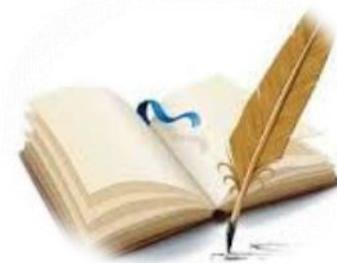


Relatoría Tribunal Superior de Tunja



RELACIÓN LABORAL / PRESUNCIÓN LEGAL...”En atención de esta consagración legal, el artículo 24 establece una presunción según la cual, “**se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo**”, es decir, que cuando se acredita la continua prestación personal del servicio se presume que fue en virtud de una relación laboral, a menos que quien la niega demuestre que no fue subordinada y obedeció a un contrato de otra naturaleza...”

RELACIÓN LABORAL/ PRESUNCIÓN LEGAL... “**Para dar aplicación a la presunción establecida a favor del trabajador, es necesario demostrar la prestación del servicio por parte del trabajador a su empleador en determinadas condiciones de tiempo y espacio...**”



TRIBUNAL SUPERIOR

Distrito Judicial de Tunja

SALA LABORAL

AUDIENCIA PÚBLICA DE DECISION

ORDINARIO No. 2015-208

DEMANDANTE: LUIS EGIDIO CAMACHO AVILA

DEMANDADO: ALITER

MAGISTRADA PONENTE:

FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ

Acta No. 54

Se decide la apelación de la sentencia de fecha diez (10) de abril de dos mil quince (2015), proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Judicial de Tunja, en el proceso ordinario de la referencia.

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior, presidida por la Magistrada Ponente, con asistencia de la Secretaria de la misma, siendo las ocho y treinta de la mañana (8:30 A.M.) del tres (3) de septiembre de 2015, día y hora previamente señalados, se constituye en audiencia pública, declara abierto el acto y dicta la siguiente:

S E N T E N C I A

A N T E C E D E N T E S

LUIS EGIDIO CAMACHO AVILA, convocó a juicio a **ALITER S. A.** en procura del reconocimiento de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 12 de enero de 2008 y el 15 de junio de 2009, que fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por parte del demandado; como consecuencia pide se condene al pago del excedente del salario con relación al mínimo legal vigente, las prestaciones sociales comunes y especiales, el descanso remunerado, el trabajo suplementario; sumas debidamente actualizadas además de las dotaciones, los aportes Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, salud y riesgos profesionales, causados durante la vigencia de la relación laboral; las indemnizaciones contenidas en los artículos 64, 65 del C.S.T. y numeral 3 del Artículo 50 de la Ley 50 de 1990; los daños y perjuicios de orden moral ocasionados por la terminación de la relación laboral; la indexación de las sumas reclamadas, la condena en costas y agencias en derecho y aplicar facultades ultra y extra petita. (fls. 2 a 4).

Como sustento fáctico de las pretensiones afirma que sirvió a la empresa ALITER S A., desde el 12 de enero de 2008 hasta el 15 de junio de 2009, en el cargo de mensajero del establecimiento de comercio PIZZA PIZZA ubicado en el Centro Comercial Unicentro local 102 de la ciudad de Tunja, además entre otras cosas, debía encargarse de realizar los domicilios, aseo del local, preparar pizza y lasaña (sic), armar cajas para empacar la pizza; que la jornada laboral fue de lunes a jueves de 6:00 p.m. a 10:00 p.m., viernes y festivos de 12:00 del día a 11:00 p.m. y domingos y festivos de 12:00 del día a 10:00 p.m.; que su salario fue de \$ 3.500 la hora y laboraba 224 horas en promedio al mes, luego su salario corresponde a \$784.000, sin embargo los cuatro primeros meses

recibió en promedio la suma de \$624.000; que posteriormente y con el fin de mejorar su salario distribuyó propaganda entre las 8:00 a.m. a 11:00 a.m. y de 3:00 p.m. a 5:00 p.m. de lunes a jueves y, los viernes y fines de semana de 7:00 a.m. a 11.00 a.m. trabajando en promedio 128 horas, acordando con el empleador que por cada hora se le pagaba la suma de \$2.000, obteniendo por esta actividad la suma de \$256.000, de tal surte que devengaba un total de \$842.353.

Que para el 12 de junio de 2009, el administrador CARLOS FORERO le comunicó que por llevar mucho tiempo con la empresa, lo que ésta no permitía, trabajaría hasta el 15 de junio de 2009, como efectivamente ocurrió.

Sostiene que para cumplir con su labor tuvo que utilizar su motocicleta, sin que se le reconociera pago por los gastos que se generaban.

Afirma que su empleador no lo afilió al Sistema Integral de Seguridad Social para salud, pensiones y riesgos profesionales, tampoco recibió dotaciones de labor, no le fue cancelado en vigencia y después de culminada la relación laboral las cesantías y sus intereses, conducta de mala fe, que lo hace acreedor a la sanción de que trata el artículo 65 del CST. (fls. 8 a 10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través de curador ad litem ALITER S. A., contestó los requerimientos; respecto de las pretensiones señaló que se atiene a las resultas del proceso, conforme al acervo probatorio y a su práctica, con base en la valoración objetiva, en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

En cuanto a los hechos, sostuvo que no le consta el primero; que deberán ser objeto de prueba el cuarto, quinto, noveno, décimo primero y décimo tercero; que es cierto el décimo quinto y finalmente de los restantes sostuvo que ni los niega ni los afirma.

DECISION DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo declaró que entre **LUIS EGIDIO CAMACHO AVILA** como trabajador y la empresa y **ALITER S. A.** en su condición de empleadora, existió contrato de

trabajo vigente entre el 12 de enero de 2008 hasta el 15 de junio de 2009, fecha en la cual fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por parte del demandado; como consecuencia de lo anterior, condenó a pagar a favor del demandante la suma de \$5.611.180 por concepto de salarios y prestaciones sociales debidas; a la sanción de que trata el artículo 65 del CST a razón de \$16.563 diarios desde el 16 de junio de 2009 hasta cuando se efectúe el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas; al valor de \$828.150 por concepto de indemnización por despido injustificado; por la suma de \$828.150 por la sanción de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; por los aportes para pensiones por el lapso servido por el demandante; por el valor equivalente a cuatro dotaciones de labor y finalmente por las costas. (fls. 171 a 178).

APELACIÓN

Inconforme con la decisión las partes interponen recurso de apelación.

PARTE DEMANDANTE.

Persigue se modifique la sentencia impugnada, porque el a quo tuvo en cuenta el salario mínimo legal durante la vigencia del contrato, cuando en promedio lo devengado corresponde a la suma de \$842.353, luego se debe ordenar el pago del excedente; que a pesar de existir prueba testimonial sobre el cumplimiento de horario hasta las 11:00 de la noche realizando diferentes oficios, se reconoció la jornada mínima legal establecida entre las 8:00 a.m. a 12 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., no obstante que se declararon como ciertos los puntos precisados en la audiencia de 14 de diciembre de 2011, por la comparecencia del representante legal de ALITER S. A. al interrogatorio de parte; luego se deben reconocer, liquidar y pagar las horas extras laboradas y por ende reliquidar todos los emolumentos laborales e indemnizaciones; que las sumas reconocidas no fueron actualizadas a pesar de haber sido solicitado en el escrito de demanda. Finalmente disiente porque tan solo se le reconocieron 120 días de la "indemnización" de que trata el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 siendo que hasta el momento la demandada no ha cancelado suma alguna por concepto de cesantías, siendo procedente que dicha "indemnización" se liquide hasta el pago efectivo de la prestación aludida. (fls. 179 y 180)

PARTE DEMANDADA.

Persigue se revoque la sentencia impugnada. Manifiesta que en los términos que señala la ley, no se encuentra demostrada la existencia de una relación laboral. Que de las pruebas recopiladas, en especial de los testimonios y del registro de audio de las diferentes audiencias, se infiere que el demandado realizaba actividades de "distribución de publicidad" o volanteo y "reparto de domicilios", las cuales se desarrollaban en el ejercicio del contrato de prestación de servicios que suscribió la empresa con el demandante.

Arguye que no se demostró la existencia de la subordinación, como elemento estructural de la relación laboral, pues los testigos afirman que el actor realizaba las actividades descritas dentro del marco del respectivo contrato de prestación de servicio, sin que de sus declaraciones se evidencie que se cumpliera en los términos y horarios ordenados por un superior.

Aduce que en cumplimiento del contrato de prestación de servicios, el demandante a su libre albedrío y conveniencias durante el tiempo previsto para ejecutar las actividades decidía la zona de trabajo, definía las rutas de los pedidos garantizando el destino requerido en tiempos razonables, en atención a que se transportaban alimentos, sin que se configure subordinación sino una coordinación de actividades según se evidencia de los testimonios, pues permitía de una parte que el demandante desarrollara a su discrecionalidad la actividad contratada, pero lógicamente dentro de las necesidades propias del servicio, sin que por esta razón se entienda que exista subordinación. (Transcribe apartes de rango legal y jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral).

Discrepa de la manera como se surtió la notificación por aviso y posterior emplazamiento por desconocimiento de la dirección, cuando está debidamente registrada en la Cámara de Comercio, fuente de notificación de las personas jurídicas. Transcribe los artículos 41 del CPTSS, 135 y 320 del C.P.C., indica que la notificación de que tratan los artículos 315 y 320 del C.P.C., debió tramitarse a la dirección de la Cámara de Comercio, circunstancia que no ocurrió, vulnerándosele el derecho a conocer la existencia del proceso del cual tan solo se hizo parte el 15 de abril de 2015.

Se duele de la precaria defensa técnica que a su juicio desarrolló el curador ad litem, quien carente de un juicio razonable de las pruebas recaudadas, en sus

alegaciones finales solicitó se le condenara, a pesar de que no se acreditaron los elementos de la relación laboral.

Que el fallo no señala cuales son los elementos probatorios que lograron la convicción, pues las pruebas debieron ser apreciadas en su conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debiendo el juez exponer razonadamente en la sentencia el mérito que le asigne a cada una de ellas, sin embargo, lo que muestra la sentencia es la aplicación de la libre convicción del a quo sobre las pruebas existentes que por demás se limita al resuelve.

De la "indemnización" de que trata el artículo 65 del CST, refiere que no hay motivo suficiente para su imposición porque no se demostró la mala fe, el a quo hizo una valoración subjetiva de ese comportamiento con lo recaudado en el expediente pues la misma no opera de manera automática.

Que teniendo en cuenta que el proceso de disolución y liquidación es una causa legal de fuerza mayor, a partir de la fecha de posesión o disolución, no habría lugar a sanciones moratorias, situación que puso en conocimiento del demandante en debida oportunidad a través de aviso, emplazando a los interesados para que se hicieran parte del proceso liquidatorio, lo que no se atendió pretendiendo por esta vía la obtención de esos recursos. Transcribe apartes de fallos proferidos por la Honorable Corte Suprema de Justicia. (fls. 181 a 188)

Actuación de Segunda Instancia:

Surtida la etapa reglada en el artículo 82 del CPTSS¹, tan solo la parte demandada presentó alegatos de conclusión. (fls. 5 a 11 del cuaderno del Tribunal).

CONSIDERACIONES

Los puntos sobre los cuales se ha de pronunciar la Sala en observancia del artículo 35 de la Ley 712 de 2001 que adicionó al CPTSS el artículo 66 A, son aquellos que fueron materia del recurso en concordancia con el principio de la Consonancia.

¹ Modificado por el artículo 40 de la Ley 712 de 2001

Conforme a ello, la revisión de la sentencia, en este caso, por virtud del recurso se centra en determinar para la parte demandante: **(i)** si el salario en promedio devengado corresponde a la suma de \$842.353 para proceder a ordenar el pago del excedente; **(ii)** si hay lugar al reconocimiento y pago de trabajo suplementario y por ende a la reliquidación de todos los emolumentos laborales e indemnizaciones; **(iii)** si cabe ordenar la actualización de las sumas reconocidas y **(iv)** los extremos en que se debe reconocer la sanción inmersa en el numeral 3° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Respecto de la parte demandada tenemos: **(i)** la manera como se surtió la notificación a ALITER S.A.; **(ii)** si se demostró la existencia de la relación laboral; **(iii)** de la defensa que desarrollo el curador ad litem; **(iv)** de la valoración de la pruebas por parte del a quo para arribar a la conclusión adoptada, **(v)** si cabe imponer la sanción de que trata el artículo 65 del CST y, finalmente **(vi)** si ALITER S. A. se encuentra en proceso de disolución y liquidación para la no imposición de sanciones moratorias y si dicha situación fue puesta en conocimiento de los acreedores entre ellos el demandante.

En ese orden de ideas entra la Sala a desatar los puntos de apelación de las partes, sin embargo por metodología se abordará la inconformidad esgrimida en los ítems **(i)** y **(ii)** por la parte demandada, posteriormente se estudiarán las inconformidades esbozadas por la parte demandante y finalmente se estudiarán los restantes argumentos señalados por ALITER S. A.

De la notificación a ALITER S.A.

Discrepa este demandado de la manera como se realizó la "notificación" personal y la notificación por aviso y posterior emplazamiento por desconocimiento de la dirección, cuando está debidamente registrada en la Cámara de Comercio.

A folios 3 a 5, 102 a 104 y vto. reposa el certificado de existencia y representación legal o de inscripción de documentos, proferido por la Cámara de Comercio de Bogotá, perteneciente a la empresa ALITER S.A.; en ambos se tiene como dirección para efectos de notificación judicial la carrera 53 D No. 127D – 64 de la ciudad de Bogotá, nomenclatura a la cual según folios 16 a 19 y 21 a 24 fueron remitidos por el demandante a través de la empresa Apress a la demandada los oficios de citación para la diligencia de notificación

personal, siendo recibido el primero el 26 de octubre de 2010 y el segundo el 6 de diciembre siguiente, como obra en las certificaciones expedidas por la ya citada empresa de mensajería.

Así las cosas no le asiste razón al recurrente.

De la existencia de la relación laboral.

Para resolver lo propuesto, debe partirse de la caracterización de lo que es el contrato de trabajo, según lo establecen los artículos. 23 y 24 del CST, cuyo tenor literal es el siguiente:

“(…) ARTICULO 23. ELEMENTOS ESENCIALES.

1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

- a. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país; y
- c. Un salario como retribución del servicio.

2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

ARTICULO 24. PRESUNCION. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. (…)

En atención de esta consagración legal, el artículo 24 establece una presunción según la cual, **“se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”**, es decir, que cuando se acredita la continua prestación personal del servicio se presume que fue en virtud de una relación laboral, a menos que quien la niega demuestre que no fue subordinada y obedeció a un contrato de otra naturaleza.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Honorable Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza, Radicado 30437 ha señalado:

“(…)Para la Corte, ese raciocinio jurídico, que es el que controvierte adecuadamente el cargo, es por completo equivocado, pues el **artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo establece que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo” y no establece excepción respecto de ningún tipo de acto, de tal suerte que debe entenderse que, independientemente del contrato o negocio jurídico que de origen a la prestación del servicio, (que es en realidad a lo que se refiere la norma cuando alude a la**

relación de trabajo personal), la efectiva prueba de esa actividad laboral dará lugar a que surja la presunción legal.

Por esa razón, como con acierto lo argumenta el recurrente, en ningún caso quien presta un servicio está obligado a probar que lo hizo bajo continuada dependencia y subordinación para que la relación surgida pueda entenderse gobernada por un contrato de trabajo (...). (Negritas propias del texto)

Para dar aplicación a la presunción establecida a favor del trabajador, es necesario demostrar la **prestación del servicio por parte del trabajador** a su empleador en determinadas condiciones de tiempo y espacio. Entonces, la Sala apreciará las pruebas para establecer si se acreditó en el presente caso.

Los testimonios rendidos por NILSON LOAIZA RAMIREZ y ANGELICA LUCIA RODRIGUEZ (fls. 82 a 84), coinciden en afirmar que LUIS EGIDIO CAMACHO AVILA, laboraba para el establecimiento ALITER S.A PIZZA PIZZA, realizando varios oficios: repartiendo los domicilios de los productos alimenticios que allí se producían V. gr Pizza y lasaña, distribuir volantes de publicidad en los barrios de la ciudad, haciendo pizza y realizando el aseo del local, entre otros.

Conforme a lo anterior el demandante logró demostrar que efectivamente prestó sus servicios y, en virtud de la presunción establecida en el art. 24 del CST,² al trabajador le basta con acreditar la prestación personal del servicio, sin que sea necesario acreditar que hubo subordinación, como aduce la demandada, para que se entienda configurado un contrato de trabajo.

Así las cosas, como la demandada niega la existencia de una relación laboral y acepta que el demandante cumplía unas labores pero como consecuencia de la existencia de un contrato de prestación de servicios o de lo que denominó la existencia de una coordinación de actividades, cabe determinar si se desvirtuó la presunción, esto es, si se acreditó que ese servicio correspondió al prestado en virtud de contrato de prestación de servicios, lo que aquí no ocurrió por cuanto tan solo se alega en el escrito de recurso de alzada, sin que se observe prueba que permita concluirlo.

Sobre el tema ha dicho la jurisprudencia:

“(...)La subordinación del trabajador al empleador como elemento distintivo y definidor del contrato de trabajo ha sido entendida como la según la concepción más aceptable por la doctrina y la jurisprudencia, **como poder jurídico permanente de que es titular el empleador para dirigir la actividad**

² “Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo”

laboral del trabajador, a través de la expedición de órdenes e instrucciones la imposición de reglamentos, en lo relativo a la manera como este debe realizar las funciones y cumplir con las obligaciones que le son propias, con miras al cumplimiento de los objetivos de la empresa, los cuales son generalmente económicos. Se destaca dentro del elemento subordinación, no solamente el poder de dirección, que condiciona la actividad laboral del trabajador, sino el poder disciplinario que el empleador ejerce sobre éste para asegurar un comportamiento y una disciplina acordes con los propósitos de la organización empresarial y el respeto por la dignidad y los derechos de aquél.(...)"³(Negrilla fuera de texto)

Para la Sala no aparece desvirtuada entonces la subordinación y en ese orden de ideas es claro que lo que ligó a LUIS EGIDIO CAMACHO AVILA y ALITER S.A. no fue un vínculo jurídico diferente a un contrato de trabajo a término indefinido que se desarrolló entre el 12 de enero de 2008 al 15 de junio de 2009.

De tal suerte que por este aspecto el recurso fracasa.

Del salario devengado por el demandante

Sostiene el recurrente que en promedio devengó la suma de \$842.353, petición que sustenta en el hecho octavo de la demanda donde afirma tal circunstancia, como consecuencia de la labor que desarrollaba en jornada ordinaria y en trabajo suplementario, sirviendo un total de 128 horas mensuales a razón de \$2.000 por hora. (fl. 9 hechos 6 a 8 de la demanda).

Revisada la prueba recaudada en el expediente no hay claridad sobre el verdadero valor de la remuneración percibida por el actor. En el interrogatorio de parte que absolvió señala que:

"(...)me dijeron que me pagaba tres mil quinientos la hora, y después me dijeron que la empresa pagaba a mil quinientos la hora y mil quinientos el domicilio y cuando salían bastantes domicilios le tocaba uno correr y se gastaba todo en gasolina y no me quedaba nada y después le dije a un administrador que llegó cuyo nombre es CARLOS CASTILLO, que yo me retiraba y me dijo que no me retirara que me quedara a trabajar más de siete u ocho de la mañana a dos de la tarde entregando publicidad por los barrios, era entregar volantes por debajo de las puertas y que me quedara ayudando en el negocio haciendo pizza y lasaña, entonces yo entraba a veces a las siete u ocho de la mañana y salía a las dos de la tarde y después entraba a las seis de la tarde a hacer los domicilios y Salía a las diez de la noche y después me pusieron hasta las once de la noche y me siguieron pagando a mil quinientos pesos la hora. Me pagaban semanalmente y recibía aproximadamente unos treinta y ocho mil pesos y a veces unos cuarenta mil pesos semanales. Y en las horas de volantes me pagaban a dos mil quinientos pesos la hora y semanalmente me ganaba como quinientos mil pesos o seiscientos mil pesos no era igual todos los meses porque habían semanas que eran mas y otros menos." (<< sic >> fls. 81 y 82)(...)"

³ Sentencia C 386 de 5 de abril de 2000, expediente D-2581 , MP:ANTONIO BARRERA CARBONELL

A su turno el testigo NILSON LOAIZA RAMIREZ, respecto del salario narra que: "... a nosotros en ese tiempo nos pagaban a tres mil quinientos la hora..." y continua su relato "... eso era relativo, como él trabajaba cuatro horas semanales ganaba en la semana como noventa mil pesos sin contar las horas de volantes." (<<sic>> fl. 83) Finalmente la testigo ANGELA LUCIA RODRIGUEZ MARQUEZ, al preguntarle si tenía conocimiento sobre este tópico fue enfática en decir "no". (fl. 83).

Así, no hay claridad sobre cuál era el verdadero valor por hora laborada, lo que le impide al funcionario judicial determinar con certeza el salario promedio en la forma en que lo solicita LUIS EGINIO CAMACHO, por ello procede el reconocimiento del salario mínimo legal para la época, como lo hizo el a quo. Tampoco prospera el recurso en este punto.

Del trabajo suplementario y la consecuente reliquidación de todos los emolumentos laborales e indemnizaciones.

Señala el recurrente que los testigos concuerdan en afirmar que lo veían trabajando todos los días de la semana, incluyendo los dominicales y festivos, bien entregando domicilios, repartiendo pizzas o volantes de publicidad y por la tarde como domiciliario del local de PIZZA PIZZA hasta más de las once de la noche debido que era el último local que cerraba en el Centro Comercial Unicentro y a él le correspondía realizar el aseo.

Además Soporta su inconformidad en la consecuencia de la inasistencia del representante legal de la demandada ALITER S.A. a la audiencia de interrogatorio de parte, donde se declararon como ciertos los puntos precisados en la diligencia fechada el 14 de diciembre de 2011, contenidos en el interrogatorio escrito allegado al proceso.

En el escrito de demanda (fl. 4 y 5 hechos 3 y 7) se dijo que la jornada de trabajo fue de lunes a jueves de 06:00 p.m. a 10: 00 p.m.; los viernes y sábados de 12:00 m a 11:00 p.m. y los domingos y festivos de 12:00 m a 10: 00 p.m., que dicha jornada posteriormente, sin especificar de manera concreta a partir de qué fecha, se incrementó de 08:00 a 11:00 a. m. y de 3:00 a 5:00 p.m. de lunes a jueves; los viernes y fines de semana de 7:00 a 11:00 a.m..

El testigo NILSON LOAIZA RAMIREZ, quien tan solo da fe del tiempo servido entre el 12 de enero al mes de agosto de 2008, pues en dicha época laboró en el

establecimiento PIZZA PIZZA, en su relato afirma que LUIS EGINIO CAMACHO AVILA "... trabajaba de lunes a viernes entraba a las seis de la tarde a diez de la noche, y fines de semana entraba desde las doce del día y salía a las diez de la noche, igual que los festivos que era el mismo horario de doce del día a diez de la noche...que entregaba volantes por la mañana. (fls. 82 y 83)

A su turno la declarante ANGELA LUCIA RODRIGUEZ MARQUEZ, señala que "... en la hora de entrada no tengo conocimiento pero si salía a las once de la noche porque PIZZA PIZZA es el último local que cierra...", respecto del horario para la entrega de volates sostuvo que "... si como desde las ocho de la mañana hasta las once, porque los domicilios entra al medio día..." (fl. 84)

Contrario a lo afirmado por el recurrente, encuentra la Sala que los testimonios recopilados no prueban los hechos narrados en el libelo de demanda, respecto de la jornada laboral en que sirvió el demandante; sus declaraciones no son concordantes, no dan fe y certeza del horario cumplido por EGINIO CAMACHO AVILA y, menos generan convicción de la verdadera jornada laboral en que cumplió las diferentes tareas encomendadas.

Nótese como NILSON LOAIZA RAMIREZ, quien como ya se dijo, solo le consta el tiempo servido por el actor entre el lapso comprendido entre el 12 de enero al mes de agosto de 2008, indica que laboró de lunes a viernes de 06:00 p.m. a 10:00 p. m. y los fines de semana y festivos entraba a las 12:00 m y salía a las 10:00 p.m., además que entregaba volantes por la mañana.

Testimonio que no se acopla con el rendido por ANGELA LUCIA RODRIGUEZ MARQUEZ, quien desconoce la hora de ingreso y señala como hora de salida las 11 pm, y, que los volantes los repartía en horas de la mañana, sin especificar si ello ocurría días ordinarios, fines de semana o festivos. De otra parte, no es cierto como aduce el recurrente que ante la ausencia del representante legal de ALITER S.A. a absolver interrogatorio de parte se declararon ciertos los puntos precisados en la audiencia de 14 de diciembre de 2011, contenidos en el cuestionario que allegó por escrito, en razón a que la providencia visible a folio 52 fue cobijada por la nulidad que declaró el juzgado mediante auto calendado el 10 de julio de 2012, según se observa a folio 57, el cual no fue recurrido.

Es de recordar que corresponde, conforme los presupuestos del artículo 177 del C. de P. C., a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, y tratándose de horas extras, las que no se presumen, le corresponde a la parte actora probar lo afirmado, sin que en este caso exista plena prueba sobre su prestación especificando días y horas. Recuérdese que en ese sentido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en diversos fallos como las sentencias del 2 de marzo de 1949, del 15 de junio de 1949, del 16 de febrero de 1950, del 18 de diciembre de 1953, y recientemente en sentencias como la del 14 de julio de 2009 y la del 15 de julio de 2008, expuso:

"(...)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". (31637) sentencia 15 de julio de 2008.(...)"

Sin que aparezca prueba alguna que permita establecer tal hecho, se despachará de forma desfavorable lo solicitado.

De la actualización de las sumas reconocidas.

Revisado el fallo proferido por el a quo se observa que efectivamente como lo alega el recurrente no se ordenó la indexación, pero se condenó a la indemnización moratoria, por lo que no habría lugar a la actualización de las sumas reconocidas a pesar de haberse solicitado en el escrito de demanda, por cuanto, la indemnización moratoria y la indexación no pueden reconocerse en forma concomitante.

Sobre este tema señaló la Corte Constitucional en la sentencia C 892 del 2 de diciembre de 2009, MP Luis Ernesto Vargas Silva, señala lo siguiente sobre la finalidad de la indemnización moratoria:

*"(...)En relación específica con la acusación formulada por el ciudadano López Leyton, **debe la Corte resaltar los razonamientos efectuados por la sentencia C-781/03, en punto a la solicitud subsidiaria efectuada en esa oportunidad por el Ministerio Público, referidas a la declaración de la exequibilidad condicionada del artículo 29 de la Ley 789/02, en el entendido que a partir del mes veinticinco de mora y hasta cuando efectivamente se pague lo adeudado, deben liquidarse intereses moratorios sobre los***

conceptos de salarios y prestaciones sociales debidos, previa corrección monetaria sobre lo adeudado, desde el primer día hasta cuando efectivamente se realice el pago, con la finalidad de preservar el valor real de la acreencia.

La Corte desestimó esta petición a partir de las consideraciones vertidas en la sentencia C-079/99, según la cual la indemnización moratoria no podía considerarse, en estricto sentido, como una sanción en contra del empleador, sino como un mecanismo que salvaguardaba al trabajador de los efectos de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda. Por ende, la finalidad requerida en la solicitud subsidiaria expresada por el demandante, resultaba satisfecha. (...)(Negrilla fuera del texto)

Más adelante indico:

(...)18. Como se tuvo oportunidad de analizar en precedencia, la función de la indemnización moratoria y de los intereses supletorios es extender la garantía del derecho al pago del salario, a través de un instrumento que cumple una doble función: servir de apremio al empleador moroso y salvaguardar el ingreso del trabajador de los efectos adversos de la disminución del poder adquisitivo. En ese sentido, es un mecanismo dirigido a proteger la retribución por el servicio personal, en tanto aspecto que conforma el núcleo esencial del derecho al trabajo.(...) (Negrilla fuera del texto)

Y sobre la indexación dijo:

(...)Bajo estos mismos supuestos, la Sala de Casación Laboral ha considerado que la indexación es un instrumento objetivo, aplicable para toda modalidad de ingreso laboral, cuya aplicación resulta obligatoria en los casos en que la ocurrencia simultánea del paso del tiempo **y los efectos de una economía inflacionaria, desmejoren el valor presente de la acreencia debida al trabajador. "4(...)**

De donde se concluye que la indemnización moratoria y la indexación cumplen una misma función como lo es mantener el poder adquisitivo del dinero, por lo que no resulta viable ordenarlas en forma simultánea y así lo concluyo la Corte Constitucional en la sentencia ya citada, de la cual se transcriben los siguientes apartes, que corroboran lo expuesto:

(...)En efecto, en los casos que no proceda la indemnización moratoria o los citados intereses, bien porque la acreencia debida no se circunscriba al concepto "salarios o prestaciones en dinero" o porque en el caso concreto se haya demostrado que el patrono incumplió de buena fe, esto es, sin tener conciencia de adeudar la suma correspondiente, en cualquier caso procede la indexación o corrección monetaria respecto de los montos adeudados, ello con el fin de evitar que la desactualización de la moneda constituyan una carga irrazonable contra el trabajador demandante.(...)

(...)

(...)20. De acuerdo con las anteriores consideraciones, los argumentos planteados por el actor carecen de la entidad suficiente para afectar la

⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 14 de agosto de 2007. Radicación 29982. M.P. Gustavo Gnecco Mendoza y Eduardo López Villegas.

constitucionalidad de la expresión demandada. **Como se ha demostrado, el ordenamiento jurídico laboral ofrece diferentes alternativas para evitar que el incumplimiento del empleador irroge perjuicios desproporcionados al trabajador.** En primer término, establece la indemnización moratoria y los intereses supletorios para todos aquellos ingresos relacionados con la retribución por el trabajo o con la cobertura de los riesgos inherentes al empleo, ello a través de la amplia fórmula prevista en el artículo 65 CST, que extiende esa obligación para los "salarios y prestaciones en dinero". **Además, procede conjuntamente la indexación, en tanto mecanismo objetivo de corrección monetaria, que en cualquier caso también se aplica cuando se eximiere al empleador de la indemnización con base en la acreditación de su buena fe.** Ello con el fin de impedir que el trabajador vea afectado su patrimonio en razón de la mora del empleador. (...)"

Es decir que en este punto se confirmara la decisión del A quo.

De los extremos de la sanción inmersa en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Entiende la Sala que lo perseguido por el recurrente es el reconocimiento de la sanción moratoria decretada a su favor, desde el día 15 de enero de 2008 hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación social (auxilio de cesantía) la cual aún no se ha concretado.

Lo anterior no es viable, siendo necesario aclarar que la sanción moratoria de que trata el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y la sanción inmersa en el artículo 65 del CST, si bien es cierto son procedentes e independientes por incumplimiento, también lo es, que la primera cesa en el momento en que finaliza el vínculo laboral, pues en ese instante cesa también la obligación de consignar y surge la de entregar directamente las cesantías parciales al trabajador.

Nótese que el a quo en el numeral tercero de la parte resolutive del fallo impugnado, reconoció a favor del demandante la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST a partir del 16 de junio de 2009, luego en ningún caso se presentan las dos sanciones de manera paralela, ya que la primera de las inicialmente citadas se causa en vigencia del contrato de trabajo y la segunda referida empieza al terminar el contrato por incumplimiento como ya se dijo.

A continuación se estudiarán los motivos de discrepancia de la parte demandada:

De la defensa que desarrolló el curador ad litem.

Es de advertir, que el curador ad litem presentó sus alegatos de conclusión basado en el material probatorio obrante en el proceso y ante la renuencia de ALITER S.A. de comparecer al mismo, era lógico que careciera de material demostrativo en pro de una efectiva defensa jurídica. Argumento suficiente para que el recurso por este aspecto fracase.

De la valoración de la pruebas por parte del a quo

A las pruebas se les considera como el medio o instrumento legal de que se valen las partes para acreditarle al juez la veracidad de los hechos en que se fundamentan las reclamaciones impetradas o la oposición a las mismas. También la podríamos definir como la demostración hecha al juez, por el medio legalmente admisible, acerca de la realidad de un hecho controvertido cuya existencia interesa para la justa decisión del litigio.

La necesidad y objeto de la prueba, se apoya en que toda decisión judicial debe fundarse en pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 174 del C.P.C., aplicable al campo laboral en virtud al principio de la integración normativa a que alude el artículo 145 del CPTSS; además el juez al proferir sus decisiones, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo, tal y como lo prevé el artículo 60 del CPTSS, aunado a que el artículo 61 ibídem, señala que el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.

La apelante se duele de la manera como el juzgado valoró las pruebas y llegó en últimas a la convicción que plasmó en su decisión. Sin embargo, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral M.P. Dr. Carlos Isaac Nader, Sentencia de 3 de febrero de 200, Expediente 12591, sostuvo que. “Es lógico que si el juzgador incurre en yerros fácticos, ya por la falta de percepción de un medio de convicción o por la comisión de desatinos en su estimación, resulta indispensable que el recurrente puntualice de manera detallada cuáles fueron apreciados, si bien erróneamente y cuáles no lo fueron, con el fin de que mediante un juicio lógico se establezca, mediante el simple cotejo de pruebas en que se apoya la sentencia y las que él invoca, si el racionamiento apreciativo que hizo aquél de ellas es equivocado o no”.

En el presente caso no expuso la apelante puntualmente cual fue el yerro que, a su juicio, se cometió, por lo que el recurso por este aspecto no prospera.

De la mala fe por parte de ALITER S. A. y la sanción del artículo 65 del CST.

Refiere el demandado que no hay motivo suficiente para que se le hubiese condenado a la sanción moratoria, ya que no se demostró la mala fe, tampoco el a quo hizo una valoración subjetiva de ese comportamiento con lo recaudado en el expediente y que la misma no opera de manera automática, siendo cada caso estudiado para determinar su obrar al sustraerse de su pago.

La buena fe se ha dicho siempre que equivale a obrar con lealtad, con rectitud, de manera honesta, en contraposición con el obrar de mala fe; y se entiende que actúa de mala fe "quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud" (Gaceta Judicial, Tomo LXXXVIII, pág. 223), como lo expresó la Sala Civil de esta Corte en sentencia de 23 de junio de 1958.

Esa buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y que le ha servido, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra judicialmente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, es la creencia razonable de no deber, pero no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada, pues aunque igualmente se ha admitido que corresponde a la que se ha dado en denominar buena fe simple, que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o cualificada, debe entenderse, con todo, que es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Jurisprudencialmente, se ha resuelto que es la buena o mala fe del empleador la que debe analizarse para efectos de imponer la sanción moratoria y, además, que no es suficiente alegar la buena fe por parte del empleador como eximente de responsabilidad, sino que es necesario que ésta emerja de su conducta. En el caso presente, considera esta Colegiatura que aunque en esta instancia se plantea discusión sobre la naturaleza del vínculo que unió a las partes pues la demandada argumenta que lo que existían era un "contrato de prestación de servicios" o la existencia de una "coordinación de actividades", dicha discusión no fue propuesta ante la primera instancia ante

la no comparecencia de la demandada al proceso y, al analizar el recaudo probatorio en esta instancia se concluye, como también lo hizo el a quo, en la existencia de un contrato de trabajo por lo que se confirmará la mencionada sanción.

No está por demás traer a colación el pronunciamiento que, respecto al tema de la indemnización moratoria, hizo la Sala Laboral del Alto Tribunal de la Justicia Ordinaria, en sentencia del 1º de agosto del 2012, radicado No. 40016, M.P. Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON, mediante el cual señaló:

“(…)Esa buena fe que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y que le ha servido, si se halla suficientemente probada, para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se le encuentra judicialmente responsable de la falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del contrato, **es la creencia razonable de no deber**, pero no es una creencia cualquiera sino una debidamente fundada, pues aunque igualmente se ha admitido que corresponde a la que se ha dado en denominar buena fe simple, que se diferencia de la buena fe exenta de culpa o cualificada, debe entenderse, con todo, que **es aquella que cabe definir como la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.** (Subrayado y negrilla fuera de texto).(...)”

No hay duda para la Sala que la demandada actuó de mala fe al disfrazar la relación laboral con lo que denominó “contrato de prestación de servicios” y “la existencia de coordinación de actividades” y así burlar el reconocimiento y pago de los diferentes emolumentos laborales.

Así las cosas el recurso por este aspecto resulta infructuoso.

De la disolución y liquidación de ALITER S. A. y la imposición de sanciones moratorias

Señala el recurrente que se encuentra en proceso de disolución y liquidación siendo una causa legal de fuerza mayor, que impide imponer sanciones moratorias a partir de la fecha de posesión o disolución y que mediante aviso puso en conocimiento al demandante.

Sin embargo, obra a folios 3 a 5, 102 a 104 y vto. el certificado de existencia y representación legal o de inscripción de documentos, proferido por la Cámara de Comercio de Bogotá, de la empresa ALITER S.A.; en el que no encuentra la Sala ninguna inscripción que en términos del numeral 7º del artículo 48 de la Ley 1116 de 2006, indique que la entidad demanda se encuentra en proceso

de liquidación como se aduce en el escrito de impugnación. Tampoco obra en el expediente el aludido aviso por medio del cual se le comunicó a los interesados, entre ellos al demandante, de la iniciación del proceso de liquidación de ALITER S. A., razón más que suficiente para que por este aspecto el recurso no salga avante.

Conforme a lo anterior se confirmara la decisión del A quo.

No hay lugar a costas en atención al artículo 392 del C. de P. C. pues no prospero ninguno de los recursos.

Por lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Tunja, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión confutada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia

.

TERCERO: Oportunamente y previas las constancias secretariales, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Las partes se notifican en ESTRADOS.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se termina y firma por quienes en ella intervinieron.

FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ

MAGISTRADA

JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA

MAGISTRADO

SALVA VOTO

MARIA ISBELIA FONSECA GONZALEZ

MAGISTRADA

HELENA ISABEL NIÑO ROJAS

SECRETARIA