



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Hoy **31 DE MAYO DE 2022**, siendo las 2:00 PM, la Sala Primera de Decisión Laboral, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 15 y 16 del Decreto Legislativo 806 del 04 de JULIO del 2020, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 141**, integrada por el suscrito quien la preside **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** en compañía de los magistrados **Dra. MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA** y el **Dr. FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el (A) señor (a) **ARGEMIRO ARBOLEDA HURTADO** en contra de **PAR ISS EN LIQ.** bajo radicación **-013-2014-0149-02**, en donde se resuelve la **CONSULTA ordenada y la APELACIÓN** presentada por el demandante en contra de la *sentencia No. 228 del 02 de diciembre de 2015*, proferida por el *juzgado 13º Laboral del Circuito de Cali* mediante la cual declaró probadas las excepciones propuestas excepto la de prescripción que declara parcialmente frente a las prestaciones y vacaciones entre el 02/jul/99 y el 21/abr/10, no así frente a las cesantías e intereses, la devolución de aportes en el periodo frente al cual se declarará el contrato de trabajo,

Que existió entre las partes un contrato de trabajo indefinido entre el 21 de abril de 2010 y el 27 de febrero de 2013, por efecto de la prescripción, terminado unilateralmente por el demandante. Condena a pagar la suma de \$7.284.266 por reajuste de salarios, por prima de Navidad, Cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, sumas que deben cancelarse indexadas. Condena al pago de la indemnización moratoria por no pago de prestaciones sociales sobre un día de salario liquidadas desde el 01 de julio de 2013, ello descontando el periodo de gracia de los 90 días. Condena a devolver los pagos que el demandante realizó a la seguridad social -salud y pensión-, y absuelve de las demás pretensiones.

Razones del juzgado: **a)** El decreto 3135 establece la existencia de contrato y calidad por regla general de trabajador oficial, al tiempo que la ley 80 permite la contratación en prestación de servicios en casos donde los trabajadores de planta no puedan realizar dichas funciones y esa contratación debe ser temporal, **b)** No controvierten la contratación ni las funciones realizadas, así se ve del contrato y de la certificación aportada de donde se desprende que las funciones por las que se contrato eran de oficina de manera generalizada y sin limitación alguna, de donde se pudiera determinar la necesidad puntual del servicio, sin que evidencie que sus funciones son propias de un ejecutivo empresarial que desnaturalice la subordinación, también corroborada por los testigos, **c)** los honorarios se tienen como retribución de la prestación del servicio, **d)** por la naturaleza de la entidad es trabajador oficial, **e)** se tiene como salario lo acordado como pago de honorarios, siendo procedente el pago de las prestaciones sociales pero no la devolución de lo descontado por retención en la fuente y la constitución de pólizas, por ser dinero descontado para tributar ante la Dian siendo tributo que incluso deben realizar las personas con vinculaciones subordinadas, la única diferencia es el porcentaje, sin que se denuncie que ese descuento no fue transferido a la Dian o no fue tenido en cuenta a favor del ciudadano, siendo oponible ante la Dian las devoluciones o descuentos en la liquidación, pronunciamiento que no puede realizarse en el caso por no haberse llamado a la entidad, **f)** no se aportó prueba de la nivelación salarial, pues el cargo comparativo del cargo de técnico administrativo no pueden tomarse para el cargo de auxiliar administrativo pues se tratan de cargos diferentes, siendo la prueba idónea por el carácter oficial de la empresa el manual de funciones, luego la prueba testimonial sin el soporte de la prueba documental no resulta suficiente para ello, **g)** ante la existencia del contrato emergen todas las prestaciones sociales y remuneración al descanso del caso, y la convención colectiva 2001-2004 aportada con nota de depósito y que ha sido prorrogada, da cuenta de ser sindicato mayoritario y aplicación a todos los trabajadores, siendo procedente el pago de las prestaciones convencionales, **h)** se causa la cesantías, sus intereses, compensación de vacaciones y prima de navidad conforme la ley y la norma convencional. No hay lugar a la prima de servicios, de vacaciones, la indemnización por no consignación de cesantías y sanción por el no pago oportuno de las cesantías (en estas dos anteriores

la normas que las consagran no son destinadas a los trabajadores oficiales), por no tener sustento convencional y a los trabajadores oficiales de la seguridad social no les aplica el decreto 1042 y 1045 de 1978. Del auxilio de transporte consagrado en la convención, debió acreditarse la regulación especial que regía en la institución y la reglamentación interna para establecer la probanza de los supuestos normativos, tampoco a la condena de dotación que debió cancelarse como indemnización, pero no se probó haber incurrido en gasto adicional en su caso, **i)** la terminación del contrato estaba sujeta al art. 5 de la convención, pero la terminación sujeta a la decisión del demandante por comunicación de folio 120, donde si bien endilga al empleador el incumplimiento de sus derechos laborales, mal podría endilgársele responsabilidad al empleador cuando para esa fecha el vínculo correspondía a un contrato de prestación de servicios, luego aparentemente no emergía el derecho a esas prestaciones sociales, más cuando la reclamación de esos derechos es posterior a la toma de la decisión de retirarse, **j)** no hay lugar a la pensión sanción porque la terminación lo fue por el demandante y el actor confesó haber estado afiliado a la seguridad social, aportes que si se ordenarán devolver porque tales aportes estaban a cargo del empleador, debiendo devolver los dineros indexados, **k)** hay lugar al pago de la indemnización por falta de pago de las prestaciones del art 52 del decreto 2125 con el comportamiento reiterado que demuestra la mala fe, **l)** hay prescripción parcial de las prestaciones causadas antes de abril de 2010 por iniciar la relación en el año 1999 y terminar en febrero de 2013, agotada reclamación el 22 de agosto de 2013; declarándose entonces la contratación desde el 22 de abril de 2010. no ópera prescripción frente a las cesantías que se reclaman a la terminación.

Apelación demandante: **i)** únicamente presenta recurso por las prestaciones convencionales de los intereses a las cesantías, las cesantías, auxilio de transporte y dotación, pues si bien para los trabajadores del ISS tienen carácter convencional y no legal, y en concepto del demandante, los presupuestos fácticos de cada uno de esos derechos están dados y por ello considera que esas prestaciones deben proceder, **ii)** la nivelación salarial, el argumento propuesto por el juez de tener prueba solemne de manuales de funciones para los servidores públicos, pero no conoce norma alguna que establezca esta obligación de probar diferencia salarial para que proceda, tiene entendido que hay prueba libre y por lo tanto cualquier medio probatorio es apto para demostrarlo respecto de la nivelación que tenían los trabajadores de tiempo completo, los testigos fueron enfáticos establecer una serie de funciones y en decir que el actor las realizaba y también las desempeñaban los servidores con contrato de trabajo en el ISS, siendo esas prueba suficiente porque la ley cuando quiere exigir una prueba solamente lo establece, **iii)** las cesantías no prescriben sino desde la fecha de la terminación de la relación laboral que es su causación y al ser aquí el 27 de febrero de 2013, deben proceder las cesantías todo el tiempo de prestación de servicios que quedo establecido partió en 1999, **iv)** los perjuicios morales producidos por el despido debe proceder la indemnización por despido injusto porque el art. 5 de la convención establece que el contrato es a término indefinido y fue aceptado en el proceso, y al no demostrarse una causal diferente a la del capricho de la empleadora para ponerle fin al contrato, la indemnización procede automática, **v)** la pensión sanción procede de manera automática porque al proceder la indemnización por despido injusto, el presupuesto del despido injusto y la no afiliación a la seguridad social da lugar a ello y en los contratos de prestaciones de servicios si bien es obligatoria no a cargo del empleador pero cuando se alega la existencia del contrato de trabajo los efectos se producen desde la prestación del servicio porque de lo contrato ninguna razón tendría la declaratoria actual para que todos los efectos derivados de tiempo atrás no se produzcan, **vi)** los testigos dieron cuenta que el actor era trabajador de especial confianza presto servicios en horas extras que con la demanda se anexo la relación de esos servicios y con esa relación era suficiente para cuantificar el derecho y debió haberse reconocido.

Situación procesal que ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, por lo que procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponda.

SENTENCIA No 114

La sentencia CONSULTADA y APELADA debe MODIFICARSE, son razones: estar configurados en el expediente los elementos del contrato de trabajo, sin que se desvirtúe la presunción legal que cobija las relaciones de trabajo, actuar que resulta contrario a la ley. De igual forma, las prestaciones sociales consagradas en la convención colectiva prosperan, las que cuentan con el cumplimiento de las exigencias normativas, no así de la nivelación salarial ante la ausencia probatoria de los postulados base de ese ejercicio relacional, paridad funcional y disparidad salarial, veamos:

Sea lo primero decantar en consulta lo relacionado con la declaratoria respecto de la existencia del contrato de trabajo; para ello cabe indicar la posición reiterada de esta Sala de Decisión Laboral respecto de la existencia de la presunción laboral en toda relación de trabajo, en particular, por ser gobernada por un contrato de trabajo, (**art. 20 del Decreto 2127 de 1945¹**) que reglamenta la **ley 6 de 1945**, norma base de los trabajadores oficiales, conforme lo indica el **art. 3º y 4º del CST²**.

Tal mandato legal no se derruye con los argumentos de la contestación, apuntados a priorizar la voluntad o entendido de las partes por encima de él, máxime cuando en la contestación al hecho 1º, 2º, 3º y 5º (fl. 326 y 327) se da la aceptación por parte de la demandada de los supuestos facticos y jurídicos que la dinamizan, la efectiva prestación del servicio realizado por el demandante, labores sobre las cuales no se afirma ser gratuitos, al contrario, sí remunerados, con lo cual se concluye solamente ser asistidos o prestados de modo diferente al laboral.

Pero, además, estas afirmaciones, con las que se quiere eliminar la vigencia del mandato contractual laboral, no cuentan con contenido material que les de soporte, lo que compromete su auspicio, al corresponderle acreditar su posición a quien niega la presencia de esa prerrogativa social, es que a juicio no se trajeron ni siquiera las tipicidades de la relación invocada, todo lo contrario, su permanencia en el tiempo niega su existencia, pues es cualificada. También, como añosamente se ha reconocido la mera presencia documental de constancias y contratos firmados sobre este tipo de relación no resultan suficientes para materializar la ajenidad laboral frente a una efectiva y real prestación de los servicios continuados y remunerados, es necesario en el plano de lo real, desvirtuar, primero que todo, la presunción oficial de la presencia del contrato de trabajo, y por otro lado, acertar en la tarea de acreditar que en verdad lo que unió a las partes fueron esas clases de contrataciones y no la social laboral, pues prima la realidad de las cosas y no lo formal de los documentos³, trabajo de desvirtuación que ni siquiera se denuncia en el recurso, el ataque solo se funda en la firma de unos contratos de prestación de servicios⁴ que ya se vio, están faltos de contenido material.

3

¹ ARTICULO 20. El contrato de trabajos se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción.

² ARTICULO 3º. RELACIONES QUE REGULA. El presente Código regula las relaciones de derecho individual del Trabajo de carácter particular, y las de derecho colectivo del Trabajo, oficiales y particulares.

ARTICULO 4º. SERVIDORES PUBLICOS. Las relaciones de derecho individual del Trabajo entre la Administración Pública y los trabajadores de ferrocarriles, empresas, obras públicas y demás servidores del Estado, no se rigen por este Código, sino por los estatutos especiales que posteriormente se dicten.

³ Sentencia del 5 de febrero de 1963, Derecho del Trabajo”, Vol. XXXVII, nums. 220-222, pag. 178: “El juez debe atender la forma contractual estipulada por las partes, conforme al principio de la autonomía de la voluntad; pero si el contrato, en su ejecución, no se ajusta a lo pactado, prima el que resulte de los hechos. La naturaleza misma del vínculo laboral impone esta solución, ya que no es de cumplimiento instantáneo, sino sucesivo. Su ejecución a través del tiempo es lo que permite saber si quien presta el servicio lo rinde con autonomía o con independencia de quien lo recibe. Decir en una escritura privada que el trabajador realiza la labor con libertad, sin horario, recibiendo como retribución determinado precio por la confección de cada obra, no lo sustrae al imperio de la ley laboral, si en la práctica presta el servicio bajo el control del patrono, recibiendo de éste órdenes e instrucciones”

⁴ C.E., Sección Tercera, C.P. Dra. Olga Mélida Valle de la Hoz, sentencia del 16 de marzo de 2015: “De acuerdo con el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, el contrato de prestación de servicios es aquél que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997 caracterizó dicho contrato indicando que 1) versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de funciones propias de la entidad en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional del contratista, en la que 2) la autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico constituye un elemento esencial; adicionalmente,

Son pues estas razones las que hacen confirmar la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo entre las partes y de suyo la exigencia del pago de las prestaciones sociales legales y extra legales que de dicha relación contractual laboral se derivan, por cuanto en la convención colectiva aportada a folio 13 -con nota de depósito- se manifiesta ser el sindicato mayoritario y por consiguiente afecto de aplicación de sus disposiciones a todos los trabajadores, entre ellos el actor.

Aclarado lo anterior, sigue ocuparnos en las otras condenas, respecto de la sanción moratoria, para la sala no hay duda de su procedencia, toda vez que por un lado, es evidente no haberse cancelado las prestaciones al actor, y por otro, que esa conducta se soporta en manifestaciones distantes de la ley social, como lo es, abogar por relaciones de esfuerzo humano de carácter civil o administrativo sin ningún respaldo probatorio, conociéndose además, su lejanía conceptual con el concepto base de su excusa- contrato de prestaciones de servicios- el que por sí mismo es temporal, lo que para nada enseña buena fe, con lo que, al contrario, se revela un comportamiento contra la ley, sin ánimo cumpliente, tal y como lo indica la jurisprudencia especializada en **sentencia radicación no. 30868 del 08 de julio de 2008**⁵.

Tampoco es de recibo la tesis del estado de liquidación de la entidad, pues esa situación no autoriza desconocer derechos laborales, si los hay, como tampoco el mero estado liquidatorio lo exonera, era adecuado traer a juicio la génesis o etiología de la misma, lo que se hace natural al conocerse el principio laboral de no ser el trabajador partícipe de las pérdidas de la entidad, de ahí que el estado de insatisfacción de las obligaciones exija razón suficiente y no la mera enunciación de postulados de la voluntad.

Ahora bien, se pasa al examen de la apelación presentada por el demandante sobre el reconocimiento y pago de: **i)** la nivelación salarial, **ii)** las cesantías (y su no prescripción), los intereses a las cesantías, **iii)** el auxilio de transporte y dotación, **iv)** horas extras, **v)** la indemnización por despido injusto art. 5 de la convención, y **vi)** la pensión sanción, se manifiesta:

4

Nivelación Salarial

Revisada la demanda, el actor dice haber cumplido las funciones propias de un **auxiliar de servicios administrativos grado 17** teniendo estos en los años **2010 al 2013** un salario de **\$1.476.908, \$1.523.726, \$1.599.912 y \$1.638.950** respectivamente, al tiempo que devengó en todos esos años un salario constante de **\$987.061** (fl. 6 y 7). pero fíjese que en ninguno de los 20 hechos de la demanda se conoce como es el soporte relacional de esta aspiración y solo en la pretensión ocho anuncia devengar un cargo con igualdad funcional en la planta de la entidad con mayor salario

Sin embargo, escuchados los testigos de **NELLY PATRICIA VILLEGAS LOZANO (registro audio 13: 40)** y **LUZ AMPARO GIRALDO (registro audio 13: 52)**, nada de eso columbra, se dice que las funciones del actor eran relacionadas con el reparto dentro del departamento encargado; de los

3) su vigencia es temporal, y puede estar sujeta al 4) pacto facultativo de cláusulas de terminación unilateral de acuerdo con las formas y términos indicados en la ley de contratación aplicable”.

⁵ De otro lado, no es que la norma establezca una presunción de mala fe del empleador como lo plantea el censor, sino que, ante la prueba fehaciente del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, para lo cual generalmente basta una negación indefinida del trabajador, es el deudor quien corre con la carga de la prueba de demostrar que su omisión en el pago, obedeció a causas atendibles que le impidieron cumplir oportunamente. Carga que de no cumplirse se resuelve desfavorablemente para quien la soporta, conforme se desprende del artículo 177 del C. P. C

expedientes de los recursos, derechos de petición, manejo de la parte de tutelas, al igual que manejar la correspondencia, teniendo contacto directo con los juzgados, de igual manera con el tribunal, sin indicar que sean propias del cargo de auxiliar administrativo grado 17 con el que pretende el juicio relacional, ausencia que tampoco se supera con la certificación de folio 51, donde no se establecen las funciones que cumplía el actor, como tampoco que su cargo sea del grado 17 de auxiliar de servicios administrativos, tampoco con las determinadas en los contratos de prestación de servicios (fls. 54 al 111), pues estas distan de las manifestadas por los testigos.

Así las cosas, al no acreditarse la igualdad en funciones para dar brillo a la similitud de salarios, la absolución de esa pretensión se confirma.

Cesantías, intereses cesantías

Debe la Corporación resaltar la condena que ya la instancia hizo sobre las cesantías, así como el hecho de que en sus considerandos determinó no prescribir sino a partir de la fecha de la terminación de la relación laboral, como ahora lo pide el actor en su recurso. Sin embargo, revisada la liquidación de instancia, se ve que contrario a sus considerandos y declaratoria del numeral primero de la resolutive, liquidó las cesantías solo desde el **año 2010**.

Es por ello que siendo la declaratoria del contrato de trabajo desde el **02 de julio de 1999** y la terminación el **27 de febrero de 2013**, al radicarse la demanda el **13 de marzo de 2014** (fl. 1), no se advierte que ese fenómeno prescriptivo no logra transcurrir para las cesantías, como lo dispuso la instancia, luego su liquidación debe operar desde esa data, teniendo en cuenta los salarios acreditados en los contratos aportados para cada anualidad y los declarados por la instancia para los **años 2010 al 2013**.

Frente a los intereses a las cesantías si operó el conteo prescriptivo analizado por el juzgado, dado que, a diferencia de las cesantías, su pago debe darse en cada anualidad, por consiguiente, debe confirmarse la absolución en ese punto.

Auxilio De Transporte

Al haberse declarado por el juzgado ser el demandante destinatario de la convención colectiva y no ser ello motivo de discusión por la demandada, contrario a lo manifestado por la instancia, la convención colectiva en su **artículo 53** (fl. 22 y 49) dispone el pago de este auxilio para todos los trabajadores, dejando como límite solo aquellos que devenguen hasta 3 veces el salario mínimo.

En el caso del actor, desde el **año 2002** (fecha de vigencia de la convención fl. 50) tenía como salarios las sumas de:

AÑO	SALARIO MÍNIMO	SALARIO DTE		3 SMLV	SUBSIDIO TRANSPORTE	TOTAL SUBSIDIO
2.002	\$ 309.000	\$ 644.700	fl. 78 y 79	\$ 927.000	\$ 36.129	FL. 50
2.003	\$ 332.000	\$ 650.840	fl. 78, 82-85	\$ 996.000	\$ 38.654	
2.004	\$ 358.000	\$ 530.532	fl. 85 al 88	\$ 1.074.000	\$ 41.163	
2.005	\$ 381.500	\$ 847.439	fl. 88 al 93	\$ 1.144.500	\$ 43.427	
2.006	\$ 408.000	\$ 701.201	fl. 93 al 97	\$ 1.224.000	\$ 45.553	
2.007	\$ 433.700	\$ 689.488	fl. 97 al 100	\$ 1.301.100	\$ 47.573	
2.008	\$ 461.500	\$ 750.000	fl. 98 al 101	\$ 1.384.500	\$ 50.280	
2.009	\$ 496.900	\$ 758.854	fl. 102 al 105	\$ 1.490.700	\$ 54.137	
2.010	\$ 515.000	\$ 823.676	sentencia	\$ 1.545.000	\$ 55.219	\$ 458.318
2.011	\$ 535.600	\$ 849.787	" "	\$ 1.606.800	\$ 56.970	\$ 683.640
2.012	\$ 566.700	\$ 881.484	" "	\$ 1.700.100	\$ 59.095	\$ 709.140
2.013	\$ 589.500	\$ 902.992	" "	\$ 1.768.500	\$ 60.537	\$ 121.074
					Total	1.972.172

Cifras que en ningún caso superaron los 3 salarios mínimos de su época, por lo que hay lugar al pago del subsidio de transporte anhelado. Sin embargo, ante la excepción de prescripción, al ser radicada la reclamación el **22 de abril de 2013** (fl. 117), ha pasado más de los tres años de que habla la norma, prescribiendo los subsidios anteriores al **22 de abril de 2010**, ascendiendo la condena a la suma de **\$1.972.172**.

Dotación

El **artículo 89** de la convención colectiva (fl. 27) dispone que la entidad entre otros cargos, proporcionará a los auxiliares de servicios administrativos cada seis meses dos dotaciones, las cuales deben ser entregadas al trabajador durante la relación laboral, sin que sea permitida su compensación en dinero; no obstante lo anterior, la jurisprudencia especializada ha determinado que una vez finalizado el contrato, sí puede reconocerse al trabajador por este concepto, una indemnización, debiendo para ello acreditar los perjuicios causados por la no entrega de las dotaciones (**sentencia Rad. n.º 40374 del 11 de abril de 2018**)⁶. Sin embargo, en el caso del actor, no se acreditan los perjuicios causados por la falta de entrega de la dotación, situación de la que nada se menciona en el debate.

Horas extras

Respecto la petición de pago de trabajo suplementario del cual se afirma se laboró y se relacionó en la demanda las fechas, debe decirse lo desfavorable del recurso, fíjese que en los hechos de la demandada (hecho 6) solo dice que en ocasiones y por necesidad del servicio se extendía al tiempo

⁶ **Rad. Radicación n.º 40374 del 11 de abril de 2018:** “Asimismo, en lo que a la vía directa concierne, las reflexiones del Tribunal están acordes con la jurisprudencia desarrollada por esta Corporación, en tanto el suministro de las dotaciones solo tienen sentido en vigencia de la relación laboral, culminada la cual, solo puede reclamarse una indemnización por el perjuicio causado debido a su falta de entrega. De otro lado, la conclusión fáctica del Tribunal atinente a la falta de prueba del perjuicio tampoco es controvertida, por la vía adecuada. En efecto, la censura no le muestra a la Corte, siquiera de manera somera, cuáles fueron esas sumas que dejó de recibir el trabajador al no recibir oportunamente sus dotaciones, de manera que la conclusión del Tribunal atinente a que «...la parte demandante no demostró el perjuicio causado por la no entrega de la dotación...» permanece incólume y le da pleno soporte a la decisión atacada.”

extra ordinario, sin relacionar los días en los que la entidad se vio en la necesidad de disponer de tiempo extra. Relación de días y horario que tampoco se ve en las pretensiones⁷ (fl. 8).

Sin embargo, con las planillas vistas a folios del 132 al 148 se da cuenta de los días en que se autorizaba al actor su ingreso a las instalaciones de la entidad, planilla firmada por el jefe del departamento y por los trabajadores que ingresaban, plasmando en ella la hora de ingreso y de salida. Es de manifestar que en algunas de ellas la autorización se da para dos días (sábado y domingo), pero el actor firma y no se especifica si el ingreso lo fue en los dos días o en uno solo, y como quiera que no puede la Corporación hacer referencia extensiva, dado que el actor no lo precisó, se tomará la firma como el ingreso del trabajador al primero de los días autorizados.

Trabajo suplementario que también está cubierto por el término prescriptivo conforme la descripción realizada en líneas anteriores, luego la Sala se ocupará solo de aquel laboreo con posterioridad al **22 de abril de 2010**. Así las cosas, la relación de días es:

⁷ Al respecto la jurisprudencia especializada ha manifestado:

“Cuando el trabajador alega que trabajó en los días de descanso obligatorio, debe probar que efectivamente los ha trabajado, porque debe presumirse que el patrono da cumplimiento a los preceptos legales que le prohíben exigir y aceptar trabajo en esos días, y esa presunción ha de destruirse por medio de prueba directa” (Cas., 4 septiembre 948, “G del T.”, t. III, p. 518; 18 marzo 1960, “G.J.” XCII, 677)”

“Cuando se reclama el pago de trabajo suplementario y de dominicales y festivos, es indispensable acreditar exactamente el número de horas y los domingos y días festivos que se hubieren laborado” (Sent., 2 marzo 1949, “G. del T.”, t. IV, p. 151)”

SL 2736 de 2021:

Frente a los dos primeros debe decirse, en primer lugar, que el material probatorio allegado al plenario no permite esclarecer qué días efectiva y realmente laboró el accionante al servicio de la fundación accionada, el tiempo suplementario o complementario que reclama, ni los horarios en que lo trabajó, razón por la que no es posible acceder a dicha pretensión, pues como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria, demandan de quien lo reclama el despliegue de una actividad tendiente a demostrar con claridad y precisión que este se realizó, como se razonó en la sentencia CSJ SL3009-2017.

SL 2645-2021:

Por su parte, se alega que la llamada al proceso aportó cuatro cuadernos, pero que no allegó las planillas correspondientes a los días trabajados por el actor y, de esa manera: *«le bastó sustraerse de la obligación de aportar los documentos requeridos aportando los de su propia conveniencia para burlar a la justicia y obtener los resultados ya obtenidos»*. Aun así, revisada la documental, en especial los cuadernos anexos, se aprecia que figura el nombre del actor, sin que se evidencie alteración o sustracción alguna en la prueba. Ahora bien, si la demandada no aportó la totalidad de pruebas documentales en su poder, o cercenó de algún modo su contenido, tal como se argumenta, debió manifestar esta circunstancia en su debida oportunidad, es decir, en las instancias, sin esperar el trámite extraordinario para pretender subsanar tales falencias, pues como se reiteró en la providencia CSJ SL1705-2021, la casación no se erige en una tercera instancia, ni es propicia para un replanteamiento de la posición de las partes ni revive el debate probatorio.

...

En apoyo de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido reiteradamente que la prueba del tiempo suplementario debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los horarios y días en que se ejecutó, 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. Se rememora a propósito, lo expresado por la Corporación, que en sentencia CSJ SL, 9 de ago. de 2006, rad. 27064, ante planteamiento similar al antedicho, indicó:

[...]

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, como sucedió en el sub examine”.

DÍA	HORARIO LABORADO	FL	H EXTRA DIURNAS	VALOR HORA REC	TOTAL
sábado 24/abril/2010	8.30 AM a 4:45 PM	132	8	\$ 4.290	\$ 34.320
sábado 08/mayo/2010	9.am a 1:15 pm	133	5	\$ 4.290	\$ 21.450
sabado 05/junio/2010	10.15 am a 3.50 pm	134	7	\$ 4.290	\$ 30.030
sábado 26/junio/2010	9.a.m a 2.45 pm	136	6	\$ 4.290	\$ 25.740
sábado 17/julio/2010	9.30 am a 11.00 am	137	2	\$ 4.290	\$ 8.580
sábado 24/julio/2010	9.45 am a 3.25 pm	138	6	\$ 4.290	\$ 25.740
sábado 14/agost/2010	9.20 am a 3.50 pm	139	6	\$ 4.290	\$ 25.740
sábado 28/agost/2010	9.20 am a 3.00 pm	140	5	\$ 4.290	\$ 21.450
sábado 30/oct/2010	9.20 a.m. a 3.50 pm	141	6	\$ 4.290	\$ 25.740
sábado 06/nov/2010	9.15 am a 5.05 p.m.	142	8	\$ 4.290	\$ 34.320
sábado 13/nov/2010	9.15 a.m. a 4.15 pm	143	7	\$ 4.290	\$ 30.030
sábado 27/nov/2010	9.15 a.m. a 3.15 pm	146	6	\$ 4.290	\$ 25.740
sábado 22/oct/2011	7.45 am a 1.10pm	144	5	\$ 4.426	\$ 22.130
sábado 19/nov/2011	9.28 am a 3pm	145	6	\$ 4.426	\$ 26.556
sábado 03/sept/2011	11.05 am a 4.30 pm	147	5	\$ 4.426	\$ 22.130
sábado 10/sept/2011	8.25 a.m. a 4:30 pm	148	8	\$ 4.426	\$ 35.408
				TOTAL	\$ 415.102

Liquidación que se realiza con los salarios tenidos en cuenta por el juzgado y el **art. 43** con su párrafo de la convención colectiva (fl. 22 vlto).

Indemnización por despido injusto art. 5 de la convención

Frente a este tema, el actor nada controvertió acerca de la declaratoria del juzgado de establecer que el contrato de trabajo fue terminado en forma unilateral por el demandante, hecho que se evidencia a folio 120 con la renuncia, por consiguiente, no puede hablarse de despido alguno, menos de indemnización por ese concepto, si a la judicatura no se le evidencia razones o motivos estribo de la declaración anhelada..

Pensión sanción

La anterior conclusión sobre la inexistencia de un despido, hace improcedente por si sola la pensión sanción solicitada, al tiempo que tampoco se está ante la ausencia de cotizaciones al demandante, por el contrario, es el mismo actor quien da cuenta de la realización de los aportes durante toda su relación laboral, pidiendo incluso la devolución del porcentaje que le correspondía al empleador.

Luego debe confirmarse la absolución en esta pretensión.

la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

- 1. MODIFICAR el numeral 3º** de la sentencia apelada para adicionarla, condenando al PAR ISS administrado por Fiduagraria, al reconocimiento y pago al demandante de las cesantías causadas desde el 02 de julio de 1999, sin que en todo caso exista doble pago con lo ordenado por el juzgado por este concepto. Condenar al PAR ISS administrado por Fiduagrariaa cancelar al demandante la suma de **\$1.972.172** por concepto de *auxilio de transporte* y la

suma de **\$415.102** por *horas extras diurnas*, derechos causados desde el **22 de abril de 2010 al 21 de abril de 2013**. **CONFIRMAR** el numeral en todo lo demás, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia.

2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada y consultada en todo lo demás, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma Digitalizada Para Actos Judiciales



MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
MARIA NANCY GARCÍA GARCÍA
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)

Firma digitalizada para actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

9

COMPROBACION EVOLUCION AUXILIO		
AÑO	IPC	VALOR
2002	6,99%	\$ 36.129
2003	6,49%	\$ 38.654
2004	5,50%	\$ 41.163
2005	4,85%	\$ 43.427
2006	4,48%	\$ 45.533
2007	5,69%	\$ 47.573
2008	7,67%	\$ 50.280
2009	2,00%	\$ 54.137
2010	3,17%	\$ 55.219
2011	3,73%	\$ 56.970
2012	2,44%	\$ 59.095
2013	1,94%	\$ 60.537

