

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

SENTENCIA LABORAL.

Nueve (09) abril de dos mil veinticuatro (2024)

Sentencia discutida y aprobada mediante acta N° 0142 del 09 abril de 2024

RAD: 20-001-31-05-003-2018-00167-01. Proceso ordinario laboral promovido por ANDRÉS ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ contra DIANA CRISTIANA GONZÁLEZ ALARCÓN .

1.OBJETO DE LA SALA.

En aplicación de la ley 2213 del 13 de junio del 2022, en su artículo 15, la Sala Tercera Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Valledupar, Cesar, integrada por los Magistrados **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA, JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ y JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH** quien la preside como ponente, procede a decidir sobre las apelaciones incoadas por los apoderados judicial de las partes a la sentencia 19 de febrero del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso de la referencia.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN.

2.2. HECHOS.

2.2.1. Precisó el señor ANDRÉS ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ que laboró por medio de contrato verbal a término indefinido para la señora DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN en el establecimiento de comercio SURTIMANGUERAS el cual manifestó ser propiedad de la accionada, que realizó funciones como picador de plástico al servicio de la demandada, durante los extremos temporales del 03 de septiembre del 2009 hasta el 23 de diciembre del 2017, devengando un salario

mensual vigente, así mismo manifestó que estuvo bajo la subordinación de la accionada en mención y además de los señores EDINSON GONZÁLEZ ALARCÓN y el señor JAVIER GONZÁLEZ ALARCÓN quienes eran sus supervisores. Puntualizó que tuvo turnos rotativos semanales de 7:00 AM a 12:00 PM y de 2:00 PM a 5:00 PM, y de 7:00 PM a 12:PM y de 2:00 AM a 6:00 AM.

2.2.2. Alegó que fue despedido sin justa causa el 23 de diciembre del 2017, que no se le pagó indemnización por despido injusto, que no fue afiliado al fondo de cesantías, que no le cotizaron salud, pensión, riesgos laborales del extremo laborado, que tampoco le notificaron las cotizaciones de seguridad social y parafiscales de los últimos tres meses, que no le pagaron horas con recargo nocturno a los que tenía derecho en los turnos intercalados en donde laboraba de 7:00 PM a 12:00 PM y de 2:00 AM a 6:00 AM.

2.3. PRETENSIONES.

2.3.1. Solicita que se declare que existió un contrato de trabajo del 03 de septiembre del 2009 hasta el 23 de diciembre del 2017 entre ANDRÉS ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ y la accionada DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN , como consecuencia de ello, que se condene a la demandada a pagar las cotizaciones en pensión en COLPENSIONES de las semanas dejadas de percibir en todo el interregno laborado, que se condene al pago de la indemnización por despido injusto.

2.3.2. Que se condene a la señora DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN al pago de la indemnización moratoria por la no notificación del estado de pago de las cotizaciones de seguridad social y parafiscalidad desde el 23 de diciembre del 2017 hasta que se reporten los pagos, al pago de la sanción por no afiliación al fondo de cesantías, que se condene al pago de los recargos nocturnos, que se condene al pago de la indexación de las sumas adeudadas, ultra y extrapetita, costas y agencias derecho.

2.4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

2.4.1. Sobre los hechos manifestó en su mayoría ser ciertos, sin embargo, indicó que el señor ANDRÉS ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ, prestó sus servicios como contratista, que desempeñaba sus funciones de manera libre, sin subordinación y que solo eran requeridos sus servicios cuando había encargos del producto, que los pagos en razón de la naturaleza de su contratación eran depositados dependiendo de las horas que había prestado sus servicios.

2.4.2. Con relación a las pretensiones, se opuso a todas ya cada una de ellas, alegando que carecen de fundamento legal, y que, en su lugar, sea absuelta la accionada. En su defensa, propuso las siguientes excepciones *“Inexistencia de la obligación, Inexistencia de causa para pedir, Buena fe de SURTIMANGUERAS,*

Cualquiera otra excepción y/o excepciones perentorias que se demuestren dentro del proceso”.

2.5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Tercero Laboral Del Circuito de Valledupar, en providencia del 19 de febrero del 2020, declaró la existencia del contrato entre el señor ANDRÉS TERNERA FERNÁNDEZ y la señora DIANA GONZÁLEZ ALARCÓN , así mismo fue condenada a pagar los siguientes conceptos:

- ✓ Por indemnización moratoria extraordinaria: \$54.646.994.
- ✓ Por indemnización moratoria ordinaria por el no pago de aportes al sistema de seguridad social pensión: \$24.590. pesos diarios desde el 24 de diciembre del 2017, hasta cuando se verifique el pago de la deuda.
- ✓ A pagar el cálculo actuarial realizado por Colpensiones el 03 de diciembre de 2009 hasta el 23 de diciembre del 2017.
- ✓ Indemnización por despido sin justa causa: \$4.207.718

Absolvió a la accionada de las demás pretensiones.

2.5.1. PROBLEMA JURÍDICO ABORDADO EN PRIMERA INSTANCIA.

Se fijó el litigio en determinar sí

“Entre el demandante y la demandada existió contrato de trabajo, sí la demandada debe realizar el pago de las semanas dejadas de cotizar al sistema de seguridad social en pensión, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria de que trata el Art 65 del CST, sanción por la no notificación a un fondo de cesantías de que trata la ley 50 del 90, recargos nocturnos y costas procesales. De igual manera si deben prosperar las excepciones planteadas por la demanda y se condene en costas al demandante”.

Con fundamento en su decisión expuso:

Sobre la existencia del contrato de trabajo, fundamentó su decisión con el artículo 23 y 24 del CST, así como el artículo 53 constitucional, además de las liquidaciones obrante a folio 172 a 180 y a su vez, al aceptar la accionada en la contestación de demanda sobre la existencia de la prestación del servicio personal del actor.

Sobre la condena que guarda relación a la no consignación de la pensión a un fondo, se basó el togado con las normativas tales como la ley 100 de 1993 artículo 33 literal C, decreto 813 de 1994, el 1887 del 1994, alegando que no se encontraba probado la consignación de la misma a un fondo.

Igualmente, con la sanción moratoria especial por la no consignación de las cesantías a un fondo, precisó que no se encontraba probado, fundando su decisión por lo expresado en la ley 50 de 1990 artículo 99, numeral 3.

Con la moratoria ordinaria, indicó que al no quedar probado que le notificó al actor al finalizar el contrato la consignación de los últimos tres meses de los aportes y así mismo de la parafiscalidad, se condena al pago de la misma de acuerdo con el artículo 65 sustantivo y conforme a la ley 789 del 2002.

Con relación a la indemnización por despido injusto, manifestó que la accionada aceptó la terminación del contrato el 23 de diciembre del 2017, pero que no demostró el motivo de su terminación, por ello, conforme a lo estipulado en el 64 sustantivo, concedió tal indemnización.

En adición de sentencia, sustentó que el actor no demostró con exactitud las horas trabajadas, por ende, no era posible condenar a la pasiva.

2.6. RECURSO DE APELACIÓN.

2.6.1 DEL DEMANDANTE.

Alegó el actor a través de su representante legal que sí se encuentra acreditado el recargo nocturno, en razón, en que la misma parte demandada aceptó dentro de la contestación de la demanda que el actor cumplía turnos rotativos semanales de 7 am a 12 Pm, con un extremo temporal de 2 pm a 5pm, de 7 pm a 12 pm y dentro de la mañana, a 6 de la mañana. Por lo cual, en su dicho, se podría cuantificar e identificar si una semana estaba en un turno de la mañana, en la siguiente semana se encontraba en turno de la noche, y por eso se podría determinar durante todo el extremo que existió el recargo nocturno, por eso consideró que el A-quo comete un yerro, por eso solicitó se revoque por ese solo punto la sentencia.

2.6.2. DE LA DEMANDADA.

Sustentó su recurso en resumen lo siguiente:

- ✓ Alegó que se revocara todos los numerales por los cuales se condenó, precisando que no se configuró los elementos de un contrato de trabajo como lo establece la Corte Constitucional en la sentencia 903 del 2010, que sí bien se aceptó una prestación de servicio, no se reconoció un contrato laboral, que no se ejerció subordinación en la realización de las actividades del accionante.
- ✓ Que, en relación al numeral que decidió condenarla sobre los intereses de cesantías, manifestó que también dentro de las pruebas se encuentran alojadas liquidaciones años tras año, donde se verifica y se concluye que no se le adeuda ninguna prestación a la parte demandante.
- ✓ Conforme a ello, solicita que se absuelva a la pasiva de cada una de los numerales que decidieron condenarla.

2.7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

2.7.1. DE LAS PARTES EN TÉRMINO COMÚN.

De conformidad con lo establecido por la ley 2213 de 2022, a través del auto expedido el 27 de octubre del 2022, se corrió traslado a las partes en término común, notificada por Estado 151 del 28 de octubre del 2022, para que presentaran sus alegatos. De conformidad con la constancia secretarial del 15 de noviembre del 2022, se tiene:

2.7.1.1 Del demandante ANDRÉS ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ.

A través de apoderado judicial presentó sus alegatos de conclusión, en resumen, enunció lo siguiente:

- ✓ Manifestó que, era obligación de la accionada desvirtuar el contrato de trabajo que se llevó a cabo, y en su defecto, demostrar la prestación de servicio de manera independiente que alegaba, argumentando que toda relación contractual se presume que es un contrato de trabajo conforme al artículo 24 sustantivo.
- ✓ En razón de lo anterior, expresó que se configuró la presunción del artículo mencionado, y por consiguiente los elementos propios de una relación contractual laboral, indicando que dichos argumentos tomaban soporte por el interrogatorio de parte rendido por la demandada y por las pruebas en donde se observan diferentes liquidaciones y pagos de prestaciones sociales.
- ✓ En virtud de ello, solicitó que se concediera el pago de los recargos nocturnos solicitados.

2.7.1.2 De la demandada DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN .

De conformidad a la constancia secretarial del 15 de noviembre del 2022, no se avizoró que se allegara escrito de alegatos de conclusión por parte de la demandada.

3. CONSIDERACIONES.

Preliminarmente debe expresarse, que, verificado el expediente, se tiene que la primera instancia lo remitió con el fin de que se resolviera el recurso de apelación interpuesto por la demandada, razón por la cual debe ceñirse al principio de consonancia.

Por otro lado, se expresa, que los presupuestos procesales se encuentran satisfechos, situación que permite proferir una decisión de fondo.

3.1. COMPETENCIA.

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna el Artículo 15 literal B numeral 1 del C.P.T.S.S.

3.2. PROBLEMA JURÍDICO.

En atención a los reparos solicitados por las partes, es menester encuentra esta magistratura que los problemas en determinar sí:

¿Hay lugar a declarar que existió un contrato de trabajo entre las partes, el señor ANDRES ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ y la señora DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN ? En caso afirmativo ¿se debe condenar a la demandada al pago de los intereses de cesantías? (sustentado por la demandada).

¿Se encuentra acreditado que el demandante es merecedor de lo deprecado por concepto del recargo nocturno? (sustentado por el demandante).

3.3. FUNDAMENTO NORMATIVO.

3.3.1. CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.

Artículo 22. Definición.

“1. Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, empleador, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario.”

Artículo 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.”

Artículo 24. Presunción.

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

Artículo 64. Terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa.

“En todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable. Esta indemnización comprende el lucro cesante y el daño emergente. (...)”

Artículo 65. Indemnización por falta de pago. *“Texto original del inciso 1o. del Artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, vigente para los trabajadores que devenguen un (1) salario mínimo mensual vigente o menos:*

1. Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo. (...)”

3.3.2 LEY 50 DE 1990.

Artículo 99. *“El nuevo régimen especial de auxilio de cesantía, tendrá las siguientes características: Ver Oficio de fecha 25.11.98. Secretaría Distrital de Salud. Fondo Nacional del Ahorro. CJA09751998*

3. El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantía que el mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo. (...)”

3.4. FUNDAMENTO JURISPRUDENCIAL.

3.4.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SALA DE CASACIÓN LABORAL.

3.4.1.1 Sobre el contrato realidad (Sentencia SL540-2023 del 14 de marzo del 2023, con radicado N°94237, MP. Dra. ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA).

“En diversos precedentes jurisprudenciales, se ha enfatizado que el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades es el eje esencial del ordenamiento jurídico, tal cual lo preceptúa el artículo 53 de la Constitución Política.

Conviene recordar que según el artículo 23 del estatuto laboral, en el contrato de trabajo concurren la actividad personal del trabajador, el salario y la subordinación, mediante la cual, el empleador está facultado para imponer el cumplimiento de órdenes a sus trabajadores.

Por su parte, el 24 del mismo compendio normativo, preceptúa que, una vez probada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de un vínculo de orden laboral, para ello debe demostrarse por parte del beneficiario de los servicios, que estos se ejecutaron con total autonomía e independencia (CSJ SL, 13 abril 2010, radicado 34223 y CSJ SL2858-2022).”

3.4.1.2 Sobre el trabajo suplementarios, horas extras o recargos (Sentencia SL359-2023 del 01 de marzo del 2023, con radicado N° 95074, MP. Dr. JORGE PRADA SÁNCHEZ).

“No hay lugar a condena por trabajo suplementario, toda vez que el numeroso acopio documental no arroja claridad acerca de un exceso en la jornada máxima legal, diaria o semanal. Cumple acotar que la acreditación concreta de este supuesto incumbe a la parte actora, sin que al juez laboral le sea dable hacer cálculos de probabilidades o suposiciones para establecerlo (CSJ SL1174-2022).”

3.4.1.3 Sobre la carga de la prueba del trabajador en la exactitud de las horas trabajadas (Sentencia SL4170-2022 del 30 de noviembre del 2022, radicado N° 90974, MP. Dr. DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ).

“Téngase en cuenta que, de haberse registrado, como lo asevera la censura, «los tiempos exactos destinados para las comidas y periodos de descanso», ello no obligaba al Tribunal que diera por demostrada la continuidad en la prestación del servicio por parte del subordinado, pues sabido es que a este le corresponde la carga de demostrar con claridad y precisión, el trabajo desarrollado en tiempo suplementario, sin que sea posible acudir a suposiciones o inferencias para imponer tales condenas.

Al efecto, en sentencia CSJ SL1174-2022, la Corte indicó:

Pues bien, importa destacar que esta Sala ha precisado de forma pacífica y reiterada que para que el juez condene al pago de horas extras de dominicales o festivos se requiere que el demandante acredite con precisión y claridad que trabajó más de la jornada ordinaria y el número de horas adicionales en que prestó el servicio, toda vez que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable de las que estimen trabajadas (CSJ SL6738-2016 y CSJ SL7670-2017).”

4. CASO EN CONCRETO.

Del presente caso se tiene que el actor pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido en los extremos temporales del 03 de septiembre del 2009 hasta el 23 de diciembre del 2017, y como consecuencia de esa declaratoria, se condene a la accionada al pago de las cotizaciones en pensión a su favor dejadas de percibir en dicho interregno, así mismo a la indemnización por despido injusto, a la indemnización moratoria ordinaria por la no notificación del estado de pago de las cotizaciones y parafiscalidad, al pago de la sanción por la no afiliación al fondo de cesantías y recargo nocturnos.

La contraparte aceptó la prestación de servicios en dicho lapso de tiempo, pero precisó que no fue bajo la modalidad de un contrato de trabajo, sino bajo un contrato de prestación de servicio verbal, sin subordinación y que, en razón de ello, no se le adeuda nada al actor.

El A-quo declaró la existencia del contrato de trabajo en los extremos mencionados y así mismo fijó las condenas como se plasmó en el apartado de la sentencia de primera instancia de este libelo.

Ahora teniendo en cuenta la alzada es necesario que esta magistratura se pronuncie dando aplicación al principio de consonancia, puesto que, son materia de análisis los puntos expuestos en la apelación, por lo tanto, se limitara a referirse, solo sobre lo fundamentado y expuesto por las partes apelantes en el recurso y ampliado en el término para presentar alegatos conclusivos. Al escuchar la sustentación del recurso de apelación de las partes, es claro que el demandado muy a pesar de impugnar “cada una de las condenas”, solo sustentó la inexistencia del contrato de trabajo y los intereses a las cesantías, sobre las demás condenas no hubo sustentación ante el juez de primera instancia, ni en el término concedido para presentar alegatos de conclusión hubo sustentación de la parte demandada.

Conforme a lo antedicho y atendiendo a los reparos solicitados por las partes, es menester realizar un análisis completo sobre los temas objetos de litigio, primando el estudio de la existencia de un contrato realidad, para ello se tiene el siguiente problema jurídico:

¿Hay lugar a declarar que existió un contrato de trabajo entre las partes el señor Andrés Antonio Ternera Fernández y la señora Diana Cristina González Alarcón?

Con lo anterior, para poder diluir el presente asunto, es menester realizar el análisis minucioso sobre las pruebas alojadas en el expediente, para tales efectos se tiene:

- ✓ Certificado de liquidaciones de contrato de trabajo expedidas por SURTIMANGUERAS con NIT N° 49.719.083-7 en las cuales se avizora que se realizaron a favor del señor ANDRÉS TERNERA identificado con C.C. N°. 12.641.526, en el cual se le pagan conceptos de cesantías, intereses a las mismas, primas y vacaciones desde el 03 de septiembre del 2009 hasta el 23 de diciembre del 2017. (folios 22 – 30).
- ✓ Certificado de existencia y representación legal de la cámara de comercio de Valledupar a favor de la señora DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN con Nit N° 49.719.083-7. (folios 19-20).
- ✓ Cédula de ciudadanía del señor ANDRÉS ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ identificado con cédula de N° 12.641.526. (folio 21).
- ✓ Comprobantes de pagos expedidos desde el 03 de septiembre del 2009 hasta el 23 de diciembre del 2017 a favor del señor ANDRES ANTONIO TERNERA FERNANDÉZ. (folios 56 – 149).

Impera la necesidad de este cuerpo colegiado de establecer como preámbulo a la tesis objeto de estudio, que conforme a lo establecido por el artículo 167 CGP incumbe a aquella parte que pretenda el derecho, demostrar que es merecedor de este a través de las pruebas allegadas durante la etapa procesal correspondiente. Teniendo esto como pilar, se tiene entonces que el actor pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido, y del otro lado, la accionada alega que sí existió una prestación del servicio del actor, pero precisando que esta se dio a través un contrato de prestación de servicio verbal, sin subordinación alguna. Así las cosas, es menester traer a colación los artículos 23 del CST, el cual establece los elementos esenciales del contrato de trabajo, como son:

1. La prestación personal del servicio.
2. La continuada subordinación.
3. Un salario como remuneración.

Una vez reunidos estos tres elementos esenciales, se puede establecer que existe un contrato de trabajo. Ahora bien, el artículo 24 del CST consagra una presunción, la cual precisa que toda relación de trabajo se presume que está regida por un contrato de trabajo, bajo este yugo, y guardado suma relación con el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, dictada por el artículo 53 C.N., se traslada la carga de la prueba a la pasiva, en este particular, a la señora DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN demostrar que la relación que se llevó a cabo entre las partes no tuvo subordinación alguna, en ningún momento.

De las documentales alojadas en el expediente, se sustrae que efectivamente existió una prestación de servicios personales del señor ANDRÉS ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ a favor de SURTIMANGUERAS, establecimiento propiedad de la señor DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN , toda vez que se dejó constancia que se realizó el pago de los salarios devengados, prestaciones sociales y primas de servicios, obteniendo así de estas foliaturas los elementos de prestación personal del servicio y salarios dentro de los interregnos del 03 de septiembre del 2009 hasta el 23 de diciembre del 2017.

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la señora **DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN**, se tiene que sobre el particular manifestó, en resumen: Que sí conoció al señor ANDRÉS ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ, porque es amigo del barrio y que luego lo conoció porque trabajó en la empresa de ellos, que no sabe con exactitud en que día inició y finalizó labores el actor, porque de la parte contractual se encargaban los hermanos y que ella solo fungía como representante legal, pero que más o menos conoce que laboró alrededor de ocho años. Preciso que muy poco veía al señor ANDRÉS TERNERA, pero que tenía entendido que trabajaba de 7:00 AM hasta las 12:00 MM y de 2:00 PM hasta las 5:00PM, que luego se hicieron unos reajustes y algunos trabajaban de 6:00 AM a 2:00 PM y otros de 2:00 PM hasta 10:00 PM, que nunca se les impartió órdenes a los trabajadores porque ya ellos sabían que actividades realizar. Agregó que sus hermanos llegaban por momentos a revisar si habían llegado a trabajar, que luego volvían por la tarde a revisar los turnos, y a observar las actividades que habían realizado, que muy pocas veces realizaban llamados de atención porque ya ellos sabían las actividades que debían de hacer. Así mismo manifestó que los hermanos le hacían llegar los implementos tales como las botas y delantales, que la labor de picador es uno de los procesos para elaborar las mangueras. Por último, cuando se le puso de presente las documentales, mencionó que era su firma, que tenía el Nit de la empresa, su cedula, y las que no estaban firmadas piensa que, si las pagaron, aunque él no las haya firmado.

De las declaraciones realizadas por la accionada, se avizora que sí bien es cierto la señora DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN no ejercía funciones directas de mando sobre el trabajador, estas funciones de mando, sí eran realizadas por sus hermanos, los cuales entiende esta Magistratura que fungían como representante de la accionada, toda vez que de manera legal como lo demuestra el certificado de existencia y representación legal, ella es la que funge como propietaria y representate de la mencionada empresa. Aunado a ello, destaca que, aunque los hermanos no impartían ordenes o directrices de manera constante, estas sí eran realizadas en ocasiones, porque en su dicho, la señora DIANA GONZÁLEZ manifestó:

“Por lo general ellos casi nunca les hacían correcciones a los trabajadores, porque saben cuál era la labor que tenían que hacer, porque cada quien sabía a qué hacer.

Que muy pocas veces hacían llamado de atención porque cada quien sabía que debía realizar.”

Es entonces evidente para este cuerpo colegiado, que, sí una persona es contratada sin importar el tipo de contrato que haya suscrito, dicha persona debe conocer a cabalidad cuáles serán sus funciones, actividades o labores a realizar, para que haya un correcto desempeño de su labor. Ahora bien, del caso concreto, incumbía a la parte pasiva demostrar que esas funciones no eran subordinadas, que eran totalmente autónomas y a libre voluntad del extrabajador, como lo es el señor ANDRÉS ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ y no, como se puede destacar del interrogatorio en cuanto a que el actor cumplía unos turnos en unos horarios específicos, no dejando a disposición de este en qué momento del día o en qué día prestaría el supuesto servicio alegado por la demandada, además se tiene que las herramientas eran suministradas por la empresa SURTIMANGUERAS, como lo indicó la señora DIANA GONZÁLEZ en su interrogatorio: *“Ellos decían se me acabaron las botas, necesito botas, mi hermano le hacía llegar estos implementos y delantales.”*

En virtud de lo expuesto, se tiene que la parte demandada no pudo demostrar que el trabajo realizado por el actor era de manera libre y voluntaria, sin subordinación, sin el cumplimiento de unos horarios o directrices, por lo cual la presunción establecida en el artículo 24 sustantivo, que a su tener manifiesta: *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.”* Se concreta, toda vez que como ya se ha manifestado, no fue posible por parte de la demandada desvirtuar tal presunción. Es así que la decisión del honorable Juez de primera instancia tomó una decisión acertada y ajustada derecho, toda vez que, a la luz del principio de primacía de la realidad, es viable que el juez pueda dilucidar de la materia objeto de contrato, funciones, actividad u otros elementos que en la realidad de los hechos fue una modalidad indefinida, por lo cual se procederá a confirmar la existencia del contrato de trabajo.

Una vez resuelto este problema, procede esta colegiatura a desatar el siguiente:

¿Se debe de condenar a la accionada al pago de los intereses de cesantías?

Es necesario señalar que el demandante dentro de sus pretensiones solicitó la declaración de la existencia de la relación laboral entre el demandante y la señora DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN, en calidad de propietaria del establecimiento de comercio SURTIMANGUERAS y en consecuencia fuera ésta condenada a la indemnización por despido injusto; pago de cotización en pensión; cotizaciones a la seguridad social; sanción por no consignación de las cesantías en un fondo, recargo nocturno e indexación de las sumas adeudadas.

Por su parte el *a-quo*, declaró la existencia de la relación laboral y en consecuencia condenó a los siguientes emolumentos: indemnización moratoria ordinaria, indemnización moratoria especial, cálculo actuarial e indemnización por despido sin justa causa, negando las demás pretensiones.

Comparadas las pretensiones y las condenas impuestas por el Juez de primer grado, se advierte que los intereses a las cesantías, objeto de alzada, no fueron discutidos en el plenario, por tanto no fueron objeto de contradicción por la parte demandada, en razón a ello mal haría este Cuerpo Colegiado en pronunciarse sobre conceptos que no fueron expuestos en el transcurso del proceso, ni en la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, quien si gozaba en su momento de las facultades extra y ultrapetita, en caso de que no se hubiere pagado dicho concepto. Es menester indicar sin mayores elucubraciones que a esta Corporación le queda vedado hacer otros pronunciamientos porque esta limitado al principio de consonancia ya indicado al inicio del caso concreto. Al respecto la Honorable Corte Suprema ha referido en sentencia SL-440-2021 del 3 de febrero de 2021, Radicación 68960 MP. Dr. IVAN MAURICIO LENIS GÓMEZ.

“(...) PROCEDIMIENTO LABORAL» PRINCIPIOS» PRINCIPIO DE CONSONANCIA» APLICACIÓN - El ad quem debe pronunciarse no sólo sobre los temas planteados en el recurso de apelación, sino también sobre los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, siempre y cuando hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados.”(…)

¿Se encuentra acreditado que el demandante es merecedor de lo deprecado por concepto del recargo nocturno?

El actor pretende que se le reconozca unos recargos nocturnos, esta pretensión será negada de acuerdo con la tesis que se desarrolla a continuación.

Precisa esta magistratura, que de acuerdo a los postulados jurisprudenciales, el trabajador es el que debe demostrar con exactitud las horas extras trabajadas y efectivamente adeudadas, ya sean diurnas, nocturnas, dominicales y festivas diurnas o nocturnas, toda vez que el togado no puede hacer cálculos con base en suposiciones porque se le estaría vulnerando el derecho al demandado de poder controvertir lo pretendido, concepto que toma sustento en lo previsto en la jurisprudencias citadas en el apartado correspondiente de este libelo.

En gracia de discusión, se tiene que el actor no pudo demostrar a través de las documentales los recargos nocturnos que alega haber laborado, sumado a ello, en el interrogatorio de parte realizado a la señora DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN manifestó que *“tenía entendido que el señor ANDRÉS ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ, entraba a trabajar a las 7:00 AM hasta las 12:00 PM y nuevamente de 2:00 PM hasta las 5:00 PM”* Con base a dicha afirmación, se tiene luego entonces, que el extrabajador no sobrepasaba las ocho horas legales de trabajo que establecen las normas laborales sobre la materia y que tampoco

sobrepasó la jornada diurna como para poder pensar si quiera en que es merecedor de los recargos nocturnos. Ahora, de igual modo en el interrogatorio, la señora DIANA GONALEZ manifestó *“Luego se hicieron unos ajustes, unos trabajaban desde las 6:00 AM hasta las 2:00 PM y otros desde las 2:00 PM hasta las 10:00 PM”*. Teniendo esta declaración, la accionada no es clara en cuanto que el demandante laboró en la jornada nocturna o no, porque ella hace énfasis en que se hicieron unos ajustes y que algunos trabajadores laboran en un horario y otros en el siguiente. Conforme a ello se tiene que en ningún momento indica que los turnos eran rotados o que el extrabajador haya laborado de manera nocturna.

Por lo afirmado por el accionante en la demanda, como lo es que él trabajaba en la mencionada empresa con turnos rotativos de 7:00 AM hasta las 12:00 PM y luego de 2:00 PM hasta las 5:00 PM una semana y que la semana siguiente era de 7:00 PM hasta las 12:00 AM y de 2:00 AM hasta las 6:00 AM, sostiene este cuerpo colegiado que dichas afirmaciones carecen de todo sustento probatorio, se reitera que no se encuentra prueba documental alguna que certifique lo pretendido, aunado a ello, la declaración de la demandada no es precisa en que el señor ANDRÉS ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ haya tenido un turno rotativo o que este haya trabajado si quiera de noche, menos aún se observa algún detalle que indique laboró tantas horas, durante algunos días, semanas o meses.

Por lo dicho, se reitera que a falta de material probatorio que legitime con exactitud el trabajo nocturno realizado por el actor, se negará tal pretensión.

En virtud de todo lo ampliamente expuesto, se procederá a CONFIRMAR la providencia emitida por el A-quo, toda vez que esta se ajusta a derecho.

5. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad, la sentencia proferida el 19 de febrero del 2020 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario promovido por el señor ANDRÉS ANTONIO TERNERA FERNÁNDEZ contra la señora DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante DIANA CRISTINA GONZÁLEZ ALARCÓN. Fíjense como agencias en derecho la suma de medio $\frac{1}{2}$ salario mínimo mensual vigente, líquidense como seña el artículo 365 y 366 de CGP.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión a las partes. Para estos efectos remítase a la secretaría de este tribunal para lo de su competencia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS
(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Ley 2213 de 2022. Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado

JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ.
Magistrado