El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 02 de febrero de 2017*

***Radicación No****:**66001-31-05-003-2014-00584-01*

***Proceso****:* *Ordinario Laboral – Revoca parcialmente sentencia que negó las pretensiones*

***Demandante****: Jair Orlando Monsalve Muñoz*

***Demandado:*** *Hotel de Pereira S.A.*

***Juzgado de origen****: Tercero Laboral del Circuito de Pereira.*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: CONTRATO A TÉRMINO FIJO INFERIOR A UN AÑO. PRÓRROGAS.*** *Es clara la regla condensada en el texto legal referido [art. 46 C.L.], permitiendo que en los contratos a término fijo, cuya duración inicial se hubiere pactado en menos de un año, solamente puedan existir tres prorrogas iguales o inferiores y, una vez superado ese número de prolongaciones, las sucesivas deberán ser como mínimo de un año, sin que ello implique en momento alguno la variación de la modalidad contractual (término fijo), pues para ello, es indispensable que las mismas partes se encarguen de fijar una nueva forma de contratación de manera expresa.* ***PRUEBA DE HORAS EXTRAS.***  *Probatoriamente, cuando un trabajador alega haber prestado sus servicios por fuera de la jornada legal y que los mismos no se le remuneraron o que se hizo en forma deficitaria, es su deber traerle al Juez los elementos de convicción necesarios que le permitan adquirir la absoluta certeza sobre las jornadas suplementarias, al punto que deba entrar el operador jurídico únicamente a fijarles el valor de conformidad con la ley.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los dos días (02) días del mes de febrero de dos mil diecisiete (2017), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), reunidos en el recinto de Audiencia los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, Sala de Decisión No. 03, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de marzo de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Jair Orlando Monsalve Muñoz*** contra ***Hotel de Pereira S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado para alegar en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que la parte actora pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo que lo ató a la sociedad demandada entre el 08 de marzo de 2000 y el 07 de julio de 2001 y que, como consecuencia de lo anterior, se condene a ésta a reconocer y pagar las diferencias por concepto de recargos nocturnos y horas extras, así como el reajuste de las prestaciones sociales causadas a lo largo de la relación laboral, los aportes a la seguridad social y las indemnizaciones respectivas. Igualmente pretende que se declare que la terminación del contrato fue injustificada y que se debe cancelar la indemnización correspondiente.

Como sustento fáctico de tales pedidos, se relata que el demandante prestó sus servicios en las instalaciones del Hotel Pereira S.A., que desarrolló labores relacionadas a la cocina en el cargo de jefe de partida, que tal labor la desarrolló de manera ininterrumpida entre el 08 de marzo de 2000 hasta el 07 de julio de 2011, en virtud de un contrato de trabajo a término fijo de cuatro meses, el cual se prorrogo por ese mismo lapso por dos ocasiones más y así sucesivamente hasta el momento de terminación, que el día 03 de junio de 2011 la empresa le comunicó al actor que su contrato vencia el 07 de julio de 2011 y que no sería prorrogado, que el último salario devengado era de $794.000 más el auxilio de transporte, que las labores se desarrollaban en el horarios establecido por el empleador, que el actor regularmente inciaba labores a las 3.30 p.m. y las mismas se extendían hasta la 1.00 a.m., 1.30 a.m. o 2.00 a.m., pues no existía regularidad en el horario de salida y que tal tiempo no se remuneraba por el empleador y que se le adeudan varias horas extras y recargos nocturnos, así como el rea juste de prestaciones sociales y aportes a pensión.

Admitida la demanda se dio traslado a la sociedad demandada la cual allegó respuesta por apoderado judicial, en el que aceptó la prestación del servicio, los extremos en que se prestó el mismo, el salario devengado, la existencia de un contrato de trabajo, aunque haciendo precisiones respecto a las prórrogas y el preaviso para la terminación del contrato y negó los restantes. Frente a las pretensiones de la demanda no se opuso a la declaratoria del contrato de trabajo, pero si a las restantes. Formuló como medios de excepción los de “Inexistencia del despido del demandante”, “Inexistencia de la obligación de pagar indemnización”, “Confesión hecha por el apoderado sobre el preaviso”, “Inexistencia de la obligación de pagar horas extras y recargos nocturnos”, “Inexistencia de la obligación de pagar reajuste de prestaciones sociales, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones”, “Inexistencia de la obligación de pagar sanción moratoria. Buena fe”, “Pago” y “Prescripción”.

 ***II.******SENTENCIA DEL JUZGADO***

La Jueza de primera instancia, agotadas las etapas correspondientes, dictó fallo en el que negó las pretensiones demandadas. Para arribar a tal conclusión, analizó en primer momento lo tocante a la modalidad del contrato de trabajo, encontrando que el mismo es uno a término fijo, al tenor del artículo 46 del Código Laboral, pues inicialmente se pactó por el término de cuatro meses, del 08 de marzo de 2000 al 07 de julio de esa misma anualidad, posteriormente las partes pactaron dos prórrogas por idéntico tiempo, hasta el 07 de noviembre de 2000 y hasta el 07 de marzo de 2001, obrando una tercera prorroga por ese mismo lapso, hasta el 07 de julio de 2001 y prorrogándose allí por lapsos iguales a un año, los cuales iban hasta cada 07 de julio, siendo el hito final el 07 de julio de 2011, calenda para la cual, el empleador con la antelación exigida por el legislador, aviso la no prórroga del convenio laboral. De lo anterior, concluye que no hubo despido injustificado, pues el patrono cumplió su deber de aviso.

Frente al tema de las horas extras y las sanciones que pretende la parte actora, se impongan al demandado por no haber traído completa la documentación que debía exhibir en la audiencia de trámite y juzgamiento, estima la Jueza que la prueba decretada de oficio por ella no incluida los soportes contables de la nómina, como lo entendió la parte actora en sus alegatos de instancia, sino que se buscó colectar la información sobre los turnos y jornadas cumplidas por el señor Monsalve Muñoz y sus pagos, lo que se logró de manera parcial, pues se trajeron todos los registros de nómina de la relación laboral, en los cuales se reflejó de manera clara, los pagos de recargos nocturnos, horas extras y demás trabajo adicional a la jornada legal. En cuanto a la falencia frente a la exhibición, estima que no es posible de ella deducir la existencia de trabajo suplementario impagado, pues el hecho noveno de la demanda es impreciso en destacar cuál era el horario en exceso cumplido, pues indica varias horas de salida, además que la prueba testimonial evacuada en el proceso, es claramente demostrativa de que las labores, por fuera de la jornada legal, eran ocasionales, pues se cumplían únicamente en casos de eventos. Señaló la a-quo el deber que tiene el trabajador que alegue a su favor trabajo suplementario, de acreditarlo de manera fehaciente y clara, de la cual se desprenda contundentemente el número de horas adicionales trabajadas y el mes y año en que se cumplieron, carga que en este caso se incumplió.

***III. APELACIÓN.***

La apoderada judicial de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, el cual argumentó así:

Frente a la modalidad del contrato de trabajo, encontró que el inicial se celebró a término fijo de 4 meses y las partes pactaron dos modificaciones, consistentes en prorrogas por igual lapso. Después de eso se guardó silencio. Refiere la apoderada que la cláusula novena del convenio laboral indica que cualquier modificación debe condensarse y consensuarse por escrito, por lo que al no haberse hecho así, se trata de un contrato a término indefinido, atendiendo que el artículo 46 del C.L. establece una norma que es optativa sobre la prórroga del contrato, es decir, que el silencio de las partes, debe entenderse como la aceptación de un contrato a término indefinido.

En lo tocante al pago de horas extras, empieza la apelante indicando que se había solicitado por esa parte una inspección judicial con exhibición de documentos, buscando registros biométricos y su cotejo con los valores liquidados en nómina por horas extra. Recuerda que la Jueza negó esta prueba, pero ello desconoce que tales registros permanecían en poder del demandado y que el cotejo de los mismos era necesario para precisar el número de horas extras laboradas y las liquidadas. Frente a la exhibición ordenada oficiosamente por la Jueza, indica que la misma implicaba una prueba compleja, es decir, en la que se debía aportar la nómina y los anexos de la misma, lo que se incumplió por la sociedad demandada.

Solicita en, síntesis, que la segunda instancia revise el contenido de la sentencia en los aspectos referenciados y que se ordenen las pruebas que sean necesarias para probar los elementos que hacen falta.

***IV. ALEGATOS EN ESTA INSTANCIA***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, proceda a decidir lo de su competencia, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia, empezando por la parte demandante (art. 66 A CPLSS.).

Escuchadas las anteriores intervenciones que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, se procede a decidir lo que corresponda, previas las siguientes:

***IV. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

En orden a resolver el recurso de apelación planteado, la Sala deberá abordar los siguientes interrogantes:

*¿Es posible deducir de las pruebas obrantes en el proceso, las horas extras y los recargos que alega el demandante?*

*¿Qué modalidad contractual fue la que rigió la relación laboral que existió entre el demandante y la sociedad demandada?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

**Horas extras.**

El artículo 161 del Estatuto Trabajo, establece la jornada máxima legal que es de 8 horas diarias y 48 horas semanales, siendo por tanto, trabajo suplementario, todo aquel que se cumpla por fuera de esos lapsos, teniendo una remuneración especial, regulada por el canon 168 de la obra en cita. Probatoriamente, cuando un trabajador alega haber prestado sus servicios por fuera de la jornada legal y que los mismos no se le remuneraron o que se hizo en forma deficitaria, es su deber traerle al Juez los elementos de convicción necesarios que le permitan adquirir la absoluta certeza sobre las jornadas suplementarias, al punto que deba entrar el operador jurídico únicamente a fijarles el valor de conformidad con la ley. El tema ha sido pacíficamente decantado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, siendo pertinente citar uno de los pronunciamientos de dicha Corporación:

*“La jurisprudencia, como también lo señala la opositora, adoctrina con frecuencia recordando el deber del recurrente de realizar una demostración clara, completa y precisa a fin de soportar la condena del fallador en torno al trabajo suplementario:*

 *Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas. CSJ SL 15 de julio de 2008; rad, 31637” (sentencia SL 7578 de 2015).*

Al tenor del canon 127 del C.L., el valor del trabajo suplementario y de las horas extras, forma parte integrante del salario y, por tanto, tiene impacto en la base sobre la cual se liquidan las prestaciones sociales, pero ello, está inescindiblemente atado, a que el mismo se acredite en debida forma en el curso del proceso.

En el caso puntual, se tiene que la parte actora inicialmente trató de acreditar el trabajo suplementario, solicitando una inspección judicial en los archivos de la empresa demandada, buscando en ella los registros de entrada y salida del actor para cotejar si las horas extras que estaban relacionadas en las planillas de pago coincidían. Tal prueba que fue negada por la a quo, se practicó de manera oficiosa en esta instancia con la ayuda de un Contador Público inscrito en la lista de auxiliares de la justicia. El dictamen aportado por el aludido profesional, luego de la inspección judicial en la que se encontraron parcialmente los registros de entrada y salida de los trabajadores de la sociedad demandada buscados –año 2007 al presente-, reportes de marcaciones de empleados y hojas de turnos de la cocina, donde laboraba el demandante, permitieron colegir que el actor efectivamente laboró más horas extra y con recargo que las reconocidas por el empleador en las planillas de nómina que se aportaron al expediente, razón por la cual es claro que se debe establecer el valor de dichas horas y ordenar al empleador su pago, pero siendo indispensable previamente estudiar si el fenómeno de la prescripción ha extinto alguna de tales obligaciones.

El canon 488 y 151, del CST y del CPTSS, respectivamente, establecen que las acciones derivadas de los derechos sociales prescriben a los tres años de que se hubiere hecho exigible la prestación, pudiendo ser interrumpida por una vez, caso en el cual se iniciaría a contar nuevamente.

Tratándose de horas extras, recargos y demás, se tiene que al tenor del ordinal 2º del canon 134 del Código Laboral, estos son exigibles con el pago del salario ordinario del período en el cual se han causado o a más tardar con el salario del período siguiente, es decir, que a partir del último día del período siguiente al cual se laboró la jornada adicional.

Partiendo de tales supuestos legales, ha de decirse que en este caso la interrupción de la prescripción se dio con la presentación del escrito de reclamación visible a folio 17 y siguientes -29 de mayo de 2014-, razón por la cual se liquidarán únicamente las prestaciones que se hicieron exigibles con posterioridad al 29 de mayo de 2011.

Tomando como referencia el dictamen rendido en segunda instancia –fls. 13 y ss-, del cual se dio contradicción a las partes antes de la presente audiencia, con auto del auto del 19 de septiembre de 2016 –fl. 79 ib- y la calenda de prescripción determinada, ha de decirse que se deberá imponer condena en contra de la sociedad demandada por el valor de los recargos y trabajo suplementario laborado entre el 1º de abril de 2011 y el 07 de julio del mismo año, calenda en la que cesó la labor. Los valores a pagar se reflejan en el siguiente cuadro:



La condena por estos conceptos corresponde a la suma de $721.494,57.

En cuanto a la reliquidación de las prestaciones sociales con apoyo en los valores del recargo suplementario, ha de reiterarse que tales conceptos efectivamente deben formar parte de la base para la tasación de las prestaciones como cesantías, primas y de otros pagos como las vacaciones.

No obstante lo anterior y al verificar los pagos efectuados por estos conceptos al señor Monsalve Muñoz, encuentra la Sala que los valores que se pagaron, conforme a las planillas de pagos allegadas por la sociedad demandada -fls. 67 a 224-, por conceptos como primas, vacaciones, cesantías e intereses, resultó ser superior al que se obtiene aplicando al salario básico del actor más el auxilio de transporte y el promedio de las horas extras y los recargos laborados, tal como se ve a guisa de ejemplo, en el cuadro siguiente:



 Por lo tanto al observar el pago de un mayor valor por concepto de prestaciones al demandante, no hay lugar a condenar a la reliquidación de las prestaciones sociales del actor.

**Modalidad contractual. Hechos nuevos en el recurso de apelación.**

Se tiene que la competencia del Juez Laboral en segunda instancia, se encuentra limitada y regulada por el legislador, tal como se verifica con el canon 66 A del CPTSS, norma que anuncia el principio de consonancia, en virtud del cual el ad-quem solamente puede pronunciarse frente a los hechos materia de apelación. Sin embargo, este principio limitante de la competencia en segunda instancia, no puede entenderse de manera aislada frente a las demás normas del derecho procesal, sino que debe entenderse en armonía con otros principios que orientan la actuación procesal, como el de congruencia, que exige que las decisiones judiciales decidan sobre los aspectos facticos que trajeron las partes al proceso, es decir, no puede el Juez desbordar los hechos que se presentan en la demanda y su contestación, sino que debe tenerlos como límite de su decisión, sin que quiera decir lo anterior que el Juez no pueda interpretar el aspecto factico de los escritos de las partes, mas no puede traer a su decisión fundamentos de hecho que no se discutieron en el proceso.

Se hace esta introducción, porque se observa que en la apelación propuesta por la parte actora se introducen a la discusión hechos nuevos e irrebatidos en el proceso, que ni siquiera fueron esbozados por la a-quo en su decisión y de los cuales, obviamente, la parte contraria no pudo defenderse. Tales hechos, no son otros diferentes a la modalidad contractual que se ejecutó entre las partes, pues al revisar la demanda, se encuentra que en ninguno de sus fundamentos fácticos o en cualquiera otro de sus acápites se pone en tela de discusión la modalidad del contrato que ató al actor con su empleador. Por lo tanto, es inadmisible en esta instancia, que se proponga una discusión, completamente diferente a la planteada desde los albores del proceso, por lo que, de plano, deberán rechazarse los mismos.

No sobra, además, señalar, que ni siquiera en uso de las facultades extra o ultra petita, con que contaba la Juez a-quo, era posible entrar a examinar la forma como consensuaron las partes el convenio laboral –si fijo o indefinido-, porque tales facultades se encuentran claramente limitada por la necesaria discusión y acreditación de los aspectos facticos que la sustentan, aspecto que se insiste, no se cumple en este caso, pues la parte actora en la demanda, aceptó como un hecho irrebatible, la vinculación a término fijo.

Se insiste pues, en la negativa de la Sala de estudiar los aspectos propuestos en la apelación frente a este punto, por tratarse de hechos nuevos.

**Indemnización moratoria**

En cuanto a la indemnización moratoria de que trata el canon 65 del Código Laboral, se tiene que de manera reiterada y pacífica, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la misma no procede de manera automática ante la falta de pago de las prestaciones sociales y salarios adeudados al finiquito del contrato, sino que se debe analizar en cada caso puntual cuál fue la razón para el impago y de encontrarse una justificación del no pago, absolverse de tal sanción y en caso contrario imponerla.

Pues bien, en el caso puntual, se tiene que la empresa Hotel de Pereira S.A., sí incumplió el pago de unos recargos nocturnos y unas horas extras, más sin embargo, no se observa una mala fe en su actuar, antes bien, teniendo en cuenta que las prestaciones sociales se pagaban incluso por encima de los valores que realmente corresponderían, teniendo en cuenta el salario más aquellos pagos por trabajo fuera de la jornada ordinaria, se evidencia que la omisión del pago de los recargos y las horas extras no obedece a una maniobra tendiente a defraudar los derechos del trabajador, sino a un indebido cálculo de las mismas o a una circunstancia completamente diferente a la mala fe que debe vislumbrarse para imponer la sanción moratoria pretendida. Por tal razón, esta Sala se abstendrá de imponer condena por este concepto.

En subsidio de la referida indemnización, se pide la indexación de las condenas, pedido al cual sí se accederá, pues es un hecho notorio que fenómenos como la inflación, afectan el poder adquisitivo de la moneda, resultando indispensable actualizar el valor de lo adeudado, para lo cual deberá aplicarse la siguiente formula al momento del pago:

VA= VH x IF / II

VA: Valor de la condena actualizada al momento del pago.

VH: Valor de la condena en el momento en que se debió cancelar.

IF: Es el valor del índice reportado por el Dane para el momento en el cual se va a efectuar el pago.

II: Es el valor del índice reportado por el Dane para el momento en el cual se debió haber efectuado el pago.

En cuanto a las restantes excepciones de fondo propuestas por la sociedad demandada, habrá de decirse que las mismas no tienen vocación de prosperidad, conforme a lo concretado en las consideraciones de este proveído.

Las costas de primera instancia serán a cargo de la parte demandada y a favor del actor, en un 40% de las causadas. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el ***H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Laboral,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

***FALLA***

1. ***Revocar parcialmente*** la sentencia proferidael 10 de marzo de 2015 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira en el proceso de la referencia y en su lugar:
2. ***Declarar*** que entreJair Orlando Monsalve Muñoz y Hotel de Pereira S.a., existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 08 de marzo de 2000 y el 07 de julio de 2011.
3. ***Declarar probada*** parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la sociedad demandada frente a las pretensiones causadas con antelación al 29 de mayo de 2011.
4. ***Condenar*** al Hotel de Pereira S.A. a pagarle al señor Jair Orlando Monsalve Muñoz la suma de **SETECIENTOS VEINTIUN MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO PESOS CON CINCUENTA Y SIETE CENTAVOS ($721.494,57)** por concepto de trabajo suplementario y recargos nocturnos no pagados entre el 01 de abril de 2011 y el 07 de julio de 2011, sumas que deberán indexarse, conforme a la formula expuesta en la parte considerativa.
5. ***Condenar*** en primera instancia al Hotel de Pereira S.A. a favor del señor Jair Orlando Monsalve Muñoz, en un 40% de las causadas. Sin costas en esta instancia.
6. ***Confirmar*** la sentencia en todo lo demás.

***NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.***

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCIA CAICEDO CALDERON OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada

 -Salva voto parcialmente-

**ANEXO I**



**ANEXO II**

