



PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO

Magistrada Ponente

Riohacha, La Guajira, seis (06) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Discutida y aprobada en sesión virtual, según consta en Acta N° 066

Radicación N° 44-650-31-05-001-2019-00129-01 Proceso Ordinario Laboral. **JOSÉ GREGORIO MEJÍA CERCHAR** contra **COMUNIDAD EL CERREJÓN.**

Esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, HENRY CALDERÓN RAUDALES y PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO, quien preside en calidad de ponente, procede a proferir sentencia escrita conforme lo autoriza el decreto 806 de 2020 artículo 15 numeral 1°, norma acogida de forma permanente a través 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 interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandante, contra el auto que resolvió la excepción previa de prescripción proferido en audiencia de conciliación realizada el 16 de septiembre de 2020 y la sentencia dictada en audiencia pública verificada el dieciocho (18) de febrero de dos mil veintiuno (2021), por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira.

ANTECEDENTES.

1.1. La demanda.

Por intermedio de apoderado judicial, el señor JOSÉ GREGORIO MEJÍA CERCHAR, mediante apoderado judicial, instauró demanda Ordinaria Laboral contra la empresa COMUNIDAD DE EL CERREJÓN, representada legalmente por el señor JOAQUÍN ÁVILA PEÑA, o por quien haga sus veces, para que previos los trámites del proceso Ordinario Laboral, se declare que entre él y la empresa COMUNIDAD DE EL CERREJÓN, existió un contrato de trabajo a término indefinido, que inició el 23 de agosto de 2003 y terminó el 30 de enero de 2019 por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador; que como consecuencia de los anterior la demandada debe pagarle \$18.008.470 por indemnización, de acuerdo al art. 64 del C.S.T.; así

mismo solicita que le re liquide y pague las cesantías debidas correspondientes a los años 2003 al 2019; las primas debidas correspondientes a los años 2016, 2017, 2018 y 2019; parte de salario no cancelado correspondiente al periodo laborado en los años 2003 a 2019 por concepto de trabajo suplementario en horas extras, recargo nocturno dominicales y festivos; que se declare ineficaz el OTROSI del contrato de trabajo de fecha 28 de abril de 2014 porque desmejora los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador; que se declare invalida o ineficaz la transacción de fecha 28 de abril de 2014 porque se negociaron derechos que por constitución y ley son ciertos e indiscutibles; que le pague la Indemnización Moratoria contemplada en el Artículo 99 inciso 3 de la Ley 50 de 1990, por la consignación irregular de las Cesantías anuales a un fondo o cuenta individual a su nombre; que le pague las sumas que se demuestren en el proceso por concepto de sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por el pago irregular de las prestaciones sociales, por el no pago de salarios, la que debe extenderse a partir del 01 de febrero de 2019 a razón de \$74.476 diarios hasta el momento que se haga efectivo el pago y por último que se falle extra, ultra petita y costas del proceso.

Como pretensión subsidiaria solicita que en caso de que fracasen las pretensiones de indemnización por despido injusto y moratoria, se declare la ineficacia de la terminación del Contrato de Trabajo y se ordene consecuentemente a la empresa demandada pagar los salarios por el tiempo que permanezca cesante a partir del 1° de febrero de 2019, a razón de \$74.476 diarios, de acuerdo a lo descrito en el hecho 319 de la demanda.

2.2 EL AUTO APELADO

El a quo declaró parcialmente probada la excepción de prescripción al considerar que los extremos temporales que rigieron la relación laboral que se reclama corrieron desde el 23 de agosto del 2003 hasta el 30 de enero del 2019; así mismo, se advierte que el actor presentó reclamación al empleador el día 27 de marzo de 2019, tal como se advierte en el folio 946 del expediente, es decir, este hecho interrumpió la prescripción; luego entonces, y comoquiera que la demanda persigue la reliquidación y pago de un tiempo suplementario presuntamente laborado por el actor y no cancelado por el empleador, se tiene que este fenómeno operó parcialmente,

es decir, las horas extras y recargos, dominicales y festivos causados de agosto de 2003 al febrero de 2016 se encuentran prescritos por el paso inexorable del tiempo sin que se haya producido su reclamación. Ahora, comoquiera que en la demanda también se persigue la reliquidación de cesantías, y no obstante que el término de prescripción de esta prestación comienza a correr a la finalización de la relación laboral, lo cual ocurrió el 30 de enero del año inmediatamente anterior, lo que indicaría que no estarían subsumidas en este fenómeno; por principio general, la suerte de lo principal recae sobre lo accesorio y comoquiera que el pago deficitario de las cesantías radica en la parte del salario no cancelada en virtud del tiempo suplementario supuestamente no pagado, mal podría este funcionario reconocer la reliquidación y cancelación de unas cesantías teniendo en cuenta unas acreencias que se encuentran prescritas. En consecuencia, la reliquidación de las cesantías de los años 2003 al 2015 también quedó subsumida en el fenómeno extintivo y, por tanto, no es dable a estas alturas reclamar tales derechos. Por tanto, se declara parcialmente probada esta excepción.

2.3 RECURSO DE APELACION CONTRA EL AUTO QUE RESOLVIO LA EXCEPCION PREVIA DE PRESCRIPCION Y COSA JUZGADA.

El apoderado de la parte demandante manifestó: “ *El motivo de mi discordia, de mi diferencia aceptando también parcialmente la decisión del despacho es relativo a los argumentos que expone el administrador de justicia con referencia a la prescripción de los derechos, de las cesantías más bien del año 2003 al año 2014 manifestando el despacho que por estar prescritos los salarios de ese interregno laboral, por sustracción de materia también estaría prescrita las cesantías y este es un error de apreciación del despacho toda vez que aquí si bien se tomaron como base los salarios de ese interregno laboral y no se está pidiendo que se tenga en cuenta el pago o que se reclame el pago de su salario si no que se tenga en cuenta lo devengado en ese periodo del 2003 al 2015 para efectos de la liquidación de las cesantías para la cual no está prescrita, entonces sería algo injusto para el trabajador que el despacho acepte la disposición que establece la corte suprema de justicia con referencia a la no prescripción de los derechos laborales de ese interregno laboral pero intrínsecamente si se declare prescrito el derecho por cuanto según el parecer del despacho esos salarios se encuentran prescritos, la utilización de esos salarios se hace única y exclusivamente para efectos de*

cesantías para tener en cuenta efectivamente lo que devengó el sujeto activo el actor durante ese interregno esa prescripción que está haciendo de manera parcial el despacho mutila los derechos laborales que por ley y por disposición de la misma jurisprudencia de la sala laboral de la corte suprema de justicia él tiene derecho; entonces a mi humilde parecer señor juez este despacho se equivocó y puede modificar su decisión toda vez que vuelvo y repito la utilización del salario se hizo en este caso particular única y exclusivamente para tener en cuenta lo que tenía derecho el trabajador para efectos de las cesantías y con base a esa diferencia no salarial se solicita que se re liquide las cesantías, no se está solicitando o por lo menos en lo que acaba de manifestar el señor juez no se está solicitando que se tenga en cuenta o que le paguen los saldos por concepto de salario señor juez porque eso está claro y así se dispuso, si bien en la demanda se solicita que se cancele al trabajador estos salarios, nosotros aceptamos que evidentemente esos salarios como tales están prescritos pero la utilización del monto del salario para efectos de la liquidación final de las cesantías anuales del 2003 al 2014 2015 no debe tenerse como prescrito porque se estaría cercenando una prescripción que por disposición de la misma sala laboral de la corte suprema de justicia no está prescrita, aquí está prescrito el cobro la obligación del empleador de pagar el salario del trabajador durante ese interregno laboral pero ese cobro de ese salario no significa que ese mismo salario no puede utilizarse como fórmula aritmética para la liquidación y pago de las cesantías que se solicitan respetuosamente en la demanda, entonces señor juez usted no puede estar en contravía con lo que la misma corte suprema de justicia establece con referencia a la prescripción de las cesantías porque sería un contrasentido judicial de parte de su despacho. Creo que con referencia a la sustentación del recurso de reposición le doy argumentos facticos al despacho para que modifique su decisión y no declare prescritas las cesantías de los años 2003 al 2015 conforme lo dijo en su decisión al momento de resolver la excepción previa de prescripción toda vez que esas cesantías no están prescritas, o sea no se puede declarar en la primera parte de su decisión que no están prescritas y en la parte final declararlas prescritas porque vuelvo y repito es un contrasentido, eso va en contravía con lo que dispone la misma corte suprema de justicia en su sala de casación laboral y sería un error garrafal de parte del despacho que mutilaría aún más los derechos laborales a los cuales tiene derecho el actor”.

2.4 LA SENTENCIA APELADA

El Juez de conocimiento profirió sentencia en la que DECLARÓ que entre el demandante, señor JOSÉ GREGORIO MEJÍA CERCHAR y la COMUNIDAD DE EL CERREJÓN, existió un contrato de trabajo; declaró probada la excepción de Buena fe propuesta por la parte demandada; absolvió a la empresa COMUNIDAD DE EL CERREJÓN de las demás pretensiones formuladas en la demanda; condenó en costas a la parte demandante, y por último fijó agencias en derecho a favor de la demandada y contra el demandante en la suma de (\$908.526,00) M/L.

2.3 RECURSO DE APELACIÓN.

Intentando la revocatoria de la sentencia de primera Instancia, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión adoptada con los siguientes argumentos:

“...en primer lugar señor Juez, señores magistrados que son los que van a estudiar este recurso, manifiesto mi inconformidad con base en las formulas, en las cuentas, en la aritmética que utilice yo en la demanda, la cual se tuvo como base para liquidar los salarios por horas extras, recargos dominicales y festivos, independientemente del fenómeno de la prescripción que fue declarado como excepción previa por parte de este despacho en la primera audiencia y con referencia a los derechos no prescriptos, le solicito al honorable tribunal que revise, las formulas y las cuentas que hizo el suscrito teniendo en cuenta los años del 2016 en adelante; con referencia a los salarios que no le pagaron o no le reconocieron en debida forma, a mi representado en el año 2016, obsérvese señores magistrados que en el artículo 162 se pormenorizó lo que solicita la demanda con lo que realmente se pagó, se tiene en cuenta que en ese año el salario básico era de a esta suma teniendo en cuenta estos valores que allí aparecen consignados en este artículo, se fue pormenorizando quincena por quincena, y se hizo un paralelo entre lo pagado por la empresa que aparece en el finiquito de pago y lo que efectivamente recibió el trabajador en cada quincena, en ese paralelo que se hizo se tuvo en cuenta según lo que manifiesta el despacho le pago la empresa aparentemente y entre comillas, por adelantado al trabajador con base en lo entre comillas acordado, entre el empleador y el trabajador y que aparece consignado en otro si, en esas fórmulas vuelvo y repito se establecen en la demanda claramente, aparecen en las quincenas, se tuvo en cuenta lo pagado

por salario básico y lo pagado por quincena como aparentemente compensación por horas extras y trabajo nocturno, observamos que por lo menos en enero del 2016 hay una diferencia, haciendo un paralelo entre lo pagado por la empresa y lo que le favorece al trabajador, de 262mil pesos; yéndonos más adelante de ese año, en septiembre del año 2016 la empresa le reconoció al trabajador una suma de 235.350 pesos, y tenía derecho el trabajador, no porque yo lo diga sino porque se utilizaron las fórmulas del código sustantivo del trabajo para liquidar las horas extras, tenía derecho el trabajador a 591.564 pesos, es decir le deben al trabajador 356.214 pesos, en el hecho 27..... solamente le pagaron 235,350 pesos, teniendo en cuenta que era el valor fijo que le pagaban al trabajador entre comillas por compensación de horas extras, le deben 3.... no aparece pagado por que es que, independientemente de las fórmulas que haya establecido el empleador y que fueron acogidas por el juzgado de primera instancia, independientemente de eso lo que tiene que valorar el administrador de justicia, quien es protector por constitución y ley de los derechos del trabajador es, verificar si al trabajador se le motilaron o no sus derechos, si se les respetaron o no sus derechos, entonces por sentido común si yo, con base en unos documentos que me aportan la parte pasiva del proceso, unos finiquitos de pago, hago un paralelo y observo que a mi representado lo obligaron a pagar o le impusieron una jornada por encima de la ordinaria, el trabajo 4 horas diarias por encima de lo que tenía derecho a trabajar, yo hago un paralelo entre eso que no le pagaron, con lo que efectivamente le pagaron y me arroja una cifra, no entiendo porque, independientemente de los razonamientos técnicos que aparentemente tienen asideros jurídicos según la administración de justicia en primera instancia, no entiendo porque no salen esas diferencias, si la aritmética es igual o debería ser para mí y para la administradora de justicia, pero en este caso esa igualdad y esa similitud que tiene la matemática no operó en este caso, porque está favoreciendo al empleador sujeto pasivo en este proceso. En el hecho 275 de la demanda se hizo el paralelo, repito y se observa mes por mes, lo que le pago la empresa que es una suma fija, independientemente de lo que trabajara el empleado era fija, y lo que le dejo de pagar por trabajo suplementario, horas extras, dominicales y festivos, entonces se observa, que en ese año independientemente del fenómeno de la prescripción, le dejaron de pagar al trabajador la suma de \$4.461.362. En el año 2017 se vuelve aplicar la fórmula que aparece en todos los años y específicamente en el hecho 262

ahora en el hecho 269 para el año 2017; y se observa que en ese año, porque no voy a pormenorizar quincena por quincena porque se hace muy extenso el recurso, se observa que en ese año existe una diferencia a favor del trabajador que tiene sustento probatorio de la siguiente forma, una diferencia a favor, aparece en el hecho 293 le dejaron de pagar al trabajador la suma de \$6.580.637 ... por horas extras ... \$134.292, esa es una diferencia que no fue compensada por lo menos probatoriamente no veo esa compensación si el trabajador le ... y no hay prueba que demuestre que efectivamente hay una suma que compense ese pago de las horas extras, esa diferencia no se puede ir a las nubes tiene que imputársele a la acreencia laboral en cabeza de la parte activa del proceso entonces observamos que en el hecho 293 en resumen por todo ese año le dejaron de pagar \$6.580.637.

En el año 2018 se vuelve aplicar la misma fórmula y resumiendo observamos que en ese año le tienen que pagar las siguientes sumas, aparece en el hecho 311, al trabajador le dejaron de pagar la suma de \$6.360.829 estos cálculos aparecen pormenorizados en los diferentes hechos que anteceden al hecho 311 de ese año y ustedes señores magistrados pueden comparar si efectivamente lo que el suscrito está diciendo tiene o no asidero probatorio; que tiene que comparar? Lo que trabajo el trabajador, lo que le pago a la empresa y si existe o no existe diferencia no hacerlo de manera global como lo hizo el administrador de justicia en primera instancia si no hacerlo de manera quincenal como se debe hacer porque lo que tiene que lo que tiene que verificar el administrador de justicia es como al trabajador le pagaban quincenalmente si en cada quincena es un trabajo dispendioso si, lo sé lo reconozco, yo me demore más de un mes haciendo esta demanda pero hay que hacerlo porque si no se le mutilan los derechos al trabajador entonces que tiene que hacer el administrador de justicia, comparar si quincena por quincena, sí año por año le reconocieron o no le reconocieron el derecho que le asiste por ley al trabajador por pago de trabajo suplementario, entonces existe una diferencia a favor del trabajador de \$6.360.829, de donde saco yo entonces o sea si según el administrador en primera instancia el juez -Aquo, más bien en ese año al trabajador se le pagó en exceso entonces esos 6.360.829 de donde los saco yo porque hay tanta diferencia entre los cálculos que yo hago y los cálculos que hace el administrador de justicia si la matemática es una sola, lo que a mí me da, le debe dar a el uno más uno son dos y a él también si suma uno más uno deberían ser dos, no sé porque el razonamiento según los argumentos respetados por el suscrito pero no

compartidos, más bien el empleador le pagó en exceso al trabajador, una cosa absurda porque eso nunca se ve, que caso se ve en Colombia que un empleador le paga en exceso a un trabajador, yo por lo menos en los 16 años que tengo de estar litigando nunca he visto un caso de esos y si es en favor del demandante.

En el año 2019 se aplica la misma fórmula, entonces como existen unos salarios, unas sumas que están a favor del demandante que no fueron tenidas en cuenta porque son salarios para efectos de liquidar las prestaciones sociales como salario promedio entonces que tiene que hacer la corporación en segunda instancia, el tribunal verificar si existen o no existen esas sumas a favor del trabajador; como si existen, porque si existen, porque eso no me lo estoy inventando yo, todas las sumas que aparecen consignadas ahí tienen su sustento probatorio, documental, están ahí descritas, entonces como existen esas sumas a favor entonces se hace necesario que la administración de justicia en segunda instancia re liquide los salarios del año 2016 al año 2019 y verifique si incluyendo esos saldos que no fueron pagados y que tienen que ser tenidos en cuenta para re liquidar las prestaciones sociales, si existen o no existen a favor, diferencias en derecho a favor del trabajador ... esto o es así o no es así, esto es una ciencia perfecta vuelvo y repito, la matemática afortunadamente lo son, si uno por dos son dos, uno por dos son dos aquí en san juan, en santa marta, en Riohacha y en todas partes.

Entonces se hace necesario que la segunda instancia corrija este yerro que mutiló o no concedió más bien las pretensiones relativas a los hechos, la pretensión decima novena que tiene afincada su existencia a los hechos 262, 265, la pretensión vigésima que tiene su existencia afincada en los artículos 269 y 293, la pretensión vigésima primera que tiene su existencia afincada en los artículos 297, 311, y la pretensión vigésima segunda que tiene afincada su existencia en el artículo 315.

Ahora bien, como existen bajo la óptica objetiva, científica, aritmética del suscrito, existen saldos a favor del trabajador que no fueron tenidos en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, que existen saldos a favor por conceptos de salario que no fueron pagados, se hace necesario que se ordene con base en esta existencia el pago de las sanciones moratorias que ahora posteriormente voy a sustentar su solicitud para que en segunda instancia sea tenida en cuenta; el señor juez, decidió no declarar ineficaz o invalido el

otro si del contrato de trabajo, este es una pretensión que por lo menos así lo alcance a interpretar yo en la primera diligencia que fue cobijado por el fenómeno de la prescripción entonces era una pretensión que ni siquiera había necesidad de estudiar porque se había declarado que todos los hechos anteriores a abril del 2016 estaban prescritos entonces considera el suscrito que estos hechos con excepción de las cesantías que a continuación voy a sustentar porque el señor juez no tuvo en cuenta el estudio de esa pretensión vigésimo quinta de la demanda en ninguna parte se tuvo en cuenta esto, debió y eso es necesario que el administrador de justicia en segunda instancia tenga en cuenta la pretensión ... que es clara ya firme conocida por parte de la administración de justicia en ambas instancias que las cesantías prescriben a partir del momento de la terminación del contrato de trabajo, es a partir de ese momento y no de otro a diferencia de las otras prestaciones sociales que se tiene en cuenta el fenómeno de la prescripción.

Como se está solicitando la re liquidación de las cesantías de los años 2003 al 2017 y esta pretensión no está prescrita por cuanto vuelvo y repito, prescribe a partir de la terminación del contrato de trabajo, entonces se hace necesario que con base en los hechos 6,16, 17, 34, 35, 54, 55, 74, 75, 94, 95, 114, 115, 134, 135, 153, 154, 174, 175, 194, 195, 215, 216, 240, 241, 259, 260, 277, 278, 295 y 296 de la demanda se hace necesario que la administración de justicia en segunda instancia estudie el pago de las cesantías con base en los hechos expuestos y que ya fueron relacionados, porque esta fue una pretensión que no fue estudiada por el administrador de justicia.

No tuvo en cuenta el administrador de justicia tampoco que el empleador no tenía autorización por parte del ministerio del trabajo para exceder la duración de la jornada máxima de las 8 horas establecidas en la ley, no aparece dicha autorización por parte del ministerio y esto es una exigencia de carácter legal que tiene existencia o vigencia, orden mandato en el decreto 995 de 1968 artículo primero, que dice “ni aun con el consentimiento de los trabajadores ojo señores magistrados! Los empleadores podrán sin autorización especial del ministerio hacer excepciones a la jornada máxima legal de trabajo; entonces como no existe autorización por parte del ministerio de trabajo, en este caso no existe porque no aparece en el plenario resolución que demuestre lo contrario entonces se hace necesario que la administración de justicia en segunda instancia y con base en la demanda decrete ineficaz esos pagos y

esas aparentes acuerdos que hizo el trabajador esas compensaciones que aparentemente hizo el empleador con base en un pago adelantado que según el administrador de justicia en primera instancia tiene sustento en el código sustantivo del trabajo pero este fue un hecho que formalmente para que tuviera existencia legal tendría que cumplir ciertos requisitos para que el trabajador excediera la jornada máxima legal, tenía el empleador que hacerse acreedor del permiso que establece el decreto 995 de 1968 artículo primero.

Como la existencia de esta autorización no existe en el plenario entonces se hace necesario que la administración de justicia en segunda instancia decrete ineficaz todo acuerdo, decrete ineficaz esos pagos que se le hicieron al trabajador y re liquide las prestaciones sociales conforme al trabajo efectivamente realizado y no pagado al trabajador por horas extras, trabajo dominical y por festivos se hace necesario también señor que se re liquiden las prestaciones sociales de manera retroactiva y con base en esta reliquidación se ordene o se imponga más bien, la indemnización moratoria por el pago de deficitarios con déficit, con disminución por debajo de lo que tenía derecho al trabajador, teniendo en cuenta esto se hace necesario que se imponga la sanción moratoria con base en lo dispuesto en el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 que establece la existencia de la sanción moratoria por el no pago de las cesantías conforme a la ley y se ordene el pago de un salario diario por cada día de retardo razón de \$74.476 conforme se expuso en la pretensión vigésimo séptima de la demanda.

Señores magistrados, yo reconozco que existe un fenómeno legal así lo contempla la ley que es el de la prescripción pero el suscrito hizo un ejercicio en la demanda conforme a lo no pagado en los años 2003 al 2014 por concepto de cesantías y de salario por horas extras y resulta que en esos años, vuelvo y repito, cobijado por el fenómeno de la prescripción, a mi trabajador a mi representado le dejaron de pagar más de 40 millones de pesos por trabajo en horas extras y se le pretende o no se le pretendió pagar solamente la suma de 4 millones de pesos ¿será que eso es buena fe? ¿Sera que eso si es jurídicamente viable, aceptable, presentable? Yo pienso que no; entonces señores magistrados he sido extenso porque la demanda me obliga a ser extenso pero es necesario que ustedes, una corporación, estudien detenidamente esta demanda y verifiquen si efectivamente si existió o no acreencias a favor del trabajador como efectivamente se hizo, vuelvo y repito,

el administrador de justicia no estudio el pago de deficitarios de las cesantías en la sentencia se hace necesario que ustedes estudien eso con base en la pretensión cuarta de la demanda que aparece allí perfectamente discriminada, afincada en unos hechos que fueron leídos por el suscrito y pues que vuelvo a repetir 17, 35, 55, 75, 95, 115 y etcétera, léase la pretensión cuarta de la demanda y estudien si efectivamente existen o no derechos a favor por concepto de cesantías a favor del trabajador. Teniendo en cuenta esto señores magistrados o señor juez de primera instancia, solicito muy respetuosamente que se me conceda el recurso de apelación para que sea estudiado detenidamente en segunda instancia.”

CONSIDERACIONES

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.

2. Problemas jurídicos.

Se conoce el proceso en segunda instancia por apelación formulada por el apoderado judicial de la parte demandante, lo que otorga competencia al Tribunal para revisar únicamente los puntos de inconformidad expuestos por el apelante único respecto de la sentencia de primera instancia y del auto que resolvió las excepciones previas de prescripción y cosa juzgada.

En el presente caso no se discute la existencia de la relación laboral entre las partes y los extremos temporales, de manera que corresponde a la Sala dilucidar: 1) Si opero el fenómeno de la prescripción respecto de las prestaciones sociales reclamadas en la demanda. 2) Si hay lugar a re liquidar salarios y prestaciones sociales porque no fue tenido en cuenta por la demandada el trabajo suplementario durante el interregno laborado por el actor y 3) Si hay lugar al pago de la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

PRESCRIPCIÓN.

Los derechos laborales contemplados por el C.S.T. prescriben a los 3 años de haberse causado, luego, los derechos que adquiere un trabajador como producto de una relación laboral en los términos de dicho estatuto procesal, no son eternos sino que prescriben 3 años después de haberse causado o adquirido; así lo contempla el art. 488 del mismo código.

La prescripción implica la pérdida del derecho por parte del trabajador y la cesación de la obligación por parte del empleador, puesto que se pierde la oportunidad para reclamarlos judicialmente.

Ahora bien, en relación con la excepción de prescripción alegada por la parte demandada, debe advertirse que el art. 151 del C. P. T. consagra que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se cuentan desde la fecha en que la respectiva obligación se haya hecho exigible, término este que puede interrumpirse, hasta por un lapso igual, con el simple reclamo escrito del trabajador respecto de un derecho o prestación determinado.

Entonces, en el presente asunto se tiene que la relación laboral fue terminada el 30 de enero de 2019 y el actor presentó reclamación el 27 de marzo de 2019 (folio 946, cuaderno No2), de donde se tiene que este fenómeno operó sobre los derechos laborales causados con anterioridad al 27 de marzo de 2016, es decir, que efectivamente el actor tiene prescrito todas las prestaciones que van del 23 de agosto de 2003 al 27 de marzo de 2016, excepto las cesantías, concepto este que solo es exigible al momento de la terminación de la relación laboral.

Con todo, se precisa que tal como lo sostuvo el Juez de primera instancia en el asunto que se estudia no habría lugar a reliquidación de cesantías por el periodo comprendido por el fenómeno de la prescripción, atendiendo que el pago deficitario de las cesantías radica en la reliquidación del salario por el trabajo suplementario no pagado, por lo que no es procedente acceder al reconocimiento de la reliquidación de cesantías teniendo en cuenta unas acreencias que se encuentran prescritas. En consecuencia, la reliquidación de las cesantías de los años 2003 al 2016 también quedó subsumida en el fenómeno extintivo y, por tanto, no es dable a estas alturas reclamar tales

derechos, argumentos estos que conllevarán a la sala a confirmar el auto apelado sobre este particular, aclarándole al apoderado judicial de la parte actora que no se trata de declarar prescrito el derecho al pago de las cesantías, porque como se dijo en líneas anteriores las mismas son exigibles a la finalización de la relación laboral, sino que queda prescrito los factores que debieron tenerse en cuenta para re liquidar el concepto aludido.

Ahora entrara la Sala a estudiar la inconformidad del recurrente con la sentencia apelada.

TRABAJO POR TURNOS

Establece el artículo 165 del C.S.T. que cuando la naturaleza de la labor no exija actividad continua y se lleve a cabo por turnos de trabajadores, la duración de la jornada puede ampliarse en más de ocho (8) horas o en más de cuarenta y ocho (48) semanales, siempre que el promedio de las horas de trabajo calculado para un periodo que no exceda de tres (3) semanas, no pase de ocho (8) horas diarias ni de cuarenta y ocho (48) a la semana. Dicha ampliación no constituye trabajo suplementario o de horas extras.

Ahora, de acuerdo con lo previsto en el artículo 166 ibídem, también puede elevarse la jornada máxima legal de ocho (8) horas diarias y cuarenta y ocho (48) horas semanales, en aquellas labores que por razón de su misma naturaleza deben ser atendidas sin solución de continuidad, por turnos de trabajadores, pero en esos casos, las horas de trabajo no pueden sobrepasar las cincuenta y seis (56) semanales.

En este último caso, el artículo 4º del Decreto Reglamentario 995 de 1968 indica que cuando la actividad deba desempeñarse sin solución de continuidad durante los siete (7) días de la semana, lo debe ser por necesidades de orden técnico, situación que debe ser verificada por la Dirección Regional del Trabajo, o en su defecto por la Inspección del Trabajo del lugar.

EL CASO CONCRETO

No se encuentra en discusión en esta sede que entre el señor JOSÉ GREGORIO MEJÍA CERCHAR y LA COMUNIDAD DE EL CERREJÓN existió un contrato de trabajo a término indefinido, inicial desde el 23 de agosto de 2003 y el final el día 30 de enero de 2019, pues en virtud de un Otrosí de

fecha agosto 21 de 2009, se modificó el contrato a término fijo para en adelante convertirse en contrato a término indefinido (folio 1040), lo que es materia de estudio en esta sede inicialmente, se contrae en determinar cuál fue el horario de trabajo que cumplió el actor para realizar las actividades de supervisor de bascula al servicio de la demandada, pues el manifiesta que durante la relación laboral no le cancelaron las horas extras, recargo nocturno, dominicales y festivos laborados y para soportar esa afirmación, aportó las planillas del reporte de horas trabajadas (folios 830-920), en donde se evidencia los días y horas por el trabajadas. De esas planillas se lee que laboraba en una jornada de doce horas, diurnas o nocturnas, excediendo las ocho horas diarias previstas en la ley.

La parte demandada en su contestación aseveró que los cálculos efectuados por el demandante son infundados, toda vez que éste laboraba por turnos en los que no se computan horas extras sino recargos por trabajo nocturno, dominicales y festivos, explicando que estuvo sometido a la jornada establecida en el artículo 165 del C.S.T. para laborar turnos de 12 horas dentro de las cuales se encontraba incluida una hora de descanso para la toma de alimentos.

Ahora bien, se encuentra dentro del expediente un Otrosí al contrato de trabajo, colocada al reverso de dicho documento, en el que se consignó que las partes adicionan la cláusula cuarta del contrato así: *“en el evento en que el trabajador llegare a efectuar una labor que por su naturaleza no exija actividad continua, al tenor de lo dispuesto en el art. 165 del C.S.T., y éste se lleve a cabo por turnos, la jornada de trabajo podrá extenderse a más de ocho horas diarias o más de 48 horas semanales, sin que esta ampliación se considere labor suplementaria o de horas extras.”*

Se recepcionaron los testimonios de los señores de JORGE LUIS CARRILLO CERCHAR, quien afirmó haber sido compañero de trabajo del demandante habiendo comenzado y terminado el mismo año el contrato, y que fueron engañados por la empresa desde el momento que los contrataron respecto a las horas extras, que solicitaron su pago y nunca les dieron razón, agrega que una vez les dieron unos cuatro millones de pesos.

Así mismo el testimonio del señor, JORGE ELIECER ROMERO PÉREZ, quien manifestó haber laborado junto al demandante, que fueron contratados en el año 2003 y vienen reclamando unas horas extras desde

hace tiempo, que en el 2014 le reconocieron y les ajustaron el salario, afirma que no les pagaron el salario de ley, pues los contrataron para pagarles doce horas y no les pagaron lo que tenían derecho, toda vez que el turno era de seis a seis, continuamente se le hicieron reclamos por escrito a la empresa pidiendo las horas extras, se les decía que les iban a hacer el reajuste salarial, un aumento, agrega que el horario de trabajo era de tres días diurnos, tres nocturnos y tres de descanso y que nunca les pagaron las prestaciones completas porque el salario no era el correcto.

Igualmente el testimonio de la señora, MARTHA MOZO, quien le dijo al despacho que conoce al demandante quien tuvo un contrato con la Comunidad, empresa donde ella era contadora, afirma que la Comunidad siempre cancela en forma suficiente y amplia el salario de los trabajadores pagando lo justo, incluyendo dominicales y festivos, por lo que dice no saber la razón de la inconformidad del demandante, explica que ellos tenían turnos de doce horas de los cuales se incluía una hora de descanso, se les cancelaban los recargos a que hubiere lugar en las nóminas que se les cancelaban quincenalmente, aclara que el ajuste de la suma de \$4.000.000 fue un reconocimiento porque ellos alegaban que se les pagaba una suma inferior a la que pagaba el Cerrejón, los turnos eran seis días de trabajo en los que se laboraron once horas cada día y tres de descanso. Añade que ella como contadora hacía revisiones en forma aleatoria sin hallar diferencias que hubiera que reconocer al empleado, que le consta que la empresa realizó un acuerdo en el año 2014 con los empleados, consistente en que se les cancelaba una suma para cobijar los recargos, independiente de si los trabajaba o no, ella objetó ese acuerdo porque se les cancelaban los recargos cuando no trabajaban, por ejemplo en vacaciones, con bascula detenida, y en los cálculos efectuados nunca hubo diferencia.

Ahora, de conformidad con lo establecido en el artículo 165 del C.S.T., cuando se preste el servicio por turnos, como en el presente caso, el horario de trabajo se puede ampliar más allá de las 8 horas diarias y 48 semanales, sin que haya lugar al pago de trabajo suplementario o de horas extras, siempre que el promedio de las horas de trabajo calculado para un periodo que no exceda de tres semanas, no pase la jornada máxima legal (48 horas semanales), sin embargo, en la forma en la que el señor José Gregorio Mejía Cerchar lo hacía mensualmente, excedía la jornada máxima legal, pues indistintamente de si prestaba el servicio en el turno de 6:00 am a 6:00 pm

o en el de las 6:00 pm a 6:00 am, el cálculo de las 3 semanas arroja un total muy superior a las 144 horas máximas que constituyen el tope que respeta ese promedio, pues nótese que en el transcurso de las tres semanas laboraba en algunos casos, un total de 156 horas.

Revisado en su conjunto el material probatorio existente dentro del proceso, se tiene que existe un periodo afectado por el fenómeno de la prescripción (23 agosto de 2003 a 27 de marzo de 2016), sobre el cual no se pronunciara la Sala. Así las cosas, para dilucidar el problema planteado, toma en cuenta el Despacho que desde 27 de marzo de 2016 al 30 de enero de 2019, el trabajador laboró en jornadas de doce horas, en turnos de tres días de día, tres de noche y tres de descanso, por lo que se procederá a darle aplicación al art. 165 citado, verificando que el tiempo trabajado en un periodo de tres semanas no exceda el máximo permitido por la ley.

Ahora bien, analizadas las planillas de tiempo laborado se observa lo siguiente: En el mes de Marzo de 2016 el actor laboró 12 horas extras, en Abril 12, en Mayo 24, en Junio 0, en Julio 60, en Agosto 12, en Septiembre 57, en Octubre 0, en Noviembre 60, en Diciembre 0, para un TOTAL de 237 horas extras laboradas en ese año.

En el año 2017 laboró horas extras, así: Enero 12, Febrero 36, Marzo 36, Abril 36, Mayo 72, Junio 24, Julio 36, Agosto 36, Septiembre 36, Octubre 36, Noviembre 36 y Diciembre 0, para un TOTAL de 396.

En el año 2018, laboró horas extras, así: Enero 12, Febrero 36, Marzo 36, Abril 36, Mayo 24, Junio 12, Julio 60, Agosto 0, Septiembre 48, Octubre 12, Noviembre 0, Diciembre 24, para un TOTAL de 300 horas.

Y en enero de 2019 laboró 36 horas extras.

La Honorable Corte Suprema de Justicia se ha referido a este tema de la siguiente manera:

“En todo caso, para la Corte el Tribunal decidió la controversia correctamente, porque aunque el artículo 165 brinda al empresario la posibilidad de flexibilizar la jornada de trabajo de modo que pueda implementar jornadas que superen las 8 horas diarias o las 48 horas semanales, sin que esto constituya trabajo suplementario, siempre que al computar el tiempo total laborado durante un período máximo de tres semanas éste no rebase lo

establecido en el artículo 161 del CST, ello no significa que en aquellos casos en que lo exceda no haya lugar al pago de horas extras, pues lo que en rigor ocurre es que la organización del trabajo que se acreditó en este proceso no se beneficia de las ventajas que ofrece al empleador aquella norma, lo que impone entonces la aplicación del régimen ordinario y el pago del trabajo adicional como lo dispone el artículo 168 ibídem.

Ahora bien, dice el recurrente que el razonamiento del Tribunal lleva a excluir unas 4 horas extras semanales, pero la Corte no comparte ese planteamiento porque efectivamente tres semanas equivalen 144 horas de trabajo; por ende, las horas que excedan ese límite deben tenerse como tiempo suplementario y como el Tribunal así procedió, no pudo incurrir en ninguna infracción". Sentencia del 6 de marzo de 2009, M.P. CARLOS ISAAD NADER.

Dilucidado lo anteriormente expuesto por nuestro órgano de cierre, tenemos que para efectos de liquidar las horas extras, se dividen las obtenidas en los cálculos anteriores, en partes iguales para extras diurnas y nocturnas; es decir, que en el año 2016 se causaron 119 horas extras diurnas a razón de \$583.471 y 118 nocturnas por \$809.996; en el año 2017 198 diurnas por valor de \$1.038.776 y 198 nocturnas a razón de \$1.454.286; en el año 2018 150 diurnas \$834.168 y 150 nocturnas por \$1.167.836 y en el año 2019 18 diurnas por \$100.100 y 18 nocturnas por \$140.140.

Además luego de realizar las correspondientes operaciones aritméticas para liquidar el pago de recargos nocturnos, dominicales y festivos, tenemos que en el año 2016 laboró 34 dominicales y festivos (19 diurnos y 15 nocturnos) que le representan \$1.447.402, en el 2017 43 (22 diurnos y 21 nocturnos) que ascienden a una suma de \$1.994.449, en el año 2018, 37 (16 diurnos y 21 nocturnos) que dan un total de \$1.873.876 y en el 2019, 4 (2 diurnos y 2 nocturnos) que ascienden a \$197.530; por recargo nocturno se causaron en el año 2016 88 turnos en jornada nocturna que dan 657 horas que arrojan una suma de \$901.978; en el 2017 104 turnos de 936 horas que representan \$1.374.961, en el 2018 87 turnos con 783 horas y una suma de \$1.219.221 y en el año 2019 12 turnos que dan 108 horas y una suma de \$168.168.

Entonces, *tenemos que en el año 2016 la empresa debió pagar al actor \$583.471 por horas extras diurnas, \$809.996 horas extras nocturnas, \$1.447.402 por dominicales y festivos y \$901.978 por recargo nocturno para*

un total de \$3.742.847; y le pagó \$3.969.570, por lo que pagó en exceso \$226.723.

En el año 2017 debió pagar al actor \$1.038.776 por horas extras diurnas, \$1.454.286 horas extras nocturnas, \$1.994.449 por dominicales y festivos y \$1.374.961 por recargo nocturno para un total de \$5.862.472 y le pagó \$5.642.760, por lo que le debe \$219.712

En el año 2018 debió pagar \$834.168 por horas extras diurnas, \$1.167.836 horas extras nocturnas, \$1.873.876 por dominicales y festivos y \$1.219.221 por recargo nocturno para un total de \$5.095.101; y le pagó \$5.959.867, por lo que pagó en exceso \$864.766.

En el año 2019 debió pagar \$100.100 por horas extras diurnas, \$140.140 horas extras nocturnas, \$197.530 por dominicales y festivos y \$168.168 por recargo nocturno para un total de \$605.938; y le pagó \$533.870, por lo que le debe \$72.068.

En conclusión, se obtiene que la Comunidad del Cerrejón pagó al actor por tiempo suplementario en los años 2016 y 2018 una suma superior a la devengada y en los años 2017 y 2019 una inferior, siendo lo pagado en exceso superior a lo adeudado; por lo que considera la sala que no se lesionaron los derechos irrenunciables del trabajador con el aludido Otrosí, y por tanto, no prosperara esta pretensión.

Sobre este tema, tal como lo manifestó el juez de primera instancia, la honorable Corte Suprema de Justicia en decisión del 6 de noviembre de 2008, Radicación N° 33786 M.P. DR. LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ, dijo:

“A contrario de lo que asevera el recurrente de que “a partir del 1° de Enero de 1985 no se convino ningún valor para remunerar dicho trabajo suplementario” refiriéndose a la labor en horas nocturnas y en dominicales o festivos, es comprensible entender como lo hizo el Tribunal, que no había necesidad de repetir para cada año lo dicho en la cláusula principal del acuerdo, en la medida que en los términos convenidos en la adición del contrato de trabajo, queda al descubierto que la intención de las partes fue la de que ese trabajo nocturno se pagara anticipadamente y estuviera incluido dentro del salario devengado, lo que se acopla al contenido de los cánones 1,

23, 24 y 55 del Código Sustantivo del Trabajo, en consonancia con los artículos 1603 y 1618 del Código Civil.

Por consiguiente, la circunstancia de que a partir del año 1985 no se hubiera discriminado en el documento contractual, los valores que representaban tanto la asignación básica como la adicional que cubría el recargo nocturno, no significa necesariamente que haya desaparecido lo atrás convenido, y por tanto es perfectamente atendible el convencimiento del Tribunal con fundamento en la libre apreciación de las pruebas que se deriva del artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, de que el acuerdo de voluntades a que llegaron las partes en el año 1980 siempre se conservó en virtud de que éstas nunca convinieron lo contrario.... De acuerdo con lo probado, no queda duda que entre las partes se convino de antemano la forma de remuneración del trabajo suplementario, dominical, festivo y nocturno; que por ser el empleador una agencia de noticias, operaba las 24 horas del día de manera continua; que los redactores en ella para la época en la ciudad de Bogotá, D.C., eran cuatro y ellos mismos se rotaban los turnos según sus conveniencias; que como consta en las respectivas planillas de liquidación de prestaciones sociales, al actor se le pagaba una prima por esos conceptos; y que el empleador no reconocería ningún trabajo suplementario, salvo y como excepción, que se autorizara por escrito previamente o se avisara inmediatamente, si que de esto último exista constancia en el expediente. No está prohibido, luego está permitido, pagar en forma anticipada junto con el salario básico el recargo nocturno por eventual trabajo en tales horas como se convino en este evento, acuerdo de voluntades por lo demás lícito que no viola ningún derecho fundamental.”

DE LA RE LIQUIDACIÓN DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES.

En lo que respecta a la re liquidación de prestaciones sociales, se tiene que al haberse declarado probada parcialmente la excepción de prescripción, la sala solo abordara el estudio de esta pretensión, en lo referente al periodo comprendido del 27 de marzo de 2016 al 30 de enero de 2019.

Así las cosas, una vez revisadas las planillas de pago que fueron anexadas al acervo probatorio, se corrobora que la demandada cancelo al trabajador las siguientes sumas:

CESANTIAS	INTERESES
2016: \$1.412.100	2016: \$169.452

2017: \$1.510.948	2017: \$181.314
2018: \$1.601.606	2018: \$190.178
2019: \$133.467	2019: \$1.335

PRIMA DE SERVICIOS
2016: \$1.412.100
2017: \$1.492.710
2018: \$1.535.292
2019: \$133.467

Entonces, procedió la sala a promediar el salario anual del trabajador teniendo en cuenta los factores reclamados evidenciándose que el salario promedio de 2016 corresponde a \$1.345.417, en 2017 \$1.452.188, en 2018 \$1.512.627 y en 2019 \$1.601.606; por lo que las prestaciones sociales re liquidadas arrojaron los siguientes valores:

CESANTIAS	INTERESES
2016: \$1.020.274	2016: \$92.164
2017: \$1.452.188	2017: \$174.262
2018: \$1.512.627	2018: \$181.515
2019: \$133.467	2019: \$1.335

PRIMA DE SERVICIOS
2016: \$1.020.274
2017: \$1.452.188
2018: \$1.512.627
2019: \$133.467

Así las cosas, concluye la sala que nada se le adeuda al trabajador por concepto de prestaciones sociales y trabajo suplementario; pues tal como se detalló en líneas anteriores la empresa demandada cancelo al trabajador dichos factores en debida forma, incluso pago de más como se logró constatar al momento de realizar las respectivas operaciones aritméticas. Por lo anterior, no le resta más a la sala que confirmar la sentencia datada 18 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar

Finalmente, al no haber prosperado las pretensiones encaminadas a la reliquidación de prestaciones sociales y pago de trabajo suplementario, se abstiene la sala de abordar el estudio de las indemnizaciones deprecadas en la demanda y consagradas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990.

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:**

PRIMERO: CONFIRMAR el auto apelado del 16 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira, por lo expuesto en los considerandos de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de San Juan del Cesar, La Guajira el 18 de febrero de 2021, en el asunto de la referencia, por lo expuesto en los considerandos de este proveído.

TERCERO: COSTAS en segunda instancia a cargo de la parte demandante. Fíjense agencias en derecho en la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente.

CUARTO: NOTIFICAR por estado esta providencia.

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO
Magistrada Ponente

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ
Magistrado
Con ausencia justificada

Firmado Por:

Paulina Leonor Cabello Campo
Magistrado
Sala 001 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Henry De Jesus Calderon Raudales
Magistrado
Sala Despacho 003 Civil Familia Laboral
Tribunal Superior De Riohacha - La Guajira

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **085fe51bc645a5aa40d63f5acd83bfcdbe3dd3e9bd08b581dc8cf006a9542d4c**

Documento generado en 06/12/2022 04:35:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>