

**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE NEIVA**  
**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL**

**LUZ DARY ORTEGA ORTIZ**

Magistrada Ponente

Expediente **41001-31-05-002-2015-00766-01**

Neiva, veinticinco (25) de agosto de dos mil veinte (2020)

Aprobada en sesión de veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020)

Decide la Sala el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de 30 de noviembre de 2016, proferida por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Neiva en el proceso ordinario laboral de **ELKIN NOGUERA GUTIERREZ** contra **ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.**

El abogado Raúl Humberto Monroy Gallego, apoderado de la entidad demandada, allegó vía correo electrónico a la Secretaría de la Sala, sustitución de poder conferido, por lo que se reconoce a la abogada LUISA FERNANDA BENITO BURITICA identificada con cédula de ciudadanía número 1.110.530.517 y portadora de la tarjeta profesional No. 253.590, como apoderada sustituta de la sociedad demandada en los términos y para los fines de la sustitución del poder otorgado.

**ANTECEDENTES**

ELKIN NOGUERA GUTIÉRREZ inició proceso Ordinario Laboral para que previa declaratoria de un contrato de trabajo con ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P., desde el 1º de abril de 2013, que se encuentra vigente, se le reconozcan y paguen los conceptos de rodamiento, viáticos, dominicales, festivos, «derecho de conexión», y el reajuste de las prestaciones sociales.

**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**



Pretensiones que sustentó en los siguientes hechos;

Que se encuentra vinculado a través de contrato de trabajo a término indefinido desde el 1º de abril de 2013 con la entidad, para desempeñarse como asesor comercial, labores que implican estar en las calles promocionando y vendiendo la conexión del servicio público domiciliario de gas natural, así como la instalación interna a usuarios residenciales y comerciales.

Laborales implican la movilización de un lado para otro, sin que la empresa le suministre transporte o el préstamo de una motocicleta, como si lo hace para otros trabajadores dentro del área de mantenimiento y operación.

Relató que tampoco le son reconocidos los viáticos de transporte, alimentación y hospedaje, además que por su labor debe trabajar los dominicales y festivos

Finalmente mencionó que está afiliado a la organización sindical de la empresa, realizando el pago de los aportes estatutarios y siendo beneficiarios de los acuerdos colectivos suscritos, como del laudo arbitral del año 2014.

**CONTESTACIÓN DE LA DEMANDADA**

.- **ALCANOS DE COLOMBIA S.A. E.S.P.** recorrió el traslado aceptando la relación laboral pero aclarando que se trata de un contrato de trabajo por obra o labor.

Añadió que el demandante no labora los días dominicales ni festivos, que no se le reconoce auxilio de transporte por cuanto su salario a destajo sobrepasa los dos SMLMV, sobre el auxilio de rodamiento refirió no estar en la obligación de reconocerlo por cuanto la labor del demandante es de

**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**



resultado no de medio, pues no tiene establecido un horario y tiene libertad en la manera cómo desarrolla sus funciones.

Propuso las excepciones que denominó «*carencia absoluta de causa, pago total de las obligaciones surgidas de la vinculación laboral de las partes, cobro de no lo debido, inexistencia del derecho a reclamar de parte del demandante, buena fe, compensación, prescripción y las innominadas*».

**LA SENTENCIA**

El Juez de Primera Instancia, declaró fundadas las excepciones presentadas y negó las pretensiones de la demanda.

Como soporte de sus tesis, invocó el artículo 167 del CGP, que establece que cada parte tiene la carga de probar los fundamentos de hecho en que basa sus pretensiones, encontrando que el demandante omitió las cargas probatorias que recaen en su cabeza.

En primer sentido sobre el rodamiento, refirió que si bien obra prueba que el señor Elkin Noguera Gutiérrez, prestó el servicio en distintos municipios del Huila, no logró acreditar el gasto en que incurrió al adelantar esas labores, pues si bien conforme el memorando interno PCIA 02 de 14 de noviembre de 2012, se aprobó el auxilio de rodamiento, dicha situación nunca aplicó para la ciudad de Neiva sólo se atendió en Popayán y Oriente Antioqueño, y tampoco se acreditaron las ventas para el reconocimiento de dicho pago.

Luego, mencionó que, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha sido pacífica en establecer que el trabajo suplementario debe probarse de forma clara y precisa, pues no le está dado al fallador suponer sobre el tiempo adicional laborado, y en ese sentido, al no existir prueba precisa de los días y horas laboradas por el demandante, no se puede precisar el tiempo extraordinario que laboró.

**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**



Sobre la pretensión de pago por derecho de conexión, dijo que este no se estipuló en el contrato celebrado por las partes, sumado a que *«el contrato se suscribió el 30 de abril de 2013 y ese concepto se suprimió en el año 2012 y a pesar que en el contrato se establecen unos pagos por comisión (...) el certificado de ventas que se allegó a folio 220 no determina claramente las fechas en que se realizaron dichas ventas»*.

Finalmente, sobre el principio de salario igual trabajo igual alegado por el demandante, determinó que se tenía que demostrar la similitud de efectividad entre los trabajadores que se comparan, situación que no logró acreditar, pues su labor es de venta y la de aquellos con quien se comparó es de operación y mantenimiento.

### **LA APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, el demandante la apeló advirtiendo no está de acuerdo con los tres aspectos *«viáticos, rodamiento de motos y festivos y dominicales, aceptando que no hay discusión del contrato de trabajo ni el derecho de conexión porque ya no existía cuando inició el vínculo laboral»*.

En cuanto a los viáticos refirió que, *«si el trabajador va desempeñar sus labores por fuera de la ciudad el empleador debe proporcionarle el transporte, alimentación y alojamiento si es necesario»*, añadió que cuando el trabajador se desplaza a otros municipios el empleador debe pagar dichos conceptos, por ser derechos mínimos de los trabajadores.

Reparó que la empresa realizó una relación de ventas de servicio de gas que el asesor le consiguió a la empresa en distintos municipios y a partir de ella, se tiene que hacer una aproximación de los viáticos, por lo menos los de transporte, textualmente dijo *«eso se puede hacer por un peritaje y como el juez no hizo uso de su facultad oficiosa de solicitar la prueba, a pesar que está demostrado que si se hicieron, porque sí está demostrado que si se hicieron los viajes, era fácil hacer uno se esa facultad oficiosa, era haber decretado la prueba a ver cuánto vale el transporte a los beneficios (...) o podía haberse decretado hacía el futuro que cuando por alguna eventualidad el trabajador tenga que desplazarse a*

**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**



*esos municipios a realizar su trabajo encomendado por la empresa se le paguen viáticos».*

En cuanto al rodamiento de moto, reparó que el concepto se sobreentiende ser pagado por el empleador, pues es obligación colocar a disposición del trabajador las herramientas necesarias para su trabajo, *«al asesor comercial de alcanos que le pongan una moto para que se desplace por la ciudad a realizar las ventas, este auxilio de rodamiento es el valor que debe pagar al demandante por desarrollar las actividades de asesor comercial, que fueron pactadas por la empresa (...) eso es lo lógico, porque ese vehículo del trabajador consume gasolina, parqueo, seguros (...) tienen que prestarlo por prestar (sic) su vehículo para la empresa (...) este pago es diferente al auxilio de transporte, pues su naturaleza es diferente».*

Refirió que a los demás trabajadores se les reconocía el rodamiento de motos, pero no a el demandante, sin que existe diferencia entre uno y otro.

Finalmente, sobre el pago de festivos y dominicales, refirió que *«la empresa hace una relación de las ventas realizadas por el demandante, que si uno se pone a comparar las fechas, uno podría llegar a la conclusión cuales fueron los domingos y festivos laborados por el demandante, es un trabajo dispendioso, pero ahí están las pruebas para determinar si se laboró en esos días y la forma de remuneración.»*

En los términos del Decreto 806 de 2020, acogido por la Sala en sesión extraordinaria de 11 de junio del mismo año, la parte demandante recurrente presentó escrito de alegatos en la oportunidad otorgada, reiterando los reparos expuestos sobre las obligaciones del empleador de proveer a su trabajador las herramientas necesarias para la realización de sus laborales, como lo es el rodamiento por alquiler o préstamo de vehículo, situación que no ocurrió. Además, si bien no existe una cuantificación de los viáticos de transporte, alimentación, hospedaje y trabajo suplementario, es posible liquidarlos con los datos que la entidad tiene en sus archivos que fueron ocultados.



La parte demandada, en el término del traslado para alegar, reiteró que el demandante no cumplió con las cargas de la prueba que le correspondían, pues tenía la obligación de demostrar en forma plena los hechos en que fundó sus pretensiones.

### **CONSIDERACIONES**

Por ser esta Sala competente como superior funcional del Juez que profirió la sentencia, y hallarse cumplidos los presupuestos procesales, sin encontrar causal de nulidad que invalide lo actuado, se pronunciará decisión de fondo.

- **Problema Jurídico.**

Determinar si atinó el juez de instancia en su decisión, o por el contrario le asiste derecho al demandante al reconocimiento del auxilio de rodamiento, viáticos, y el trabajo suplementario laborado.

- **Solución al problema jurídico.**

No existe discusión en este proceso que el demandante prestó sus servicios personales como asesor comercial a favor de la demandada a partir del 1° de abril de 2013, mediante contrato de obra o labor, el que al momento de la demanda se encontraba vigente, puesto que la empresa demandada lo aceptó al contestar la demanda.

En cambio, es discutido lo relacionado con el auxilio de rodamiento, los viáticos y el trabajo suplementario.

- **Sobre el trabajo suplementario.**

Sea preciso descender en primer lugar a desarrollar el tema del trabajo extraordinario, y sobre el particular la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que la prueba sobre

**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**



el tiempo suplementario debe ser fehaciente de forma tal que permita generar certeza de los horarios y días en que se ejecutó, es decir debe ser determinada con exactitud en la fecha de su causación, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo. (CSJ SL, 9 de ago. de 2006, rad. 27064).

De lo discurrido resulta claro que, es al demandante a quien le corresponde demostrar con total certeza en qué periodos y en qué cantidad efectivamente laboró tiempo suplementario y horas extras, carga probatoria que brilla por su ausencia, pues no obra prueba documental que lo certifique o corrobore.

Véase que de las pruebas aportadas no se puede extraer el trabajo suplementario que refiere el actor ejecutó, pues de la relación del número de conexiones realizadas y aportada por la jefe de ventas de la entidad, no se puede desprender dicha situación, porque ella sólo demuestra que el asesor realizó ventas a diferentes personas en la ciudad de Neiva y sus municipios aledaños, sin que se especifique fecha u hora en que se realizó dicha labor.

Ahora, de la única prueba testimonial arrimada al expediente, esto es, la del abogado de la entidad accionada, Cesar Augusto Jiménez, en lo que le interesa a la Sala, cuando refirió , *«que dentro del valor de comisión está inmerso ese valor, porque el asesor escoge la zona donde decide vender, si el ve que existe un potencial de venta, entonces se desplaza pero si no existe no tiene por qué desplazarse, sobre el trabajo suplementario, es libre de escoger la hora en que quiere vender y no estaba autorizado»*, lo que traduce que el demandante era libre en la escogencia de su horario, porque lo importante era efectuar la venta, dado que de allí se desprendía la comisión a devengar.

Por lo anterior, la actividad probatoria que buscaba el reconocimiento del trabajo suplementario es nula, no hay certeza para la Sala, ni precisión

**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**



sobre si se dio ese trabajo extra y en qué cantidad. Por lo que no se equivocó el *a quo* en este punto.

- Sobre el auxilio de rodamiento.

Sin necesidad de realizar mayores consideraciones en este punto, recuérdese que éste auxilio no tiene carácter legal y por lo tanto su existencia está sujeta al acuerdo que exista entre las partes, y en el caso concreto, mirando juiciosamente el contrato celebrado por los convocados, no existe cláusula que contemple el concepto, así como tampoco se evidencia dentro de las nóminas del demandante que se le haya reconocido, por lo que no quedó demostrada su existencia.

Véase que no está determinando la Sala si los gastos de rodamiento pagados al demandante eran o no de naturaleza salarial, sino, si se adeudan éstos al demandante por cumplir la labor encomendada, y en ese sentido, la ausencia de prueba confirma la validez de la conclusión a la que arribó el Juez de primera instancia, esto es, no quedó demostrada su existencia, no pudiéndose desprender tal situación de la relación de las visitas realizadas por el demandante en la ciudad de Neiva y demás municipios, pues desconoce la Sala si el trabajador para trasladarse uso un medio de transporte propio o uno público.

Por lo anterior, tampoco habrá lugar a condena por éste concepto.

- Sobre los viáticos.

Recordemos que éstos son entendidos como aquellos gastos que se generan cuando el trabajador debe desplazarse a un lugar ajeno a su sede habitual de trabajo -sin abandonar ésta-, en ejecución de sus funciones y en cumplimiento de las órdenes del empleador; la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha considerado que el artículo 130 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990, dispone que aquellos que se causan de forma permanente constituyen

**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**



salario en aquella parte destinada a proporcionar manutención y alojamiento al trabajador, excluyendo de forma expresa como factor salario, todos los viáticos accidentales y aquellos permanentes que solo tengan por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

Dicho esto, véase que pretende el demandante se tenga en cuenta la relación de visitas realizadas a los municipios aledaños a Neiva, y teniendo en cuenta el precio aproximado del transporte público, se determinen los gastos en que incurrió para que se ordene al empleador a reconocerlos.

Sin más, considera la Sala que sus argumentos caen por su peso, porque si lo que pretendía el demandante era acreditar los gastos de transporte y alojamiento en los que incurrió en cumplimiento de su labor, debido a allegar las pruebas que lo comprobaran, determinándose los gastos de traslado y alojamiento de cada visita realizada, y no dejar dicha carga en cabeza del Juez, pues conforme al principio de la carga de la prueba, al actor correspondía probar los hechos en que fundó sus pretensiones.

Sin más consideraciones habrá que confirmarse íntegramente la sentencia de primera instancia.

**COSTAS**

Por haberse resuelto desfavorablemente el recurso elevado por la parte demandante, habrá que condenarse en costas en segunda instancia al recurrente a favor de la entidad demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Neiva, *“administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley”*,

**RESUELVE**

**República de Colombia**  
**Rama Judicial del Poder Público**



**PRIMERO:**                   **CONFIRMAR** la sentencia de 30 de noviembre de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva

**SEGUNDO:**               **CONDENAR** en costas de la segunda instancia al demandante a favor de la entidad demandada.

**TERCERO:**               **DEVOLVER** el expediente al Juzgado de origen.

**NOTIFIQUESE,**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luz Dary Ortega Ortiz'.

**LUZ DARY ORTEGA ORTIZ**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Gilma Leticia Parada Pulido'.

**GILMA LETICIA PARADA PULIDO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Enasheilla Polanía Gómez'.

**ENASHEILLA POLANÍA GÓMEZ**