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas, es decir, que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio.

Y en las sentencias CSJ SL2168-2019; CSJ SL1980 2019; CSJ SL2254-2019; CSJ SL469-2019 y CSJ SL194-2019, al explicar, en la última, lo siguiente:

Cumple recalcar que nadie puede derivar un beneficio de su propia declaración, porque a nadie le está dado crear su propia prueba. Por eso, la simple mención que hizo la empleadora en el contrato sobre una situación que aparentemente justificaba la contratación directa del demandante, no constituye por sí sola prueba de esa circunstancia.

Lo anterior, sin que se desconozca que el artículo 191 de CGP, tiene a la declaración de parte como un medio de convicción válido para soportar la sentencia, pero imponiendo al Juez el deber de valorarla de acuerdo a las reglas generales de apreciación de la prueba, esto es, de manera sistemática, lógica y razonable con las demás.”

Como puede observarse, no se obtuvo confesión en los términos del artículo 191 del CGP, por lo que lo narrado se debe tomar como declaración de parte y valorado de acuerdo con las reglas generales de la apreciación de los medios de prueba.

Se reitera entonces que, si bien el apoderado del actor en su recurso de apelación esgrime que la falta de pago de los dominicales y festivos reclamados **se encuentran demostrados con la declaración del actor**, debe reiterarse que su exposición en la litis no puede valorarse probatoriamente conforme los efectos que pregonan el gestor judicial incoante por no generarse con sus exposiciones prueba de confesión.

Por manera pues, que de acuerdo con todo lo anterior, considera la Sala que ninguno de los medios de prueba militantes en el proceso, dan cuenta del trabajo del accionante en dominicales y festivos que se afirma en la demanda, razón por la cual se debe confirmar la absolución impartida por la juez A Quo en este punto.

Al no prosperar las peticiones de reliquidación de trabajo en dominicales y festivos y pago de compensatorios, consecuente con ello, tampoco puede proferirse las condenas por concepto de las indemnizaciones moratorias solicitadas al no generarse de forma efectiva los emolumentos laborales que podrían dar lugar a su estudio y reconocimiento.

Agotados los temas de apelación, se confirma la decisión de primera instancia. Por no prosperado el recurso interpuesto se condenará en costas a la parte demandante. Se fija la suma de un salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 26 de enero de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Zipaquirá dentro del proceso adelantado por **LUIS EMIRO ARIAS MARTÍNEZ** contra **TÉCNICOS EN COMBUSTIÓN Y TRATAMIENTOS DE AGUA**

S.A.S. COMPAÑÍA OPERADORA DE AGUA TECCA, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

2. **COSTAS** a cargo de la parte demandante. Fijese como agencias en derecho un salario mínimo legal vigente.

NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE,



JOSÉ ALEJANDRO TORRES GARCÍA

Magistrado



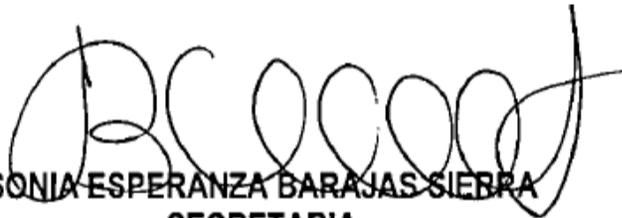
MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA