El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría.

Providencia: Sentencia del 22 de abril de 2016

Radicación No.: 66001-31-05-003-2013-00314-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Alejandro Crosthwaite Restrepo

Demandado: Asservi Ltda y Aseo Plus S.A. E.S.P.

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema: :**

carga de prueba DEL RECARGO NOCTURNO/ Deber de la parte interesada de acreditar el horario amparado por el recargo

“(…) el demandante, debía demostrar sin lugar a dudas que efectivamente su jornada laboral empezaba a las 5:00 a.m y por ende al trabajar una hora con recargo nocturno, sus prestaciones debían ser reliquidadas incluyendo el emolumento reconocido. Por lo tanto, al no cumplir el actor con su deber, no puede el togado recurrente trasladar su responsabilidad a la funcionaria de primera instancia, al alegar que esta última no hizo uso de las facultades ultra y extra petita de las que está revestida para decretar oficiosamente las pruebas que demuestren la veracidad de sus afirmaciones y así obtener una sentencia a su favor.”

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: Ana Lucía Caicedo Calderón

Acta No. \_\_\_\_

(Abril 22 de 2016)

Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las \_:\_ a.m. de hoy, viernes 22 de abril de 2016, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Alejandro Crosthwaite** en contra de **Asservi Ltda** y **Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Aseo Plus S.A. E.S.P.**

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los fundamentos de los argumentos expuestos en las alegaciones se tuvieron en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el día 24 de noviembre de 2014.

**PROBLEMA JURIDICO A RESOLVER**

En el sub-lite queda por fuera de discusión la existencia del contrato de trabajo a término indefinido que ató a al demandante con Asservi Ltda, los extremos de tal relación laboral y las funciones desempeñadas por el trabajador. Así, de acuerdo al esquema del recurso de apelación, el problema jurídico se contrae a verificar la jornada laboral desempeñaba y si está genera recargo salarial a favor del demandante que pueda influir en la liquidación de sus prestaciones sociales.

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

Asevera el demandante, en lo que estricto rigor interesa al recurso de apelación, que entre agosto 1° de 2010 y septiembre 20 de 2012, prestó sus servicios personales como conductor de un camión de basuras de la empresa de Aseo Plus S.A. E.S.P., y que la empresa ASSERVI S.A., por su parte, se encargó, única y exclusivamente, de efectuar el pago de sus salarios y demás emolumentos derivados de la relación laboral.

Indica igualmente, que sus tareas laborales arrancaban todos los días a las 5:00 de la mañana, de lunes a sábado, y que jamás la empresa le reconoció el recargo nocturno por la prestación de sus servicios entre las 5:00 y las 6:00 A.M. y tampoco le entregó el vestido y calzado de labor.

En virtud de lo anterior, reclama el pago de los recargos nocturnos y el consecuente pago de las sumas de dinero resultado de la re-liquidación de sus prestaciones sociales (vacaciones, cesantías, interés y primas); la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., desde la finalización del vínculo laboral y hasta la fecha del pago efectivo de la condena, lo mismo que el pago de la dotación.

La empresa de ASEO PLUS S.A. E.S.P. se opuso a las pretensiones, indicó que jamás empleó al demandante, y que el contrato de trabajo objeto del proceso, tal como se demuestra con los distintos documentos obrantes en el plenario, lo celebró el señor Crosthwaite con la empresa ASSERVI S.A. y no con ella.

Por su parte, la sociedad ASSERVI S.A., a través de apoderado judicial, aceptó los extremos de la relación laboral aducidos en la demanda, y señaló que entregó oportunamente la correspondiente dotación de trabajo al demandante y que, contrario a lo planteado en la demanda, el recorrido del camión de basuras conducido por el actor iniciaba a las 6:00 A.M., en razón de lo cual no tiene fundamento alguno el reclamo de recargos nocturnos y mucho menos la re-liquidación de salarios y prestaciones sociales.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

En sede de primera instancia, la jueza indicó que la relación laboral que existió entre el demandante y la empresa ASSERVI S.A. estuvo vigente entre el 16 de abril de 2010 y el 15 de septiembre de 2012. Por otro lado, absolvió de toda responsabilidad a la codemandada EMPRESA DE ASEO PLUS S.A., dado que no fue quien contrató al demandante y no era quien le daba las órdenes laborales.

En relación a los específicos reclamos económicos enumerados en la demanda, con apoyo en la declaración del señor JAIME VILLEGAS POSADA, absolvió de todas las pretensiones a la empresa empleadora, al encontrar que el camión de basuras conducido por el actor, empezaba su ordinario recorrido a las 6:00 A.M., tal como lo evocó el precitado declarante, lo cual se opone a lo que afirmó el demandante en el escrito de la demanda, en la que señaló que la jornada empezaba a las 5:00 A.M.

Asimismo, en lo que corresponde a la dotación (vestido y calzado de labor), concluyó la funcionaria judicial, que al demandante le fue efectivamente entregada, toda vez que su propia madre indicó que su hijo utilizaba unas camisas de color azul claro que le entregaban para cumplir sus actividades, lo cual corresponde con lo recordado por el señor Villegas Posada al referir que el actor vestía una camisa azul clara o amarilla con el logo de la empresa y unas botas con punteras metálicas, mismas que no utilizaba porque le incomodan a la hora de conducir el vehículo.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

La alzada es promovida por el apoderado judicial del demandante, quien argumenta que pese a sustentarse la decisión recurrida en las declaraciones de los testigos, debe considerarse que el horario laboral es diferente para el operario y el conductor, pues para este último la jornada laboral comienza al recoger el vehículo en el parqueadero y no cuando llega al colegio La Salle.

En ese entendido, solicita que la decisión de primera instancia sea revocada, por cuanto la Jueza omitió hacer uso de sus facultades ultra y extra petita para solicitar pruebas de oficio que sustentaran las peticiones de la demanda.

1. **CONSIDERACIONES**
   1. **CASO CONCREO**

Tal como quedó establecido desde la determinación del problema jurídico que deberá resolver esta Corporación, es necesario referirnos al material probatorio obrante en el plenario para determinar el horario en el que el señor Alejandro Crosthwaite Restrepo desempeñaba sus funciones como conductor para la empresa Asservi Ltda, propiamente el inicio de la jornada laboral; para lo cual se evidencia que tan solo la prueba testimonial compuesta por las declaraciones de Luz Inés Restrepo Crosthwaite y Jaime Villegas Posada, madre y compañero de trabajo del demandante respectivamente, arrojan luz sobre el aspecto referido y por tanto se analizará cada una de las intervenciones.

En primer lugar, la señora Luz Inés Restrepo Crosthwaite, en su calidad de madre, manifestó que fue testigo directa de que su hijo, el aquí demandante, diariamente se despertaba a las 4:30 am, con el propósito de salir de su casa a desempeñar sus labores como conductor del camión de basuras a cargo de la empresa Asservi Ltda. No obstante, al responder las preguntas del Despacho sobre aspectos puntuales como las fechas en las que ocurrieron los hechos narrados en la demanda, aseguró no recordarlas y que su conocimiento sobre los pormenores de las actividades laborales de su hijo se limitaban a lo que le escuchaba decir a él cuando estaba en su casa, pues en ningún momento lo acompañó en sus recorridos.

Por otra parte, el señor Jaime Villegas Posada, quien en contraposición de la primera de las declarantes fue concreto en la señalización de horarios, lugares, recorridos e incluso aproximación de las fechas, adujo que al ser compañero de trabajo del demandante y cubrir junto con él las recorridos del camión de basuras, compartía a plenitud sus jornadas laborales, desde que éstas empezaron a desarrollarse a las 6 am de lunes a viernes, situación que aconteció durante los últimos 5 o 6 meses en que el prestó sus servicios para Asservi Ltda. en el año 2012, y dentro de las cuales cubrían los días martes y jueves un recorrido que incluía el colegio La Salle y que era el único recorrido en el que debían empezar su jornada 10 minutos antes, esto con el fin de terminar la recolección en la institución educativa antes que llegaran los alumnos.

De los dichos de los declarantes anteriormente reseñados es posible para la Sala extraer las siguientes conclusiones:

1. La señora Luz Inés Restrepo Crosthwaite es veraz en afirmar la hora en que su hijo empezaba el día, pues tal información pudo ser plenamente por ella observada al compartir residencia con él. No obstante, tal como ella lo manifestó, no puede dar certeza de las actividades del demandante una vez abandonaba su hogar, lo que debía ocurrir en algún momento con posterior a las 4:30 am que se despertaba y antes de las 6 am que iniciaba el recorrido.
2. Resulta contradictorio que la madre del actor recuerde con exactitud horarios tales como la salida de su hijo y su llegada, más no puede hacer lo mismo con las fechas en que cumplía esos horarios, pues ni siquiera ofreció un aproximado al Despacho.
3. El señor Jaime Villegas Posada y su otro compañero en la recolección de basuras, eran los únicos que tenían conocimiento directo de la actividad desarrollada y el inicio de la misma, la cual sin lugar a duras ocurría los días lunes, miércoles y jueves a las 6 am, cuando se encontraban en el parqueadero para recoger el camión y los restantes martes y viernes –*cuando cubrían la ruta del colegio La Salle*- se adelantaba unos minutos para llegar a tiempo a la institución.

En consecuencia, de la actividad probatoria desplegada por las partes no es posible determinar que el demandante prestó sus servicios en un horario que le generara un recargo salarial que afectara la liquidación de sus prestaciones sociales, quedando tan solo un interrogante para la Sala sobre las actividades en qué ocupaba su tiempo el señor Alejandro Crosthwaite una vez salía de su casa después de las 4:30 am y hasta las 5:50 am, cuando se encontraba con sus compañeros de trabajo al recoger el camión de basuras en el parqueadero para iniciar su recorrido; duda que el demandante no procuró disipar, toda vez que su madre, como una declarante que acudió al despacho por su parte, no da cuenta de esa situación.

Finalmente, se advierte que de acuerdo a la regla general en materia probatoria consagrada en el artículo 177 del código de procedimiento civil, es deber de la parte interesada demostrar el supuesto de hecho para generar el efecto jurídico que se persigue, y en este caso el demandante, debía demostrar sin lugar a dudas que efectivamente su jornada laboral empezaba a las 5:00 a.m y por ende al trabajar una hora con recargo nocturno, sus prestaciones debían ser reliquidadas incluyendo el emolumento reconocido. Por lo tanto, al no cumplir el actor con su deber, no puede el togado recurrente trasladar su responsabilidad a la funcionaria de primera instancia, al alegar que esta última no hizo uso de las facultades ultra y extra petita de las que está revestida para decretar oficiosamente las pruebas que demuestren la veracidad de sus afirmaciones y así obtener una sentencia a su favor.

Colorario de todo lo expuesto, deviene la confirmación de la sentencia de primera instancia. En vista de que el recurso no prosperó se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, en favor de las entidades demandadas, las cuales se liquidaran por la Secretaria del Juzgado de origen, de conformidad con el artículo 366 del Nuevo Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2014 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **Alejandro Crosthwaite Restrepo** encontra de **Asservi Ltda** y **Aseo Plus S.A. E.S.P**.

**SEGUNDO.- CONDENAR** en costas a la parte demandante en favor de las demandadas. Liquídense por la Secretaria del Juzgado de origen de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

**Notificación surtida en estrados. Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ DE LA MAÑANA, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**JAIR JOHAN JACOME OROZO**

Secretario Ad-Hoc.