



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL- FAMILIA – LABORAL.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, quince (15) de julio de dos mil veintidós (2022)

Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en acta N°038

Radicación N°44-650-31-05-001-2018-00113-01. Proceso Ordinario Laboral. JOHANIS ALBERTO ESCOBAR MEDINA contra ASEOS COLOMBIANO S.A. “ASEOCOLBA S.A.

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, HENRY DE JESUS CALDERÓN RAUDALES y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el artículo 13° de la Ley 2213 de 2022 y una vez surtido el traslado a las partes para que alegaran de conclusión, se procede a resolver el recurso de apelación en conjunto con el grado jurisdiccional de consulta respecto la sentencia adversa a la parte demandante, proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, verificada el veintiséis (26) de octubre de dos mil veinte (2020).

1. ANTECEDENTES.

Por intermedio de apoderado judicial, el señor JOHANIS ALBERTO ESCOBAR MEDINA promovió demanda ordinaria laboral en contra de la empresa ASEOS COLOMBIANOS S.A., en procura que se declare que entre ella y la demandada existió un vínculo de carácter laboral que inició el 12 de junio de 2004 y terminó el 30 de junio de 2017; que como consecuencia de lo anterior, se condene a la parte demandada al pago de la indemnización por despido injusto, vacaciones, cesantías, intereses de cesantías, primas de servicios, auxilio de transporte, la sanción contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, al pago de la sanción contenida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Subsidiariamente, solicitó que se declare sin efectos la terminación del contrato de trabajo y en consecuencia se ordene el pago de los salarios debidos al trabajador

mientras permanezca cesante, esto según lo narrado en el hecho décimo tercero de la demanda.

2. LA SENTENCIA APELADA

La Juez de conocimiento, profirió sentencia en la que **DECLARÓ** que existió un contrato de trabajo entre el señor JOHANIS ALBERTO ESCOBAR MEDINA y la empresa ASEOS COLOMBIANOS S.A. "ASEOCOLBA S.A."; **DECLARÓ** probadas la excepción de inexistencia y pago de la obligaciones solicitadas; **ABSOLVIÓ** a la empresa **ASEOCOLBA S.A.** de las demás pretensiones formuladas y ordenó **COSTAS** a cargo de la parte demandante en la suma de \$877.803,00.

3. RECURSO DE APELACIÓN.

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión adoptada por el A-quo manifestando que:

" (...)Inicio indicando que se modifique el ordinal primero de la sentencia en el sentido de que los extremos de la decisión laboral no son los que usted indicó en el despacho sino los que se anotaron en la demanda, teniendo en cuenta señor juez y que me sorprende que no haya leído la certificación que dio cerrejón y que se encuentran en el expediente y al cual hice referencia el cual aparece a folio 173 del expediente donde cerrejón certifica que desde cuando inicio y fue carnetizado el señor JOHANIS ESCOBAR como empleado de ASEOCOLBA limitada y además están los extremos probados con las distintas certificaciones no existe no hubo interrupción del trabajo desempeñado por mi mandante por cuanto usted no apreció el testimonio rendido por el señor YEINER PÉREZ quien manifestó que la relación laboral fue de manera continua y eso mismo manifestó el trabajador al momento de ser interrogado, debió apreciarse la prueba en su totalidad por cuanto así lo ordena la norma en el código procesal del trabajo, que el juez al proferir su fallo debe analizar en su totalidad todas las pruebas allegadas al proceso, el 32405112009 diciendo que con fundamento en este se realizó la última relación laboral y me sorprende que usted no haya leído el objeto del contrato, el objeto del

contrato esta en el anexo A y dice que los servicios que se contratan es para proporcionar todas las herramientas, equipos, trabajo, transporte, supervisión, servicios técnicos, profesionales, instalaciones y servicios generales, materiales, suministros y artículos, salvo los efectuados en otra parte de este documento, solamente aquí no habla de los monta carga, y el contrato si de pronto tuvo un lapsus pero si fue una sola relación laboral y es tanto que muy hábilmente el empleador teniendo en su poder los contratos como así se lo manifestó a usted en su despacho el día de la exhibición y usted declaró como cierto algunos hechos susceptibles de confesión que no los tuvo en cuenta al momento de conferir sentencia relacionados con esos aspectos admitiendo inclusión por cuanto la parte demandada hábilmente no los aportó, donde demuestra que si fueron estos los aspectos del trabajo, una empresa como cerrejón quien tiene el control del ingreso de los trabajadores al complejo carboníferos no iba a dar una información tan desacertada manifestando que fue continua la carnetización del trabajador como empleado a solicitud de la empresa CARBONES DEL CERREJÓN, por tanto hay una sola relación laboral a pesar de que haya sido el último contrato por colaboración de la obra porque así le convenía al demandante lo que si hubo o debió declararse fue un contrato a término indefinido señor juez, porque solo el primer contrato se refería a los servicios generales y fijese que el objeto del contrato por el cual está vinculado y que usted reconoce que fue el último hace referencia que también se prestan servicios generales, por tanto debe modificarse esa parte y se debe declarar que existió una sola relación laboral y que se inició el 12 de junio del ... y que el trabajador o las cesantías al trabajador que si se las consigno me sorprende que se haya dado de esa manera por cuanto la norma es muy clara en el artículo 41 dice que en caso de conflicto sobre la aplicación de normas bien sea de trabajo, debe aplicarse la que sea más favorable al trabajador; el empleador tuvo la oportunidad de interrogar al trabajador y no refirió a las consignación que si habían cancelado o no las cesantías, resalté al momento de hacer los alegatos que el empleador debe soportar que le está pagando al trabajador las cesantías, mas no se las está ordenando el fondo, allí no existe ningún documento donde el fondo haya recibido de parte de la empresa ASEOCOLBA la solicitud por parte del empleador del pago de estas cesantías, no existe esa prueba simplemente existen una

cantidad de documentos que son elaborados o pueden ser elaborados por el empleador, que no deben tener valor probatorios por cuanto existen unos contratos elaborados y presentados por el trabajador supuestamente al empleador como si estos los hubiera presentado para que se les hiciera efectivo el pago.

El fondo en ningún momento está probado que el fondo le canceló al trabajador esas cesantías, simplemente estaba la solicitud del trabajador para el empleador y efectivamente (...) que se las haya cancelado directamente al trabajador mas no se haya consignado en el fondo y así se está demostrado no existe que el empleador pudo haber demostrado que si hizo esas consignaciones porque estaba en su obligación y debe tener en su poder el registro de todos esos documentos no los aportó estando en la obligación de hacerlo, por tanto no está probado las consignación de las cesantías, procede entonces el saldo de indemnización consagrado en el artículo 99 inciso 3 de la ley 50 de 1990, por cuanto el ultimo régimen actual de cesantías es respetable dice la ley 50, el fundamento jurídico de las cesantías lo establece el artículo 249 del código sustantivo del trabajo y el 254 habla del retiro parcial y establece que deben tenerse en cuenta para este efecto que realmente el trabajador demuestre que lo va a destinar para compra de viviendas, para mejoras y allí no está demostrado simplemente unos documentos que no le dieron el valor probatorio señor juez y que tuvo la oportunidad el empleador de presentar para que el trabajador conociera y no lo hizo entonces son documentos que no ofrecen credibilidad y por tal motivo no debe reconocer y por tanto el tribunal debe revocar la decisión... El auxilio de transporte procede porque el trabajador debe trasladarse al municipio de Albania porque allí están las instalaciones de la empresa, caso aparte sería que el trabajador residiera en este lugar, se le manifestó que el trabajador no podía residir en Albania por cuanto la empresa no le suministró servicio de vivienda al trabajador, simplemente le daba a Urumita, como lo probo el señor YEINER PÉREZ, también no apreció el señor juez en su totalidad en cuanto al bono que de manera permanente se canceló yo aporté la demanda con la convención colectiva de trabajo y en el artículo 15 de esta convención la cual establece que

este es un factor salarial, si bien es cierto señor juez si no se pudieron aportar todos los comprobantes de pago atender la operación, usted si les dio valor probatorio al documento que contiene la mesada mensual que recibía el trabajador entonces allí debió incluir ese para efecto de hacer esa liquidación, en cuanto a los intereses de las cesantías que se pagaron, no hizo referencia su decisión de este derecho no aparece probado en el expediente que se le hayan pagado los intereses de la cesantías, al trabajador demandante, solamente aportó unos documentos ilegibles que no le pueden dar valor probatorios ni el juez de primera instancia ni en segunda por cuanto no dan absoluta credibilidad sobre los derechos que ellos tienen que probar, entonces deben a bien la empresa en ser condenada a pagar los auxilios de transporte de los años 2004-2017 y la reliquidación de las prestaciones sociales del último año que si aparece allí, como se indicó cual era el último salario básico y el salario promedio devengado 30 mil pesos que se le cancelaban al trabajador no porque estaba en el contrato sino que la convención lo establecía y allí esta aportada la convención y debió darle aplicación porque esta es ley para las partes y era una obligación aplicársela al empleador, en cuanto a la reliquidación de las cesantías y el pago de las prestaciones también procede el pago de indemnización moratoria el cual consagra el artículo 165 del código sustantivo señor juez, porque si hay mecanismos conforme a las reliquidaciones de estas prestaciones como debió haberlo hecho y además el comportamiento procesal de la empresa demandada es suficiente porque teniendo las pruebas en su poder no hizo uso de ellas para que se determinara cual era la relación laboral y no entiendo porque no se hayan apreciado las certificaciones con relación a lo expuesto, debió el señor juez darle aprobación, en cuanto a que le pagaron al trabajador lo concerniente a salud y pensión consagrada en el artículo 65 si debe proceder el pago de la indemnización consagrada en el artículo 65 parágrafo primero dando explicación a esta pretensión subsidiaria dice: ordenando artículo 65 parágrafo primero del código sustantivo del trabajo en consecuencia se ordena el pago de los salarios debidos al trabajador, el numeral primero y en consecuencia que condene revoque los demás numerales de la

sentencia recurrida y en consecuencia condene a la empresa demandada al pago de todas las pretensiones en derecho que a través de este proceso se declararon, les deo sustentado el recurso y me permito ampliarlo en la oportunidad pertinente que para tal efecto lo ordene la sala de decisión-civil familia-laboral del tribunal superior del distrito de Riohacha(...)”

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.

Mediante auto adiado 09 de julio de 2021, se corrió traslado para alegar de conclusión a las partes, según lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 no obstante y según constancia¹ que precede este pronunciamiento “(...) el traslado de cinco días para la parte apelante para presentar alegatos, inició desde el trece (13) hasta, el diecinueve (19) de julio del año cursante, termino dentro del cual la parte demandante, recurrente, guardó silencio (...) para los no recurrentes, inició desde el veintiuno (21) hasta el veintisiete (27) de julio del año en curso, termino dentro del cual el apoderado judicial de la parta demandada guardó silencio (...)”.

5. CONSIDERACIONES.

5.1 Presupuestos procesales.

Del estudio del plenario se determina que los requisitos indispensables para su formación y desarrollo normal representados en la demanda en forma, competencia del funcionario judicial y capacidad de las partes tanto para serlo como para obrar procesalmente, se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite decidir de fondo mediante una sentencia de mérito, ya que tampoco se vislumbra causales de nulidad que invaliden lo actuado.

5.2 Problema jurídico.

Se conoce el proceso en segunda instancia con el objeto de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en conjunto con el recurso de

¹ Folio 14 cuaderno segunda instancia.

apelación en contra de la sentencia de primera instancia, interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, tarea judicial que otorga competencia al Tribunal para revisar tanto la inconformidad planteada por el apelante así como todas las actuaciones surtidas, con el objeto de determinar si la decisión de primera instancia se emitió ajustada a derecho y si merece su confirmación; o si por el contrario debe ser modificada o revocada.

a) Contrato de trabajo y extremos de la relación laboral:

El artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que toda relación de trabajo personal se presume regida por un contrato de trabajo, regla que le otorga un alivio probatorio al trabajador puesto que le basta demostrar la ejecución personal de un servicio para que se presuma en su favor la existencia de un vínculo laboral.

En oposición, al empleador le incumbe desvirtuar el hecho presumido a través de elementos de convicción que acrediten que el servicio se ejecutó de manera independiente y autónoma. Como se conoce la característica diferenciadora del contrato de trabajo con otros de naturaleza jurídica distinta es la condición de subordinación en la que se encuentra la persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, no obstante que los demás elementos se presenten igualmente en contratos de naturaleza laboral, civil, o comercial.

En ese mismo sentido, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL13020-2017 se pronunció respecto a los elementos del contrato de trabajado, esbozando que: *“(...)el elemento diferenciador del contrato de trabajo es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador (...) que se constituye en su elemento esencial y objetivo conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 1 de la Ley 6 de 1945 al consagrar, que «hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro mediante remuneración, y quien recibe tal servicio», y tal como lo repitiera en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución*

del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador 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(...).»

Es pertinente recordar, de un lado, que el principio de la carga de la prueba artículo 167 del C.G.P., que se deben aplicar en el proceso laboral por remisión del art. 145 C.P.T. S.S, impone a quien alega la existencia de un derecho, el deber de demostrar con pruebas idóneas, los hechos en que funda sus aspiraciones, pues el juzgador deberá apoyar su decisión en las pruebas oportunamente allegadas al proceso y, de otro lado, para que exista contrato de trabajo se itera, deben concurrir los siguientes elementos: a) la actividad personal del trabajador, es decir realizada por el mismo, b) la continuada subordinación 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 y, c) un salario como retribución del servicio.

En el sub examine, se pudo establecer según certificaciones laborales obrantes a folios 8, 9, 10, 11 y 12 que el señor JHOANIS ESCOBAR laboró para la empresa demandada ejerciendo labores de oficios varios, a través de un contrato a término fijo y en los siguientes periodos: desde el 16 de febrero de 2004 a junio 12 de 2007, del 13 de junio de 2007 al 30 de noviembre de 2007, del 01 de diciembre de 2007 hasta el 23 de abril de 2008; posteriormente laboró mediante un contrato a término fijo en el cargo de operador de montacargas desde el 01 de diciembre de 2007 hasta el 15 de febrero de 2010, desde el 01 de agosto de 2010 hasta el 13 de diciembre de 2012, desde el 01 de agosto de 2010 hasta el 3 de julio de 2017.

También, se puede observar a través de la prueba documental aportada por la apoderada judicial del demandante obrante a folio 13, que la empresa ASEOCOLBA notifica al demandante la terminación de un

contrato por obra o labor contratada el día 18 de junio de 2017, con efectos de desvinculación desde el 31 de julio de 2017.

Por su parte, en la contestación de la demanda el apoderado judicial de la demandada a folio 81 en su numeral 1, expone que la vinculación laboral con el señor JHOANIS BRITO se desarrolló así: primeramente fue vinculado en el cargo de oficios varios desde el 13 de junio de 2007 hasta el 30 de noviembre de 2007, posteriormente fue vinculado desde el 01 de diciembre de 2007 hasta el 15 de febrero de 2010 pero como operador de montacargas y finalmente su ultimo contrato fue desde el 01 de agosto de 2010 hasta el 30 de junio de 2017.

De otro lado, en el testimonio del señor JEINER ALFONSO PÉREZ PADILLA, señaló que trabajó en los mismos periodos del demandante, pero no recuerda la fecha exacta en que inició su vinculación laboral con la empresa ASEOCOLBA, finalizando la misma el día 30 de julio de 2017, sin interrupción de continuidad y a través de varios contratos, desempeñando funciones de oficios varios y como operador de montacargas, sin que le fuera reconocido auxilio de transporte o asignado algún vehículo por la empresa para el traslado a su lugar de trabajo, pues les tocaba entre varios trabajadores pagar a vehículos particulares para que los llevarán del Municipio de Urumita hasta la Mina, aunque afirmó que sí les reconocían un bono de alimentación.

Además, a través de interrogatorio de parte el señor JOHANIS ESCOBAR expresó que inició sus labores para ASEOCOLBA en el año 2004 sin precisar exactamente qué día, hasta el 30 de julio de 2017, señalando que el motivo de la terminación fue que se cambió a ASEOCOLBA como empresa contratista, y que actualmente se encuentra vinculado con otra empresa.

En los testimonios de LUIS GUILLERMO ORTIZ y TERESA OSPINA GUTIÉRREZ, señaló el primero, que ocupa el cargo de Director de Operaciones en ASEOCOLBA y que el señor JOHANIS ESCOBAR laboró primeramente en el cargo de oficios varios en el 2004, que luego fue capacitado hasta desempeñarse como operador de montacargas en el año 2007 hasta el 31 de junio de 2017 a través de un contrato por obra y

labor determinada, desempeñando sus actividades en el complejo carbonífero que se sitúa cerca de Albania, La Guajira, ciudad en la que tenía su domicilio por lo que no pagaba servicio de transporte al ser suministrado por su empleador, señalando también que le era reconocido un bono de alimentación no periódico cuando el turno o el día de trabajo así lo requería y otro bono de seguridad en los meses que no se presentaban accidentes. Por su parte, la señora TERESA OSPINA aseveró que el demandante estuvo vinculado laboralmente con la demanda desde el 13 de junio de 2007 hasta julio 31 de 2017 como operador de montacargas, también ratificó que le fue prestado el servicio de transporte por parte de la empresa desde Albania hasta el sitio de trabajo.

Por lo anterior, teniendo en cuenta las pruebas documentales y testimoniales allegadas al proceso, puede este Cuerpo Colegiado llegar a la plena convicción de que el señor JOHANIS ESCOBAR sostuvo una relación de carácter laboral, sin interrupción de continuidad, con la empresa ASEOCOLBA desempeñando el cargo de aseos varios y luego el de operador montacargas desde el 16 de febrero de 2004 hasta el 10 de febrero de 2010, y desde el 01 de agosto de 2010 hasta el 31 de julio de 2017 en el mismo cargo como operador montacargas.

Ahora, en cuanto al fenómeno de la prescripción consagrado en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, tenemos que la demanda fue interpuesta por la apoderada judicial del demandante el día 11 de mayo de 2018² fecha en que fue interrumpido el termino prescriptivo, por lo que solamente deben tenerse en cuenta los derechos laborales reclamados desde el 11 de mayo de 2015.

Por tal razón en lo que respecta a la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, se confirmará lo decidido el A-quo.

b) Liquidación de auxilio de alimentación, transporte y bono de seguridad o productividad:

Otro punto de inconformidad expuesto por la profesional del derecho en representación del señor JOHANIS ESCOBAR, es que al momento de la

² Folio 5 Cuaderno Primera Instancia

liquidación de las prestaciones sociales no se tuvo en cuenta el auxilio transporte, de alimentación y el bono de seguridad o productividad.

En ese orden de ideas, referente al bono de seguridad o productividad y de alimentación cancelado al trabajador, en el contrato de trabajo suscrito por el demandante en parágrafo 1 del artículo cuarto³ contempla, que lo que recibiere el trabajador de forma adicional a su salario bajo cualquier modalidad, tal como bonos, auxilios entre otros, no serán tenidos en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales, y mucho menos como una remuneración directa al servicio prestado, ya que el mismo fue pactado específicamente como una remuneración no salarial. Además, según el testimonio de LUIS GUILLERMO ORTIZ el pago del bono de productividad o seguridad era ocasional y solo se efectuaba como incentivo para tener más cuidado y evitar accidentes al momento de operar las maquinas, y el bono de alimentación era para garantizar a los empleados una correcta alimentación mientras se encontraban en las instalaciones de la empresa, es decir no constituyen salario, ya que su pago no era habitual, periódico ni permanente y tampoco era pagado en retribución a la actividad desarrollada, por ende, tampoco se debe tener en cuenta en la liquidación respectiva.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que dentro del contrato de trabajo las partes decidieron acordar que ese beneficio de alimentación como acreencias no constitutivas de salario, situación que resulta completamente admisible, en virtud del principio constitucional de autonomía de la voluntad de las partes, protegido por el ordenamiento superior (artículo 53), por el cual los trabajadores y empleadores cuentan con amplias facultades para convenir las condiciones de la prestación del servicio de manera libre y voluntaria, siempre que no menoscaben las garantías mínimas y fundamentales del trabajador.

Como segundo punto a tratar, en relación al auxilio de transporte pagado al demandante, se observa que en declaraciones rendidas en sede de primera instancia por los señores LUIS ORTIZ y TERESA OSPINO,

³ Folio 90 Cuaderno Primera Instancia

informaron que fue suministrado por parte de la empresa ASEOCOLBA un vehículo para su traslado desde el Municipio de Albania (donde se encontraba el domicilio del demandante) hasta las instalaciones de la empresa, también se puede observar en los desprendibles de nómina aportados⁴ por la parte demandante que no obra el pago de auxilio de transporte, por lo tanto, según las pruebas obrantes en el proceso se entienden los mismos no eran pagos habituales y acordados entre las partes para retribuir las labores encomendadas, es decir, aun cuando no era pagado en contraprestación directa del servicio, fue suministrado por la empresa, por ello no se puede decir que este hacía parte de su salario, ya que se exonera a la empresa de retribuirlo en salario cuando preste dicho servicio, además dicho concepto, fue tenido en cuenta al momento de su liquidación final visible a folio 88.

Por lo anterior, le asiste razón al juez de primer grado cuando decidió absolver al empleador de esta pretensión por mandato expreso del artículo 4° de la Ley 15 de 1959, el cual establece que cuando los empleadores presten directamente el servicio de transporte gratuito a sus trabajadores, quedan exonerados del pago del auxilio monetario al trabajador; empero, si debe incluirse el mismo como factor salarial para efecto de la liquidación de las prestaciones sociales, pero como se expondrá en líneas posteriores, no se cuenta con las pruebas para saber los salarios promedios devengados por el actor.

c) Sanción estipulada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

También, la parte demandada se opuso a lo esgrimido por el Juez de primera instancia en lo que atañe a la indemnización por falta de pago referente a las prestaciones sociales, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el cual dispone que: *“(...) 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 (...)”*. Es decir, que el empleador desde el momento que incumpla con la consignación de las cesantías en la fecha estipulada por

⁴ Folios 45-61 Cuaderno de Primera Instancia

Ley deberá pagar un día de salario por cada día de retardo hasta que el pago se haga efectivo.

Al respecto, el H. Corte Suprema de Justicia en reciente providencia SL3123-2020, reitera que: *“(...) las indemnizaciones moratorias previstas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, proceden cuando en el curso del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta omisiva. Por ello, se ha dicho que es el juez quien debe adelantar el examen riguroso del comportamiento que aquél asumió en su condición de deudor moroso, además de auscultar la totalidad de los elementos de juicio aportados y, las circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de verificar si las justificaciones que presenta la defensa son razonables y admisibles(...)de la obligación de la parte demandada de aportar al juicio la documental de los pagos hechos al actor, no es demostrativa de una actuar de buena fe en relación con las sumas debidas, pues es deber de ella allegar las pruebas con las que pretenda desvirtuar las súplicas de la demanda; ahora, mucho menos aceptable es que se asuma, que por tener la convicción de haber pagado lo que se consideraba deber se libere de asumir las consecuencia legales por el cubrimiento deficitario de las obligaciones que tenía a su cargo(...)”*.

Haciendo un análisis minucioso en el caso específico que nos convoca, se determinó de manera acertada por parte del a quo, que por concepto de liquidación cesantías no se le adeudaba al extrabajador ningún valor, pues a folios 107 y ss., se encuentran las autorizaciones y solicitudes realizadas al el señor JOHANIS BRITO, con el fin de hacer el retiro de sus cesantías correspondientes a los años 2011 a 2017, también se encuentran desprendibles de nómina los cuales son necesarios para poder hacer las respectivas liquidaciones, pues con estos se establece el salario promedio devengado por el demandante, que es el que se debe tener en cuenta y no el básico para realizar las respectivas liquidaciones.

Revisados los anexos de la demanda y la contestación, se advierte a folios 16 y subsiguientes, comprobantes de pago de ciertos meses, así:

- Dieciocho (18) quincenas del año 2004

- Diecisiete (17) del 2005
- Doce (12) del 2006
- Siete (07) del 2007
- Tres (03) del 2008
- Ocho (08) del 2014
- Dieciocho (18) del 2015
- Veinte (20) de 2016 y
- Once (11) de 2017.

De lo anterior, encuentra la Sala que no se cuenta con los parámetros suficientes para determinar el salario promedio devengado por el actor, toda vez que, si bien con la demanda se allegaron unos comprobantes de pago, ellos no comprenden todos los meses laborados, y no se puede hacer cálculos al azar, atendiendo que el actor devengaba recargos nocturnos, dominicales y festivos, los cuales son variables, lo que hace imposible liquidar esta pretensión.

d) Procedencia de la indemnización moratoria consagrada en el Art. 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En el recurso de alzada, el profesional del derecho también ataca la indemnización por falta de pago referente a las prestaciones sociales, prevista en el artículo 65 en su numeral primero, el cual nos indica que: *“(...)Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, 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, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria (...), el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique. (...)”*.

De la pretranscrita disposición, se extrae la obligación para el empleador de consignar a la terminación del contrato de trabajo los salarios, así como las prestaciones sociales debidas, so pena de hacerse merecedor de la sanción consistente en un día de salario por día de retardo durante los primeros 24 meses, adicionalmente, a partir del mes 25 se generarán intereses moratorios hasta que se haga efectivo el pago.

Así mismo, nuestro máximo órgano de cierre ordinario laboral en jurisprudencia reciente ha reiterado que: *“(...) la imposición de la sanción derivada del no pago de salarios y prestaciones debe ser el resultado de un examen riguroso de la conducta del empleador. Además, por no proceder de manera automática, impone al juzgador la imperiosa tarea de valorar de manera exhaustiva los elementos de convicción allegados al proceso y, derivar de ello, si de la conducta del empleador se aprecian razones serias y entendibles para imponer o no la sanción en referencia (...)”*.

En este caso, se puede evidenciar que por concepto de salarios no se le adeuda nada al trabajador, ya que en todos los periodos de la relación laboral tanto la empresa y el mismo demandante aportaron pruebas documentales, que muestran efectivamente el pago de la liquidación⁵ con su comprobante de consignación bancaria⁶, salarios⁷ devengados y prestaciones sociales, por lo anterior no hay lugar a condenar a la empresa ASEOCOLBA por este concepto.

e) Indemnización por despido injusto:

El despido es una de las formas de terminación del contrato de trabajo que tiene su expresión en dos variantes, bien sea en su concepción propia de decisión unilateral del patrono o en su equivalente jurídico de razones que obligan al trabajador a terminar el vínculo, conocida como despido indirecto. Si la terminación es con justa causa, por parte del patrono o del trabajador, no hay lugar a reparación de perjuicios, pero sí cuando se da otro despido no amparado en una justa causa. Por ello, de antaño

⁵ Folio 88 Cuaderno Primera Instancia

⁶ Folio 89 Cuaderno Primera Instancia

⁷ Folios 129 - 130 Cuaderno Primera Instancia

la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de abril de 1972, ha establecido que de los modos de terminación del contrato laboral que consagra el artículo 61 C. S. del T., subrogado por el artículo 5° Ley 50 de 1990, sólo constituye despido el de su literal h), que preceptúa: “h) por decisión unilateral en los casos de los artículos 7° del Decreto-Ley 2351 de 1965, y 6° de esta ley.”.

Para comprender la noción de despido injusto, debemos precisar cuándo el despido es justo, para ello se transcribe el aparte siguiente: *“Para que pueda calificarse como justo el despido de un trabajador no solamente es indispensable motivarlo en causal reconocida por la ley, probar en juicio su veracidad, si hay litigio, sino cumplir de manera celosa las formalidades o ritos que para ciertos casos exigen las normas laborales. Si no se acredita el justo motivo, será ilegal intrínsecamente el despido. Y si no se han observado los procedimientos o requisitos que el legislador o la convención colectiva de trabajo prevén para ciertas hipótesis, el despido será formalmente ilegal aunque se haya inspirado en móviles legítimos.”* (C. S. J. Casación Laboral, sentencia del 17 de julio de 1986).

Tiene sentando la jurisprudencia laboral que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, correspondiéndole al empleador probar su justificación. De tal manera que para poder calificar como justo el despido de un trabajador solamente es necesario motivarlo en una causal reconocida por la ley, demostrar en juicio su veracidad, si hay litigio, sino también cumplir con las formalidades o ritos que para ciertos casos exigen las normas laborales; porque de no ser así, será ilegal el despido, como también cuando no se observan los procedimientos o requisitos que la ley prevé en algunos eventos.

En cumplimiento del mandato anterior, encontramos que la parte demandante demuestra con la prueba documental⁸ del expediente la notificación de la terminación del, aceptando la demandada este hecho en la contestación de la demanda⁹, argumentando y demostrando que el contrato de operación suscrito por ASEOCOLBA y la empresa CARBONES DEL CERREJÓN LIMITED tenía vigencia hasta el 31 de julio

⁸ Folio 13 Cuaderno Primera Instancia

⁹ Folio 84 Cuaderno Primera Instancia

de 2017¹⁰, es decir, que feneció la actividad contratada, por lo que resultaría imposible por parte de la demandada seguir con la vinculación laboral de su talento humano, porque el contrato para desarrollar labor ejecutada había terminado, más aún cuando en la cláusula adicional¹¹ al contrato de trabajo las partes pactaron que el contrato se extendería hasta que finalizara el contrato de prestación de servicios inicial o sus prorrogas suscrito entre la demanda y CARBONES DEL CERREJÓN. Por lo anterior, también se confirmará lo decisión tomada por el Juez de primera instancia referente a este punto.

f) De la consulta:

Dentro de las obligaciones procesales contempladas en el artículo 69 del CPT y de la SS es necesario revisar la sentencia en su integralidad, no obstante, el recurso de alzada ataca la existencia de la relación laboral, lo cual obligó a realizar examen completo de la declaración principal como era la existencia del contrato de trabajo, sanciones e indemnizaciones, liquidación de bonos y auxilio de transporte; en ese orden de ideas la consulta queda subsumida en la atención del recurso de apelación.

Por lo antes expuesto, teniendo en cuenta las pruebas aportadas al expediente, la normatividad vigente y los criterios jurisprudenciales aplicables a el caso en concreto, se confirmará la sentencia emitida por el Juez Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira en audiencia adiada veintiséis (26) de octubre de dos mil veinte (2020).

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **FALLA:**

¹⁰ Folio 93 – 105 Cuaderno Primera Instancia

¹¹ Folio 91 Cuaderno Primera Instancia

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 26 de octubre de 2020 por el Juez Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, en el asunto de la referencia, por lo considerado en la parte motiva del presente proveído

SEGUNDO: CONDENAR en costas procesales a la parte demandante en favor de la empresa ASEOCOLBA, regulando las agencias en derecho en este grado de conocimiento en la suma de un salario mínimo legal mensuales vigente (1 s.m.l.m.v.), conforme a las normas reglamentarias expedidas por el Consejo Superior de la Judicatura, valor que deberá incluirse en la liquidación concentrada según el artículo 365 del C.G.P.

TERCERO: Por la Secretaría de esta Corporación, **NOTIFICAR** en estado esta providencia.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado