



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN
ÁREA LABORAL-LEY 1149/07

Pamplona, agosto doce (12) de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente:
JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO
Aprobado mediante Acta No 07

I. ASUNTO

Desata el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 2 de mayo de 2019, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la ciudad en el PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido mediante apoderado por GIOVANY BAUTISTA PORTILLA contra JUANA MENDEZ TADEO, propietaria de “FRUTYMAR 2”.

II. ANTECEDENTES RELEVANTES

1.- GIOVANY BAUTISTA PORTILLA, a través de apoderado judicial adelantó proceso ordinario laboral contra JUANA MENDEZ TADEO, como propietaria del restaurante FRUTYMAR 2 y en su calidad atribuida de empleadora, para que¹ se declare que entre ellos existió un contrato verbal de trabajo entre mayo 6/13 y noviembre 24/15 y como consecuencia de ello se condene a la demandada a pagarle al actor los siguientes ítems y en las cantidades que precisa: reajuste salarial por el año 2014 en un 4.5% y por el 2015 en un 4.6%; horas extras, dominicales, primas de servicio, cesantías con el salario reajustado de cada año, intereses sobre estas, afiliación al sistema de seguridad social, vacaciones, sanción moratoria e indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, así como las costas procesales.

2.- Los hechos² sustento de las pretensiones, se contraen en lo fundamental a que:

¹ Folios 2 y 3 c 1 instancia

² Folios 1 y 2, ib.

2.1. El accionante laboró por contrato verbal laboral a término indefinido entre el 6 de mayo/13 y el 24 de noviembre/15, como administrador de FRUTYMAR 2, desde las 5 a. m. a las 3 p.m. de domingo a domingo, encargado de las compras de insumos, hacer mercado y cerrar el establecimiento, y desde las 3 p.m. se dirigía a la finca LAS BRISAS de propiedad de la demandada a cumplir las tareas que detalla, terminando todos los días a las 8 p.m.

2.2. Siempre devengó como salario \$1'000.000 y no le dieron vacaciones durante el tiempo que trabajó ni se las compensaron en dinero, no fue afiliado a seguridad social y debió asumirla por su propia cuenta, como tampoco a pensiones, caja de compensación familiar ni ARL, no se le pagaron horas extras, primas de servicio ni de navidad, dominicales ni festivos, no se le incrementó el salario pactado y al momento del despido no se le hizo saber la causa del mismo.

III. ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

1.- La demanda fue admitida el 9 de noviembre/18³, se notificó a la accionada el 16 siguiente⁴ quien la contestó⁵ aceptando como ciertos los hechos 1 a 5 y 7, negando el 6, 8 a 11 y 16; frente al 13 dijo que el actor tenía descanso cualquier día de la semana que él decidiera; del 14 indicó que el salario pactado era integral y superior al mínimo; del 15 dijo que se demostró el acoso sexual a todas las empleadas, amén que aquél aceptó la liquidación; se opuso a todas las pretensiones y propuso como excepciones de mérito las de cumplimiento de los requisitos legales por el empleador con el empleado, mala fe en cuanto el accionante promovió sin éxito contra la demandada proceso de declaración de existencia y disolución de la sociedad comercial de hecho, rad. 2016-147; ausencia de requisitos para alegar sanción moratoria y despido justificado por parte del empleador.

La contestación de la demanda fue inadmitida en diciembre 19 siguiente⁶ para que se subsanara la falencia allí señalada, efectuado lo cual se tuvo por contestada⁷.

³ F. 16, ib.

⁴ F. 18, ib.

⁵ Fs. 20 a 24, ib.

⁶ F. 29, ib.

⁷ F. 39, ib.

2.- Descorrido el traslado de las excepciones de fondo y respondidas las mismas por el apoderado del accionante oponiéndose a ellas⁸, el 28 de marzo de 2019⁹ se llevó a cabo audiencia de que trata el artículo 77 del C.P. L., sin haber conciliado las partes, y sin medida de saneamiento por decretar se fijó el litigio y se decretaron las pruebas.

3.- El 2 de mayo siguiente se celebró audiencia de trámite y juzgamiento y, una vez recaudada la prueba¹⁰ y oídas las partes se emitió la sentencia que en su parte resolutive declaró probada parcialmente la excepción de cumplimiento de requisitos legales por parte del empleador con el empleado y no probadas las de mala fe y despido justificado por parte del empleador; declaró probada la de ausencia de requisitos para alegar sanción moratoria; igualmente declaró que entre actor y accionada existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido que terminó sin justa causa por la demandada, a quien condenó a pagar a aquél \$3'776.035,62 indexados desde marzo 26/13 al 24 de noviembre/15 y hasta que se efectúe su pago efectivo; también la condenó al pago de la indemnización por despido sin justa causa (art. 64, C.S.T.) por \$2'696.165 indexados desde la fecha de la ejecutoria del fallo hasta su pago efectivo; de igual modo le impuso la obligación de pagar los aportes a pensión no efectuados y la condenó a pagar la reserva actuarial que determine la AFP PORVENIR a la que está afiliado aquél "*de acuerdo al salario mensual devengado con las horas extras aquí reconocidas, que es la suma de UN MILLON CIENTO CINCUENTA Y UN MIL CUARENTA Y UN PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS...*", precisándole que dentro de los 30 días siguientes deberá cumplir con ese cometido; adicionalmente la condenó en costas y negó las demás pretensiones de la demanda.

IV. FUNDAMENTOS RELEVANTES DEL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

Como problemas jurídicos a resolver, que aquí interesen, planteó determinar (en lo que deviene trascendente): 1. Si el demandante desempeñó alguna actividad laboral después de las 3 p.m. en la finca LAS BRISAS de propiedad de la demandada. 2. Cuál fue su horario de trabajo y si tiene derecho a que se le reconozcan y paguen

⁸ Fs. 41 a 46, ib.

⁹ Fs. 77 a 79, ib.

¹⁰ Fs. 91 y 92, ib.

horas extras, dominicales y festivos. 3. Si le adeuda la demandada cesantías, intereses sobre ellas, prima de servicios y vacaciones. 4. Si durante la relación laboral fue afiliado a salud, pensión y ARL y si se realizaron las correspondientes cotizaciones. 5. Si se le incrementó el salario durante la relación laboral, y de no ser así, si tenía derecho a ello atendido el monto por el devengado, \$1'000.000. 6. Si procede la sanción moratoria establecida en el artículo 65, ibídem en favor del accionante.

Destaca de entrada que la demandada confesó desde la contestación de la demanda, la existencia de un contrato de trabajo entre los extremos temporales indicados por el actor en el cargo por éste señalado, aspectos que entonces tiene por acreditados.

1. En cuanto al primer problema jurídico, consideró la *a quo* que no existe prueba idónea que acredite que ese inmueble sea propiedad de la accionada, amén que *“contrario a lo argüido por el actor en la demanda y en el interrogatorio de parte de que se desempeñaba también en actividades laborales al servicio delo cierto es que dicha afirmación no pasó de ser más que su dicho sin sustento probatorio alguno...”*; enfatiza en que se limitó aquél a presentar un registro único de vacunación contra aftosa de noviembre 10/14 que nada aporta al respecto, además que las dos testigas oídas a instancias del accionante SILVIA LILIANA PARRA y CARMEN ELISA PORTILLA (madre del actor), apreciadas en sana crítica *“en realidad no aportaron mayor apoyo a la argumentación sostenida por el demandante...pues no llevaron al despacho a tener certeza o cuando menos mayor probabilidad de la ocurrencia de ese hecho”*, detallando las razones por las que las descarta así como la versión del interesado, razón por la cual resuelve negativamente este problema jurídico.

2. En lo atinente al segundo problema jurídico, a saber, el horario del accionante y su derecho a horas extras, dominicales y festivos, precisó la *a quo* que *“luego lo cierto es que analizada de forma individual y en conjunto dichas manifestaciones se tiene que la mayor concordancia en relación con el horario que desempeñó el accionante en el establecimiento ...es de 6 de la mañana a 3 de la tarde y es que el despacho tendrá por probado y con fundamento en el cual habría lugar a declararse una hora extra diurna, excepto 1 día a la semana que se dijo por la accionada el demandante descansaba y que era él quien lo escogía...por lo que para el despacho*

en efecto bajo las reglas de la sana crítica resulta más probable lo afirmado por la demandada que el actor si tenía un día de descanso a la semana y que podría ser cualquier día incluso un domingo o festivo pues era éste quien escogía cuál día descansaba, pues...dada la condición que él ostentaba, ello sin sumar que en el transcurso del proceso de la sociedad de hecho que se tramitó en el juzgado homólogo, éste manifestó que se creía se sentía socio y dueño de FRUTIMAR 2 más no un trabajador y bajo esa perspectiva resulta más plausible de una u otra forma lo afirmado por la parte demandada”.

Tras extraer apartes de precedentes laborales atinentes con el trabajo suplementario y su demostración, al referir a la prueba trasladada adveró que “...escuchados los audios allegados por el Juzgado Primero Civil del Circuito...demanda de declaración de existencia y disolución de la sociedad comercial de hecho en lo pertinente a los interrogatorios de parte absuelto por ...GIOVANY, JUANA MENDEZ y las declaraciones de ...DAISY YAZMIN, DERLI JAIMES y RAQUEL GALVIS, en cuanto al tema de las horas laboradas supuestamente por ...GIOVANY, nada le ofrecen a esta litis...”, indicando los pormenores de cada una de las versiones que la llevan a esa conclusión, agregando que “entonces de esta prueba trasladada sólo da para el despacho una mayor probabilidad a lo ya referido de que el horario del actor era de 6 de la mañana a 3 de la tarde... sumado a que las testigos del actor por haber mencionado que no todos los días veían al demandante, no se podría tener con grado de certeza que este trabajó todos los domingos y festivos de los extremos temporales aquí señalados...y le está vedado al funcionario judicial hacer cálculos o suposiciones acomodativas para determinar el número probable de las que estime trabajadas y en esa medida ...no le es posible a esta juzgadora condenar a la accionada al pago de dominicales y festivos...”.

3. Tercer problema jurídico, si se le adeudan al actor cesantías, prima de servicios y vacaciones, frente al cual la a quo manifiesta que “de entrada...la tesis es negativa al actor en la medida en que contrario a lo afirmado por su apoderado en los alegatos, sí existe prueba documental del pago de dichos conceptos, ...cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones, y es la allegada precisamente por la misma parte actora visto a folio 11 del expediente que liquidaba las prestaciones sociales del 1 de julio al 24 de noviembre de 2015 y que se le puso de presente al actor en el interrogatorio rendido...hoy, en el que reconoció su firma

y que había recibido dicho dinero pero cuando se le indagó por la nota...que al final dice "la liquidación anterior manifiesta las prestaciones sociales hasta el 30 de junio más quincena del 16 al 30 de junio", frente a lo cual quedó asombrado...expresando que hasta ahora advertía dicha anotación, que él no había reparado...cuando la firmó porque era complicada la relación para ese momento con la señora JUANA...y luego del receso que se decretó en ese momento reparó que la firma...significaba un recibido más no una aceptación....aunado a que el actor es bachiller y por tanto no existe duda que sabe leer y escribir y no acreditó que para ese momento no estuviera en pleno uso de sus facultades mentales o físicas, luego para el despacho con dicha anotación sí existe prueba documental que al actor se le cancelaran las vacaciones y las prestaciones sociales que se generaron en la relación laboral del 6 de mayo/13 al 24 de noviembre/15", amén que sólo hasta el día del interrogatorio es que el demandante hace esa apreciación y no desde la demanda "además que no resulta razonable para el despacho que el actor diga que a pesar de que era el administrador y se daba cuenta que a las demás empleadas les cancelan la liquidación en diciembre y a mitad de año, él no reclamara o incluso realizara su propia liquidación por ser el administrador y además pareja para ese momento de la demandada...no resulta plausible lo afirmado por el demandante en el interrogatorio que él no decía nada porque lo discriminaban frente a las otras empleadas ya que a las demás si les aumentaron el salario en un 3% y a él sólo en 1.5%", toda vez que durante la relación laboral él devengó una suma muy superior al salario mínimo legal mensual vigente de cada año, por lo que desestima la a quo tajantemente esa presunta discriminación, además que las testigas del accionante no aportan nada en esa dirección, a saber, su progenitora y SILVIA LILIANA.

4. En relación con el cuarto problema jurídico, o sea, verificar si el actor fue o no afiliado durante su relación laboral a seguridad social integral, destaca la a quo que de su historia laboral consolidada vista de folios 52 a 56 del paginario, *"se tiene que durante la existencia del contrato de trabajo...se desprende de su historia laboral que del mes de junio/13 y de agosto/13 a noviembre/15 no se hicieron aportes a pensión...por parte de la señora...por tal razón se ordenará el pago de estos aportes pensionales en favor del actor y en contra de la accionada..."*, extractando en lo pertinente precedente laboral referido a los alcances de la obligación del empleador de cubrir esos aportes y los del subsidio familiar cuando el empleado no los ha cancelado, y cuando sí, recalcando que *"entonces conforme a la jurisprudencia en mención pues entendemos que no es dable que si no se efectuaron las cotizaciones*

a salud y riesgos laborales, se le ordene que estos se le paguen al accionante y menos aún lo referente a caja de compensación, pues de un lado esto no se pide en la demanda y del otro eventualmente tampoco se cumple con los requisitos que señala la jurisprudencia para que ello sea viable..”, subrayando que al tenor de la misma el no pago de aportes a salud y ARL no implica compensación alguna para el actor pues no probó que por no estar afiliado se le hayan inferido perjuicios a su salud o que él haya efectuado algún gasto por ese motivo.

5. **Quinto problema jurídico**, sobre no incremento del salario al accionante, precisó la a quo que si bien es cierto se probó que ello fue así, “como se vio ser el salario de \$1'000.000, casi el doble de los salarios mínimos para cada época, es decir, 2013, 2014 y 2015, no obstante la no existencia de dicho incremento lo cierto es que...ordenar este vía judicial está vedado para los funcionarios, toda vez que solamente en vía jurisprudencial esta situación del reajuste...salarial le está permitido al juez laboral realizarlo en los casos en que el trabajador demuestre que devengó 1 salario inferior al salario mínimo legal mensual vigente”, transcribiendo aparte del fallo 36894, marzo 16/10, Sala Laboral CSJ en el que se consolida ese criterio. Responde por tanto negativamente este problema jurídico.

6. **Séptimo (en la numeración de la a quo) problema jurídico**. Sanción moratoria. Es negada su condena a favor del demandante, luego de referir a espacio a precedentes de la jurisprudencia laboral y decantar: “entonces conforme a la jurisprudencia mencionada no cabe duda que la sanción moratoria...no opera de manera automática, se tiene que entonces acreditar...acerca de la mala fe en cabeza del empleador y en este caso la tesis del despacho es que no hay lugar a la condena de la misma por cuanto de un lado por lo que aquí se condenó fue por una hora extra diurna excepto 1 día a la semana...y porque como lo tiene decantado ya lo dije la CSJ, Sala de Casación Laboral, la sanción moratoria procede por el no pago de salarios y prestaciones sociales y las vacaciones no las tiene como prestación social sino como descanso remunerado, ni las indemnizaciones como...la del despido sin justa causa...”; no evidenció la mala fe en la accionada al no cancelarle al actor la hora extra por la cual aquí se le condenó, frente a lo cual manifestó que no lo había hecho pues no sabía que debía hacerlo ya que ni la contadora se lo había advertido “lo cual además se contrasta con el hecho indiscutible por la acción de la sociedad de hecho que se promovió...que en principio el accionante se creía dueño del establecimiento...junto con la demandada y de ahí

que tampoco dijo en el interrogatorio le reclamara a la señora JUANA por dichas horas extras, porque él creía...antes de que se resolviera de manera desfavorable dicha demanda...que él trabajaba por lo suyo...”, además que siendo administrador del negocio es un cargo de confianza sin que resulte entonces razonable que no le hubiera manifestado dicha situación a la empleadora.

V. SUSTENTACION DE LA APELACION

Recae sobre los siguientes aspectos:

1. **Segundo problema jurídico** en el que *“su despacho...dice que no se estableció el horario de trabajo para efectos de decretar horas extras y festivos, pese a que tanto la demandante como el demandado dijeron que era de 6 de la mañana a 3 de la tarde y lo que en mis alegatos aduje que eran unas horas extras, eran horas semanales de 73 horas semanales, usted no dijo que no se había probado ni se había hecho una relación específica en lo atinente a los dominicales y festivos, por lo tanto estimo señora juez que la liquidación de las horas extras no está acorde, las horas extras que la misma demandada manifestó no había sido, no había pagado”*.

2. **Tercer problema jurídico** *“su despacho hace alusión que la anotación que hay en la liquidación aportada por la parte demandante, en donde dice “liquidación de prestaciones sociales hasta el 24 de noviembre de 2015”, que en esa misma constancia manifiesta que se liquida desde el 1 de julio/15 al 24 de noviembre/15 que existe una anotación que dice “la liquidación anterior manifiesta las prestaciones sociales hasta el 30 de junio más quincena del 16 de junio, que no dice de qué año, esa constancia la toma usted como si...fuera un paz y salvo o una constancia de que se le habían pagado las prestaciones sociales al demandante en el período comprendido entre el 6 de mayo/13 al 30 de junio/15, insisto señora juez esa constancia allí no hay ningún año y dice la liquidación anterior manifiesta las prestaciones sociales...pero no dice de qué año si fue el año 2014, del año 2015, no lo está diciendo y usted lo toma como si fuese un paz y salvo de las prestaciones sociales de los períodos anteriores, entonces no estoy de acuerdo y es ahí donde se desprende que la demandada no aportó prueba documental en donde haya hecho el pago de las prestaciones sociales anteriores al 1 de julio/15”*.

3. **Cuarto problema jurídico.** La inconformidad radica en la no condena al pago de aportes para el subsidio familiar en el entendido para la *a quo* de que no fueron pedidos en la demanda, pues en criterio del censor las facultades ultra y extra petita que tiene el juez, lo obligan a que así no se hubieran solicitado en la demanda, “*señalar las condenas que no hayan sido pedidas en la acción*”.

4. **Quinto problema jurídico.** No incremento del salario. Se limita escuetamente el recurrente a elucubrar: “*con todo respeto señora juez a un funcionario judicial que se gana \$3'200.000 no tiene derecho a que se le aumente anualmente conforme a la ley, si usted dice que...esa norma opera únicamente para las relaciones laborales privadas, por lo tanto no se le debió aumentar el salario, no estoy de acuerdo con su despacho señora juez*”.

5. **Séptimo problema jurídico.** No condena a sanción moratoria. Insiste en ese pedimento el impugnante, en tanto y cuanto en su parecer hay lugar a revocar la negativa de la *a quo* frente a la solicitud de condena por no pago de cesantías e intereses sobre las mismas en el período comprendido entre mayo 6/13 y junio 30/15, y, por ende, su impago refleja la viabilidad de la imposición de la condena en mención.

VI. ALEGACIONES DE LAS PARTES CONFORME AL DECRETO

806/2020

Mantuvieron en esencia las posturas que esgrimieron durante la actuación procesal, agregando el apelante los señalamientos que efectúa al comportamiento de la *a quo* y que en su sentir implicaron discriminación.

VII. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia de la Sala

El artículo 15 del C.P.L y de la S.S. literal b), numeral 1, confiere competencia a esta Corporación para desatar la instancia¹¹.

2.- Problemas jurídicos

Corresponde a la Sala establecer:

1. Si hay lugar a condenar a la accionada por una suma mayor a la que le fue impuesta por horas extras.
2. Si procede condenar a la demandada al pago de prestaciones sociales anteriores al 1 de julio/15.
3. Si deviene viable condenar a la demandada al pago de aportes a subsidio familiar, en desarrollo de las facultades ultra y extrapetita.
4. Si tiene derecho el accionante a que se ordene a su demandada incrementar el salario devengado, como lo pretende la censura. Y,
5. Si resulta procedente la condena por sanción moratoria, en los términos expuestos por el apelante.

3. Caso concreto

El material probatorio acopiado en lo relevante es el siguiente:

3.1. RECIBIDAS EN EL PRESENTE PROCESO

3.1.1. Interrogatorio de GIOVANY BAUTISTA PORTILLA

Dice que su horario laboral, que le fue impuesto por la demandada, iniciaba sin descanso (para evitar que lo despidieran) todos los días a las 5 a.m. hasta las 3 o 4 p.m.,

¹¹ Competencia restringida conforme al principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que en principio limita al juzgador apartarse de las específicas materias que le propone el recurrente, conforme a la jurisprudencia laboral, entre otros pronunciamientos, CSJ SL2764-2017, 22 de febrero; Rad 47692; M.P. MARIA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO. Pueden igualmente ser consultadas las sentencias C-968 de 2003, Corte Constitucional, y, Rad. 43442, marzo 13/12. M. P. FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ, Sala Laboral, Corte Suprema de Justicia. Precedentes que entre muchos otros refieren a dicho principio en materia laboral y según el cual, como acaba de indicarse, la competencia de la segunda instancia se limita por los temas que fueron materia de reproche por el recurrente, con la excepciones que en el fallo de constitucionalidad precitado se precisan.

según las ventas y cada 15 días se hacía aseo y el horario se extendía hasta las 6 p.m.; como administrador hacía de todo, por eso dice que no es cierto lo que afirmaron DEYSI YASMIN MORA GAFARO, DERLY JEIMY LORENA GARCIA GELVEZ y RAQUEL GALVIS PEÑARANDA (en la prueba trasladada solicitada por las partes) de que él lo único que hacía era sentado en la caja recibiendo dinero y que a veces las mandaba a ellas; durante toda la relación laboral mantuvo además otra sentimental con la accionada; además de las labores en el restaurante en esos horarios, excepto cuando hacía aseo, él iba hasta la vereda el Alto de Ají luego de cerrar el negocio, *“generalmente todos los días y todo por mi cuenta de riesgo...un día a la semana no iba, pero generalmente sí”*.

Agrega que en algunos períodos, cuando no había *“cliente o arrendado”*, él vivía en la finca y no trabajaba en el restaurante, desde las 5 a. m. hasta las 8 p.m. efectuando las labores que detalla, 10 días de junio/14, el resto de tiempo siempre había cliente, *“pero igual yo tenía que ir así fuera 2 o 3 días que quedara solo”*, sin recordar con exactitud las fechas; niega que FREDY SAMUEL MOLINA CASTELLANOS fuera la persona que constantemente llevaba a la finca los desperdicios a los animales, pues según él aquél era un *“pirata”* o transportador informal, aunque sí admite que llevaba todos los días los baldes de aguamasa que él no podía llevar en su moto AKT 150 cms. cúbicos, en la que siempre iba allí y en la que llegaba a transportar un bulto de 150 kilos o 3 de 50; los horarios y las actividades los imponía la accionada; había 1 día, cualquiera, que él no iba a la finca.

Puesto que le fue de presente el documento suscrito por la contadora pública YAMILE RODRIGUEZ VILLAMIZAR, denominado liquidación de prestaciones sociales hasta noviembre 24/15, lo reconoció y aceptó que él lo firmó; dijo al serle nuevamente puesto de presente: *“la liquidación anterior manifiesta las prestaciones sociales hasta el 30 de junio más quincena del 16 de junio al 30 de junio, ¿eso?”*, y la juez le indica: *“sí, según eso solo se liquidó o se hizo ese documento de prestaciones sociales el 1 de julio de 2015 a 24 de noviembre de 2015 porque ya se le había efectuado una liquidación anterior de prestaciones sociales hasta el 30 de junio más quincena del 16 al 30 de junio”*, y aquél expresa: *“nunca me explicaron que eso, que decía ese, o que traducía ese pago, como tampoco...este día que yo fui iba por esa plata porque la necesitaba, estaba sin trabajo y pues simplemente*

llegué a firmar y pues al llegar al restaurante con esta señora haciendo mala cara lo único que yo hice fue como que firmar y recibí la plata”.

Requerido por la a quo para que explique por qué entonces en la demanda nada dice al respecto, siendo él quien allega el documento, agrega: “no, no había visto esa anotación tampoco”; la funcionaria le indica: “no recibió liquidación, en las declaraciones que rindieron las señoras que le mencioné, en el juzgado primero civil del circuito, ellas decían que para diciembre y mitad de año, se le hacían liquidaciones a todos y ustedes le firmaban, a todos los empleados, entonces explíqueme al despacho por qué usted dice que no le efectuaron ninguna otra liquidación de sus prestaciones sociales diferente a la 1 de julio de 2015 y 24 de noviembre de 2015 , si a los demás empleados se las hacían los empleados de frutimar 2”, manifiesta el actor: “no me la realizaron y como tal no hay documento que lo afirme”; nuevamente la a quo señala: “documento si lo hay se lo acabé de mostrar donde dice que las liquidaciones anteriores usted ya las había recibido más la quincena del 16 al 30 de junio”, adverbando aquél: “no yo no había visto esa anotación...de todas maneras quiero aportar que siempre hubo una discriminación en cuanto al tema salarial...y lo que yo le digo simplemente la señora JUANA era quien mandaba con su contadora, cuadraban documentos todo lo hacían firmar”.

El se daba cuenta que a las demás trabajadoras les hacían la liquidación; nunca estuvo afiliado al sistema de seguridad social integral; preguntado por qué no dejó ninguna constancia en la liquidación que se puso de presente, sobre no pago de horas extras, dijo que no se le ocurrió y además por temor a que le terminaran el contrato.

3.1.2. Interrogatorio de la señora JUANA MENDEZ TADEO, demandada

Dijo que el actor laboraba como administrador de 6 a.m. a 3 p.m. “otras veces cuando se necesitaba él llegaba de las 5 de la mañana a las 5 de la tarde....ocasionalmente”; en cuanto a las funciones que cumplía, agregó: “pues yo creía que él tenía conocimiento de administrador y ... como yo era nueva ahí yo nunca había trabajado en un restaurante, yo lo adquirí y lo contraté y le dije que como administrador pero las funciones que el hacía era solamente cobrar”; era el encargado de la caja y cuando hacían aseo salían a las 5 de la tarde, cada 15 días,

a veces cada mes; ella no le pagaba esas horas extras; en el restaurante se laboraba todos los días y el demandante todo el tiempo lo hacía domingos y festivos en el mismo horario de 6 a.m. a 3 p.m., *“pero él tenía un día libre a la semana....podía ser el domingo, podía ser cualquier día”* (aunque más adelante dijo, a requerimiento de la a quo de que ella le había dicho que todo el tiempo laboró domingos y festivos, que se había equivocado).

A pregunta: *“si usted era conocedora que había laborado algún domingo o algún festivo se lo canceló?”*, respondió negativamente; nunca lo contrató para las actividades que él señala desarrollaba en la finca Las Brisas pues ella tenía una persona a la que le pagaba y vivía allá y era la que realizaba todas las actividades, de nombre LISIEL MARCELA GARCÍA GELVEZ (8 meses en el 2014) y otras dos personas cuando esta salió de allí; además ella tenía una persona, FREDY, que le llevaba todas las cosas a la finca; si el actor iba a la finca era porque tenía un toro allá y además iba de paseo a llevar sus perros; destaca que *“es ilógico, si él tenía su trabajo acá, como iba a tener dos trabajos allá, como iba a estar pendiente de las dos cosas a la vez”*.

Agrega que le pagó al accionante prestaciones sociales y los derechos laborales correspondientes al período mayo 6/13-junio 30/15 y que el único documento que aparece es el último pues aquél le sustrajo los documentos de las liquidaciones anteriores; puesta que le fue de presente la liquidación obrante a folio 11, manifestó que con ella se quiso significar que por su contadora y ella sólo se le adeudaba del 1 de julio/15 al 24 de noviembre siguiente y que las demás liquidaciones de prestaciones sociales ya se le habían hecho y pagado, desconociendo ella por qué no aparece allí el pago de horas extras y los dominicales y festivos, y si no le fueron pagadas a pesar de que ella sabía que las trabajó fue *“porque de pronto yo no tuve conocimiento de eso”*, es decir, no sabía que tenía que pagarlas y su contadora no se lo dijo.

3.1.3. Testimonio de SILVIA LILIANA PARRA MANTILLA, comerciante de oficio; el actor es el padrino de su hijo y a la accionada la conoce por medio de la mamá de aquél, de quien es vecina; se la presentaron como la novia del demandante; su declaración en realidad no aporta en esencia nada a los temas que son materia de alzada y consecuentemente de esta decisión.

3.1.4. testimonio de CARMEN ELISA PORTILLA, madre del actor y de quien dice sostuvo una relación desde el 2008 más o menos con la demandada hasta como el

2013 cuando pasó a ser empleado de esta (más adelante dice que eso fue en el 2015, pero luego vuelve y dice que fue desde 2013), *“eso ellos comenzaron por ahí tipo que en un año yo creo empezaron así, como a pelear, algo así, no sé, y dijeron que era el empleado...que era el empleado...si doctora, el aceptó seguir trabajando, porque pues aquí en Pamplona el trabajo no es que sea muy dado, ¿sí? pero ellos eran socios y socios y ellos empezaron así, que ya de nuevo ella nunca le pagó, ¿cómo es que se llama?, o sea, nada, nada, no le pagó nada, antes él salió así, sin nada... antes el hijo mío hizo una deuda en el banco, que para ayudarle a la señora para el negocio y eso nunca se la pagó, ella le dejó esa deuda”*; el horario era de 5 a.m. a 3 o 4 p.m. y luego se iba todos los días para la finca que *“ellos tenían”* a llevar comida para los animales y trabajar cercando, dándole sal al ganado, etc., hasta las 10 p.m. muchas veces, y cuando no tenían vivientes él se quedaba allá; ella fue solo una vez a la finca pero su hijo le contaba lo que hacía.

La demandada no le pagó a su hijo prestaciones según éste le comentó a ella; trabajaba de domingo a domingo sin descansar nunca; preguntada sobre la declaración que rindió en el proceso de liquidación de sociedad de hecho entre las mismas partes, en donde insistió en que eran compañeros y socios, y en el presente cambia la versión, dijo: *“si si, eran dueños, eran dueños, esos eran dueños, allá eran dueños, pero como ya no hay como le digo, no hay pruebas, no hay nada... entonces pues...”*.

3.1.5. Declaración de LICIED MARCELA GARCÍA GELVEZ, conoció a la demandada en el 2013 y esta la llevó a trabajar en la finca Las Brisas junto con su esposo e hijo desde mitad de ese año y hasta enero del siguiente por el acoso a que la sometía el actor; era la encargada de la finca, cuidaba los animales, etc.; el demandante iba allí a pasear, tenía dos perros y los llevaba a la finca a pasearlos y ver un toro que tenía, nada más, cada 2 o 3 días por ahí de 5 a 6, pero nunca llevaba cosas para los animales, pues las llevaba FREDY.

3.1.6. Atestación de FREDDY SAMUEL MOLINA CASTELLANOS, manifestó que era el encargado de llevar en las mañanas los sobrantes del restaurante y otros insumos que compraba también por orden de la accionada a la finca de esta, desmintiendo la aseveración del actor de ser él quien cumplía esa función una vez culminaba sus labores en el restaurante, resaltando el testigo que además eso no era posible porque la moto de aquél era *“chiquita”* y con una maleta de 50 kilos era suficiente para cargarla *“y cuando doña Juanita compraba insumos eran dos,*

cuatro, seis bultos de purina, de purina para las vacas, purina para los caballos y maíz para las gallinas” y no era posible que en la moto se pudiera llevar eso.

3.2 PRUEBA TRASLADADA

Del proceso de disolución y liquidación de sociedad comercial de hecho, radicado 54-518-31-12-001-2016-00147-00, adelantado en el Juzgado Primero Civil del Circuito de esta ciudad, mismos demandante y demandada:

3.2.1. Interrogatorio de JUANA MENDEZ TADEO: Después de 4 meses de comenzar a funcionar el restaurante FRUTYMAS (mayo/13), se empezó a llevar contabilidad por parte de la señora YAMILE VILLAMIZAR; el pago a trabajadores lo lleva ella aparte de la contabilidad; *“firman un talonario con firma y huella”*; del demandante como registro *“tenemos la liquidación”*.

3.2.2. Interrogatorio de GIOVANY BAUTISTA PORTILLA: Negó la existencia de relación laboral y recalcó la de una sociedad con la accionada a la que él aportó inicialmente 11 millones de pesos (que le entregó de buena fe a esta); lo que él devengaba no era sueldo; él abría todos los días a las 5 a. m. y cerraba en las tardes, a veces a las 2 p.m. a veces a las 4 p.m. dependiendo de la venta de almuerzos; luego venía 1 hora u hora y media de aseo diario; permanecía solamente en el restaurante un promedio de 11 horas; de ahí se dirigía a la finca a cumplir labores propias de la misma; él era el administrador del restaurante y hacía de todo como aporte a la sociedad; de común acuerdo y en relación con las utilidades de la sociedad, con la demandada convinieron en que él tomaba un millón de pesos para sus gastos y ella otro tanto para los de ella, mensualmente; *“nosotros trabajábamos desde el 10 de enero hasta el 31 de diciembre sin descanso;...y nosotros simplemente nos íbamos de vacaciones, sacábamos de las utilidades, sacábamos los dineros y nos íbamos de viaje, en uno de esos viajes mi primo como no teníamos carro todavía nos prestó el carro de él y nos fuimos a vacacionar al parque Tayrona con la familia de ella...y aparte mi hijo...”*; de las utilidades él recibía un millón de pesos al mes, *“más dos millones que tomábamos como liquidaciones”*.

3.2.3. Testimonio de CARMEN ELISA PORTILLA RODRIGUEZ. Madre del actor; dice que presencié el acuerdo entre su hijo y la por entonces pareja de este, aquí accionada, para comprar el restaurante entre los dos; en el restaurante *“él era el patrón”*, hacía de todo.

3.2.4. Declaración de ANA BELEN PORTILLA RODRIGUEZ. Tía del accionante. No aporta nada al objeto de esta instancia.

3.2.5. Testificación de YAMILE RODRIGUEZ VILLAMIZAR. Contadora de la accionada, desde el 2013 le hacía la declaración de renta y las liquidaciones a las empleadas y llevaba la contabilidad del restaurante desde 4 meses después de la demandada haberlo iniciado; al actor lo conoció en el 2015; a preguntas del apoderado de la accionada precisó que el accionante era empleado del restaurante pues con *“JUANITA le hicimos la liquidación cada 6 meses...de todos los empleados”*; cuando terminó la relación laboral él firmó la liquidación final; en respuestas al apoderado del demandante indicó (revisando los libros de contabilidad que fueron presentados y exhibidos en esa diligencia) a pregunta de si en los libros de contabilidad aparecían las liquidaciones efectuadas a este, que *“quedaron registrados en junio, en todos los junios y todos los diciembres de cada año”*; la juez le pregunta si ahí aparecen registrados y responde *“en junio y en diciembre”*, de qué años, solicita la juez y esta señala: *“del 2015”*; *“y de los años anteriores?”*, cuestiona la funcionaria, precisando la testiga: *“también en junio y en diciembre”*; agregó que si se perdieron las liquidaciones fue por abuso de confianza de aquél; el apoderado del actor interviene y revisa el libro sobre el que depone la declarante e indica que no aparece el nombre del empleado al que se le hace la liquidación, manifestando la contadora que *“el soporte está en los pagos, o sea en un comprobante de egreso que tiene JUANITA”*; aclara a la juez que en el mismo rubro de liquidaciones se incluían todos los trabajadores; a solicitud del apoderado en cita, para que se detallaran las anotaciones referidas, dijo: *“está anotado como pago digamos segunda quincena y liquidación, o sea por lo que el libro es tan pequeño para poder anotar..”*, y a nueva solicitud de la juez indicó: *“pago...se coloca pago o quincena...pago segunda quincena digamos y liquidación que fue la última que se registró de él...que fue el 30 de noviembre de 2015...están todos los trabajadores...por que es que tenemos los comprobantes de egreso de todos, se suman y se hace un solo rubro...es que inclusive en el libro fiscal que también ...lo puede uno llevar solamente está prácticamente el dato solamente de llevar el registro de digamos pago nómina y solamente ese registro”*.

Agregó al apoderado del actor que el monto de esa anotación es: *“realmente ahí no se sabe, se sabe en el registro que tengo aparte...aquí tiene \$2'965.186 pero son todos...por pago de quincenas y liquidaciones”*; de las demás liquidaciones, correspondientes a todo el período laborado, interrogada por el apoderado, indicó:

“no en esta no hay 2014 y 2013 no hay”; solamente se anotó 2015 1 semestre; le precisa a la juez que ella recuerda haberle hecho liquidaciones por esos otros períodos y supone que el accionante como administrador que era los sacó, así como lo hizo con otros documentos; categóricamente admite que no se le pagaban al demandante aportes para seguridad social.

3.2.6. Atestación de DEYSY YANETH MORA GAFARO. Labora como mesera en el restaurante FRUTIMAR desde hace 4 años; no aportó nada en relación con los aspectos que son objeto de censura, excepto que el actor al igual que ellas y demás trabajadoras en ocasiones trabajaban hasta la noche, pero sin especificar fechas ni horas.

3.2.7. Declaración de MARIA DEL CARMEN ORTIZ PARADA. Dueña del local donde funciona el restaurante; tampoco aporta nada.

3.2.8. Testimonio de DERLY JEIMY LORENA GARCIA GELVEZ. El actor era el administrador y trabajaba como empleado como ellas y la demandada le pagaba quincena y liquidación igual que a ellas.

3.2.9. Atestación de FRANCISCO ANTONIO PINTO VERA. Esposo de la dueña del local donde funciona el restaurante. No aporta nada.

3.2.10. Declaración de RAQUEL GALVIS PEÑARANDA. Fue empleada del restaurante; el accionante era como el administrador; el horario de trabajo normalmente era de 6 a.m. a 2 p.m.; el día que le pagaban a ellas a él también le pagaban; en junio y en diciembre le pagaban liquidación y se firmaban documentos por ese pago.

3.3. Conclusiones.

Precísese de entrada que al no haber sido controvertidas por la accionada las declaraciones y condenas favorables al actor, las mismas devienen ajenas al presente fallo, en el que la Sala se limitará a dar respuesta a las inconformidades concretas presentadas en la alzada, advirtiéndose en la misma dirección que el monto de la condena referida a la hora extra diaria tampoco fue objetado por el interesado, motivo por el cual tampoco se incursionará en ese respecto en acogimiento de lo que en ese sentido previno la jurisprudencia laboral en el precedente 43442/12 anteriormente citado y en el que se indica:

“(…) Así, en sentencia de 15 de mayo de 2007, rad. 27299, se expresó:

“El artículo 66 A del CPTSS consagra el principio de consonancia en materia laboral al establecer que “La sentencia de segunda instancia...deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”. (...).

Sobre el tema del principio de consonancia de la sentencia de segunda instancia con la materia de la apelación, planteado en el primer cargo, ha dicho esta Sala:

*“Para la Sala yerra el Tribunal al asumir competencia funcional completa de revisión de la totalidad del objeto del litigio, desbordando la que le corresponde según **las reglas que gobiernan el recurso de apelación en la jurisdicción laboral, que son precisas en circunscribirla a las materias respecto de las cuales el apelante o los apelantes hayan manifestado inconformidad y cumplido con la carga procesal de fundamentar sus reparos**”. (...).*

“En el sub lite la sentencia de primera instancia se ocupó de determinar el contenido de todas las acreencias laborales que surgían de la declaración de la existencia del contrato; y si bien, la accionada apelante se limitó a atacar este pronunciamiento, su rechazo limitado a esta declaración, no comprendía la manera como cada una de aquéllas fue liquidada por el juez; el silencio que sobre estos aspectos guarda, aunque se explique por apostarle a destruir por la base la condena, es conformidad con el trato dado en la sentencia”. (...). (Resaltos propios del texto original).

Así las cosas, se resuelven en el mismo orden en que fueron planteados, los problemas jurídicos:

3.3.1. Si hay lugar a condenar a la accionada por una suma mayor a la que le fue impuesta por horas extras, dominicales y festivos.

La *a quo* condenó al pago de 1 hora extra diaria, en la forma y con las precisiones realizadas en el fallo, que como ya se dijo no fue resistida por el recurrente en cuanto tal, sino en la medida en que aspira a que la condena sea mayor por esos conceptos en tanto y cuanto sostiene que el actor laboraba hasta avanzada la noche todos los días incluidos domingos y días de fiesta.

El respaldo probatorio que esgrime se refleja en su propio dicho y en el de su progenitora CARMEN ELISA y la señora SILVIA LILIANA PARRA, coincidiendo esta Corporación con la valoración realizada por la *a quo* a los mismos, según la cual ningún aporte sustancial ofrecen en esa dirección pues las aseveraciones que esas declarantes efectúan en torno del horario de trabajo de aquél, se reducen a conjeturas o información por ellas recogidas directamente del interesado; no les consta de manera directa ese aspecto y por ende mal podría soportarse una conclusión inequívoca como la pretendida en la censura.

La insistencia del accionante acerca de su presunta dedicación permanente al servicio de la demandada, tanto en el restaurante como en la finca, en los horarios que indica y con la dedicación a las labores que detalla, además de que se enmarca

dentro de la restringida valoración de la prueba de interrogatorio de parte en lo que no constituya confesión (sin que se aprecie indispensable ahondar aquí, para los propósitos de esta decisión, lo atinente con la naturaleza de la declaración de parte en el C.G.P., en lo que pudiera resultar aplicable al presente trámite), surge claramente contrario al restante material probatorio acopiado a instancias de esta; es así como FREDY SAMUEL MOLINA desmiente la versión de ir a diario aquél a esa finca a llevar insumos para los animales, por las razones que señala (que se precisaron en el extracto de su testimonio) y que para la Colegiatura merecen plena credibilidad por estar exento de cualquier sospecha a favor de la demandada o en contra del demandante (ni siquiera este las sugirió mínimamente); lo propio puede decirse de la atestación de LICIED MARCELA GARCÍA GELVEZ, quien contundentemente descartó que el actor desarrollara en la finca alguna actividad al servicio de la señora JUANA, como que aunque ciertamente iba con frecuencia allí, lo hacía de paseo con sus perros y a ver un toro que tenía en el lugar.

Ahora bien, pudiera decirse que es la demandada quien confiesa esos horarios, y en principio pareciera que así fuera, no obstante ello no es así pues en el contexto de la posición que siempre asumió en el proceso, es evidente su negativa a ese trabajo suplementario excepto la hora extra diaria que se le atribuyó; pero luego de haber indicado que GIOVANY trabajó durante los extremos temporales conocidos y no discutidos, todos los días, más adelante corrige y precisa que pudo haberlo hecho algunos domingos y festivos, pero sin detallarlos con la claridad y concisión indispensables, tal cual se exige por la jurisprudencia laboral a la que refirió con acierto pleno la *a quo*, sin referencia alguna en vía opuesta por el apelante.

Dentro de esos confines, las horas extras, trabajo nocturno, dominicales y festivos que se aleguen en la demanda deben ser demostrados a través de material probatorio que derive en la certeza para el juzgador que el trabajador las efectuó, sin dejar margen de duda acerca de su ocurrencia; así lo expresa en precedente reciente la jurisprudencia laboral:

“(…) Horas extras dominicales y festivos. La demandante afirma que la parte demandada le adeuda horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos laboradas. Sin embargo, tal manifestación resulta insuficiente para realizar su estudio en esta instancia, pues no cumplió con la carga probatoria, relativa a demostrar cuánto tiempo suplementario efectivamente trabajado se le dejó de pagar, pues, aunque señala un número de horas en cada ítem, no demuestra en qué días se generaron,

*razón por la que no se fulminará condena por este concepto (...)*¹². (Subrayado fuera de texto)

Anteriormente había pontificado:

“(..) Es que ni siquiera la prueba testimonial, que no es elemento demostrativo calificado en casación, podría desvirtuar la conclusión del fallador, aspecto que el mismo recurrente no desconoce cuando afirma que “por supuesto que no indican de manera cronológica y pormenorizada las horas laboradas, pero sin duda permiten dar por demostrado, que los valores y registros consignados en las documentales de los folios 8 a 88 del cuaderno principal son totalmente ciertos”

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. (...) ¹³

En el mismo sentido, en reciente pronunciamiento reiteró:

“(..) 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. (...) ¹⁴”. (Resaltos ajenos al texto original).

Claramente entonces, con relación al pago de horas extras, dominicales y festivos, la jurisprudencia laboral tiene decantado que para acceder a su reconocimiento, el trabajador debe allegar prueba fehaciente de su ocurrencia demostrando una a una las horas extras alegadas; en el expediente no obra la prueba indispensable con relación a esta pretensión, ni siquiera se hace referencia a una cantidad ni en qué días fueron generadas, esto es, no acredita de manera detallada el trabajo extraordinario, dominical y festivo invocado, lo cual impide en esta instancia determinar lo concerniente, toda vez que no es posible hacer suposiciones lo que implica sin controversia alguna que no es posible reconocer los derechos deprecados en torno de dicho ítem, razones por las cuales se impartirá confirmación por este aspecto al fallo recurrido.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 56010, Abril 12/18. M.P. MARTIN EMILIO BELTRAN QUINTERO.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 31637, julio 15/08. M.P. ISaura VARGAS DIAZ.

¹⁴ Ib. SL8675-2017 (rad. 47138). Marzo 8/17. M. P. FERNANDO CASTILLO CADENA.

3.3.2. Si procede condenar a la demandada al pago de cesantías e intereses a las cesantías anteriores al 1 de julio/15.

Centró el impugnante su inconformidad en este respecto en esos dos conceptos, dejando por fuera otros que por lo mismo no pueden ser considerados en esta instancia; la discusión gira específicamente alrededor de los alcances del documento suscrito por el demandante que aparece a folio 11 del expediente y en el que se lee, para lo que interesa: *“LA LIQUIDACION ANTERIOR, MANIFIESTA LAS PRESTACIONES SOCIALES HASTA EL 30 DE JUNIO MAS QUINCENA DEL 16 AL 30 DE JUNIO”*.

Claramente se deduce que corresponde al año 2015, al tenor de su propia titulación: *“LIQUIDACION DE PRESTACIONES SOCIALES HASTA EL 24 DE NOVIEMBRE DE 2015”*; el debate se plantea por el censor de cara a las prestaciones que cubriría esa evidencia, enfatizando en que no se trata de una certificación y que no se aclara el o los períodos cubiertos por la misma; la *a quo* concluyó categóricamente que aquí el actor estaba aceptando sin lugar a duda alguna que sus prestaciones sociales correspondientes al período de la relación laboral, esto es, mayo/13-noviembre/15, le fueron canceladas.

Pues bien, para este Tribunal, en consonancia con la *a quo*, sí se acreditó que al señor GIOVANY BAUTISTA PORTILLA le fueron cancelados esos conceptos y él mismo así lo admitió al suscribir esa liquidación, la cual aunque adolece de la precisión esperada para evitar confusiones como la que pregona el apelante, conlleva válidamente y en el contexto de la sana crítica y la libre formación del convencimiento, al tenor del artículo 61 del C.P.T., a las inferencias expuestas en el fallo recurrido; ello es así toda vez que si como lo alegó el propio accionante en este PROCESO (contrariando lo que había sostenido en el que anteriormente promovió, sin éxito, contra la misma demandada de liquidación de sociedad comercial de hecho), él ostentaba la calidad de administrador del restaurante de marras con las minucias que detalló, no se entendería cómo se preocupara de cancelar a las empleadas del negocio sus quincenas y las liquidaciones semestrales y no se ocupara de su propia situación, sin que desde la persuasión racional se entiendan ajustadas a la lógica y el sentido común, amén de la experiencia, que dejara de hacerlo, como lo pretende, por el temor a la demandada y la discriminación a que según él (nadie más con conocimiento directo lo secunda) era sometido frente al restante personal, además de que siendo una persona mayor de edad con recorrido en actividades laborales (se dejó probado que se había desempeñado anteriormente como vigilante de seguridad en Bucaramanga), con

estudios secundarios, procure convencer que suscribió esa liquidación sin percatarse de su contenido.

Agréguese que en el interrogatorio de parte que rindió dentro del proceso anterior al que ya se hizo mención, expresó que además del millón de pesos mensuales que recibía como reparto de utilidades, también obtenía dos millones de pesos como liquidación y que iba de vacaciones con el producto de esas mismas ganancias, con su familia, todo lo cual indica que no es cierto que no le fueran cubiertas esas prestaciones sociales adicionales al salario, como además de manera clara y contundente lo sostuvieron las testigas RAQUEL GALVIS PEÑARANDA y DERLY JEIMY LORENA GARCIA GELVEZ, también empleadas del restaurante y quienes afirmaron bajo juramento que así como a ellas, al demandante le eran pagadas sus quincenas y las correspondientes liquidaciones, corroborándose ello con la testificación de la contadora de la accionada, YAMILE RODRIGUEZ VILLAMIZAR, quien además, de consuno con esta, expresaron la tesis de que las otras liquidaciones que semestralmente se le efectuaron a aquél, pudieron ser extraídas por este así como lo hizo con otra documentación a la que él mismo hizo expresa referencia en su interrogatorio de parte en este trámite e intentó infructuosamente su incorporación al expediente, al ser denegada la misma por la *a quo* en el entendido de que era extemporánea esa pretensión.

Aún si se admitiera que dicho documento es insuficiente para transmitir por sí sólo la certeza de ese pago, los alcances del artículo 225 del C.G.P. en cuanto resulte aplicable al presente trámite de la mano del principio de consonancia previsto en el artículo 145 del C.P.T., no enervarían la conclusión que se deja expuesta en tanto y cuanto el indicio grave "*de la inexistencia del respectivo acto*" se vería superado por las circunstancias que precisamente se detallan y que connotan la imposibilidad de obtenerlo, conforme a la aplicación que de la persuasión racional se deja precisada en precedencia.

En síntesis, examinadas las pruebas antes detalladas de conformidad con el artículo 61 del C.P.T., conducen a la certeza de que al demandante sí le fueron canceladas las cesantías y los intereses sobre las mismas, a las que tenía derecho durante el período de la relación laboral de marras, razón por la cual será también aspecto a confirmar.

3.3.3. Si deviene viable condenar a la demandada al pago de aportes a subsidio familiar, en desarrollo de las facultades ultra y extrapetita.

Sin necesidad de analizar esta inconformidad desde la posibilidad de su declaración con soporte en las potestades ultra y extra petita, basta para confirmar el fallo recurrido por este aspecto, con destacar que aún si se pudiera en gracia de discusión proceder a ello, no se contradijo para nada el argumento del fallo respecto de que, al tenor del precedente jurisprudencial invocado, el accionante no probó haber informado y acreditado en su momento ante la accionada la existencia de hijos o dependientes beneficiarios de ese subsidio; por ende, se reitera por la Sala que no habiendo sido debatido ese aspecto tiene vedado su estudio en esta instancia. Se dijo por la jurisprudencia citada SL3009-2017, rad. 47044, febrero 15/17:

“(...) Tal pretensión está llamada al fracaso, por cuanto el demandante no demostró haber informado y acreditado en su momento ante su empleador la existencia de hijos o dependientes beneficiarios del subsidio que ahora reclama, para que surja la obligación por parte de éste de sufragar dicho emolumento por la no afiliación a una Caja de Compensación Familiar, y en consecuencia no se probaron los presupuestos legales para tener derecho a este emolumento. (...)”.

Posición reiterada en idénticos términos, en SL5381-2019. Rad. 67630, diciembre 2/19; en consecuencia, este aparte del fallo censurado será igualmente confirmado sin que en vía opuesta resulte oponible el argumento planteado por el censor al descorrer el traslado del Decreto 806/2020, de que la accionada sabía de la existencia del hijo del actor atendida su convivencia, pues su aspiración en ese respecto gira en torno de su propia inactividad al pretender que su declaración sea producto del ejercicio de la potestad de extra petita, sin que para lograrlo desarrolle mínimamente un razonamiento fáctico y jurídico que contextualice debidamente su pretensión en el marco de lo acreditado; y si en gracia de discusión se aceptara que la demandada debía conocer la existencia del hijo del actor, tendría de todos modos a su cargo la comprobación de otros aspectos indispensables para ese fin. Dice la jurisprudencia laboral:

*“(...) Así mismo, el artículo 3º de la Ley 789 de 2002 establece que **tienen derecho al subsidio familiar en dinero los trabajadores que:** i) Tengan una remuneración mensual de hasta cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, ii) laboren al menos noventa y seis (96) horas al mes, iii) que sumados sus ingresos con los de su cónyuge o compañero (a), no sobrepasen seis (6) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Agregado a esto, el Parágrafo 1 de este artículo consagra en el numeral 1 que **dan derecho al subsidio familiar en dinero los hijos a cargo de los trabajadores beneficiarios que no sobrepasen la edad de 18 años, sean «legítimos, naturales, adoptivos y los hijastros», y establece que, después de los 12 años de edad, se tiene que acreditar la escolaridad de los mismos en un establecimiento docente***

debidamente aprobado. (...) ¹⁵. (Resalta la Sala).

No demostró en qué situación exacta se enmarca su pretensión y por tanto deviene suficiente lo afirmado para confirmar ese aspecto del fallo confutado, sin menester ahondar en torno de otras consideraciones.

3.3.4. Si tiene derecho el accionante a que se ordene a su demandada incrementar el salario devengado, como lo pretende la censura.

Al igual que en el numeral precedente, en este tampoco el censor se ocupa como le correspondía, de atacar el sustento de la sentencia de cara a la negativa de disponer el aumento del salario percibido por el actor durante la relación laboral, limitándose a aseveraciones carentes de la solidez y seriedad esperadas en la sustentación de la alzada. Se trajo por la *a quo* precedente de la jurisprudencia laboral en el que clara y categóricamente se advierte la línea jurisprudencial pacífica en torno de ese tópico, al tenor de la cual sólo está autorizado el juez laboral para ordenar el incremento salarial tratándose del salario mínimo legal, situación que no es la que se presenta en este evento en el que se comprobó que al demandante se le cancelaba una suma muy superior al mismo durante el lapso de prestación de sus servicios a la demandada, y sin que siquiera se haya sugerido que ese aumento devendría imperativo por hacer presencia alguna de las circunstancias especificadas por el órgano de cierre laboral, v.gr. la disposición de una convención colectiva de trabajo. Veamos lo que se precisa en dicho precedente, radicación 36894, marzo 16/10, SL Corte Suprema de Justicia:

*“(...) b) En lo que tiene que ver con la obligatoriedad de ajustar únicamente los salarios que queden por debajo del rango de los mínimos, como en otras ocasiones lo ha reiterado la Sala, en el sector privado o a quienes se les aplica el Código Sustantivo de Trabajo como ocurre para el caso del demandante y que no es materia de controversia en esta litis, **no existe precepto alguno que estatuya el derecho al aumento automático del salario de los trabajadores, que devenguen más del salario mínimo legal**, con base en el costo de vida, como tampoco hay norma que faculte al Juez de Trabajo para imponer por vía general el incremento salarial de esta clase de empleados particulares, tomando el índice de precios al consumidor.*

En efecto, en casación del 5 de noviembre de 1999 radicado 12213, esta Corporación puntualizó: (...).

Y en el mismo sentido, en sentencia del 13 de marzo de 2001 radicado 15406, la Sala precisó: (...).

¹⁵ CSJ. SL2889-2018, rad. 48472, julio 18/18. M P. JOSE MAURICIO BURGOS RUIZ.

Ambas sentencias que se acaban de transcribir, se reiteraron en decisión del pasado 24 de noviembre de 2009 radicado 39117, en donde se agregó: (...).

Al tener la Sala su propio criterio alrededor de esta temática, el cual se mantiene invariable por no haber razones suficientes para entrar a modificarlo, resulta infundada la argumentación jurídica del censor. (...). (Se resalta por la Sala).

Criterio expresamente reiterado (entre otros) en reciente decisión SL4703-2019, rad. 64470, octubre 15/19, en el que se advirtió:

(...) A pesar de lo manifestado, cumple precisar que la Sala ha tenido la oportunidad de referirse al incremento salarial en el sector privado, en la que se ha concluido la ausencia de un precepto legal que lo consagre u ordene para aquellos trabajadores cuya asignación salarial sea superior al salario mínimo legal vigente; así, en la sentencia de casación CSJ SL, 13 mar. 2001, rad. 15406, reiterada en la CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36894, se anotó: (...).

En consecuencia, por lo expuesto primigeniamente el cargo se desestima. (...)

En consecuencia también en relación con este ítem de la apelación se impartirá confirmación al fallo confutado.

3.3.5. Si resulta procedente la condena por sanción moratoria, en los términos expuestos por el apelante.

Es clara la improcedencia de este pedimento y por ello se confirmará la sentencia recurrida en ese respecto, en tanto y cuanto como se dejó establecido anteriormente no se le adeuda al actor ningún concepto de los que genera esta sanción, concretamente el pago de cesantías en las que se centra en lo atinente con este problema jurídico la inconformidad del impugnante, razón por la cual no resulta necesario examinar nada diferente en esa dirección.

Finalmente y para dar respuesta de la manera más completa posible a la inconformidad de la censura en esa dirección, precítese por la Sala que de cara al impago de los intereses a las cesantías, que es uno de los ítems invocados por el recurrente en el contexto de este problema jurídico, no generan la sanción moratoria, aunque sí la indexación, conforme lo decanta la jurisprudencia laboral:

(...) Vale recordar que, según la jurisprudencia de esta Sala, las vacaciones compensadas y los intereses a las cesantías, a diferencia de las otras prestaciones sociales, no se tienen en cuenta para efectos de la aplicación de la sanción moratoria

del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo tanto, procede su indexación. (...)". (SL5381-2019. Rad. 67630, diciembre 2/19).

3.4. Cuestión final.

Precisa la Sala, en relación con los cuestionamientos que apenas al presentar sus alegaciones en esta instancia, al tenor del Decreto 806/2020, realiza el recurrente en contra de la *a quo* en torno al trato descortés que en su criterio le prodigó en el trámite de la primera instancia y que atribuye a la discriminación que pudo haberse propiciado en el ánimo de ella a partir de la diferencia de edad entre su cliente y la accionada, amén de los demás detalles que al respecto ofreció, que además de tardíos devienen claramente improcedentes en la medida en que se agotan en su mera exposición vacía de contenido en dirección a concretar los alcances que tendrían de cara a la decisión atacada y sus soportes fácticos y jurídico probatorios.

Por ello, ninguna adicional consideración ameritan en esta sede.

Se impondrá condena en costas por el magistrado ponente en esta instancia a título de agencias en derecho y en favor de la demandada, 1 smlmv, conforme al artículo 5, numeral 1, segunda instancia, Acuerdo PSAA16-10554 de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura¹⁶, en consonancia con el numeral 3 del artículo 365 del C.G.P. y el mismo numeral del artículo 366, ejusdem, aplicables por remisión del artículo 145 del CPT.

En mérito de lo expuesto, la Sala Única de Decisión del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR LA SENTENCIA recurrida, por las razones expuestas en esta providencia y en lo tocante con los aspectos motivo de alzada.

¹⁶ Aplicable al presente evento al tenor de su artículo 7 y en razón a que este proceso tuvo inicio con posterioridad a su vigencia (agosto 5/16).

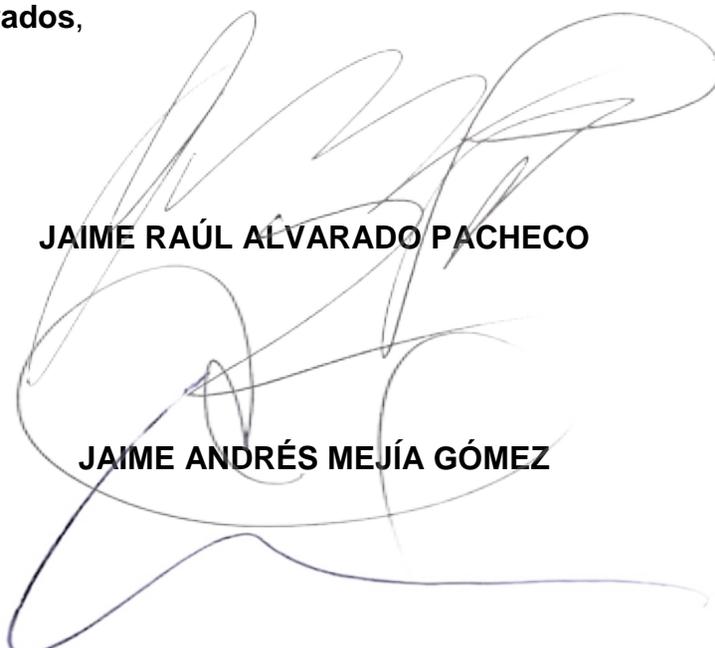
SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante, incluyéndose en las mismas a título de agencias en derecho, la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, en favor de la accionada, conforme lo consignado ut supra.

TERCERO: DEVOLVER en su oportunidad el expediente al juzgado de origen, una vez cobre firmeza.

El presente fallo fue presentado, discutido y aprobado por medios virtuales.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

Los Magistrados,



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

NELSON OMAR MELENDEZ GRANADOS

Firmado Por:

JAIME RAUL ALVARADO PACHECO

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

DESPACHO 3 TRIBUNAL SUPERIOR PAMPLONA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

0a1fef60e0e5fbfe089584c4c28f9515636219b2e7a27d8df73588ed1a52e1ac

Documento generado en 12/08/2020 12:34:04 p.m.