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 la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, Jueves 28 de junio de 2018

Radicación No: 66001-31-05-002-2014-00221-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Jesús María Palacio Echeverry

Demandado: Conjunto Habitacional Rincón de las Quintas P.H.

Juzgado de origen: Segundo Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: CONTRATO DE TRABAJO / FACULTAD DE TERMINACIÓN CONTRATO POR JUSTA CAUSA-** Es diferente a facultad sancionatoria **/ NO REQUIERE PROCESO DISCIPLINARIO A MENOS QUE SE ENCUENTRE PACTADO EN DOCUMENTO QUE REGULE LA RELACIÓN LABORAL / ARGUMENTOS NUEVOS EN APELACIÓN –** No pueden ser tenidos en cuenta **/ CONFESIÓN FICTA-**Deber de concretar los hechos frente a los que se aplica **/ INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ILEGAL-** Por falta de preaviso **/ NO TIENE CARÁCTER SALARIAL / NO DA LUGAR A SANCIÓN MORATORIA /** Así las cosas, es evidente que la sanción disciplinaria que puede imponer el empleador, tiene una naturaleza diferente a la facultad de la que es titular éste para finalizar justificadamente un contrato laboral, por lo que esta última no está ligada a un procedimiento previo, salvo que así se pacte en el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo, la convención o pacto colectivo o en cualquier otro documento destinado por las partes a regular la relación laboral.

(…)

Existen varias circunstancias que impiden la prosperidad del recurso en este aspecto. La primera de ellas, tiene que ver con que tales circunstancias especiales de salud del actor, fueron apenas expuestas en el recurso de apelación, pues en ninguno de los acápites de la demanda, se mencionó tal circunstancia, ni siquiera se aludió a la norma en mención como uno de los fundamentos de derecho del libelo. Tal circunstancia, impide a esta Sala asumir el estudio de tal circunstancia en sede de apelación, pues ello claramente constituye un hecho nuevo e irrebatido por la parte contraria, rompiéndose el derecho de defensa de la parte pasiva del litigio.

(…)

Por lo tanto, es evidente que el Conjunto Habitacional no estimó como graves, en los términos del ordinal 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, las conductas acaecidas, sino que las valoró como sistemáticas, conforme al ordinal 10º ibídem y, por tanto, la terminación por justa causa debió estar precedida por un preaviso de 15 días, conforme lo indica el inicio final del literal a de la norma que se viene citando, preaviso que se echa de menos y que implica la ilegalidad del despido, más no su falta de justificación…

(…)

Esa confesión, que se deriva de una conducta procesal de una de las partes, lleva a presumir como ciertos los hechos que se pretendían probar y que sean susceptibles de confesión. Como se trata de una presunción, es necesario y forzoso, para que surta efectos, que el funcionario judicial señale expresamente qué hechos son los que se cobijan con tal barrunto, con el fin de que la contraparte pueda contradecir o contraprobar. De no concretarse, los efectos de la sanción procesal, se queda sin efecto la confesión ficta. Y si bien tal deber de concreción le asiste al Juez, lo cierto es que las partes pueden y deben estar atentos a que se concrete tal sanción, pues ellos no son convidados de piedra al proceso, sino que deben ser partícipes activos del mismo, procurando la adopción de las decisiones correspondientes.

(…)

Sin embargo, cuando la relación laboral termina, sin que al trabajador se le hubiere entregado tal dotación, no

Por ejemplo, la indemnización que se impuso al empleador en este asunto, por no haber dado el preaviso de 15 días, es precisamente eso, una indemnización, como se definió en la sentencia 30819 del 19 de febrero de 2008 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en acápites anteriores. Por ello, claramente, la indemnización que se impuso al empleador por no cumplir con ese presupuesto para el despido, no tiene el carácter salarial pretendido por el apelante, razón por la cual, no genera la sanción moratoria perseguida.

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, a los veintiocho (28) días del mes de junio de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho y quince de la mañana (08:15 a.m.), reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el ponente declara abierto el acto, que tiene por objeto resolver los recursos de apelación propuestos por los apoderados judiciales de ambas partes contra la sentencia proferida el 20 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Jesús María Palacio Echeverry*** contra ***Conjunto Habitacional Rincón de las Quintas P.H.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

***I. INTRODUCCIÓN***

Pide el extremo activo del litigio que se declare que estuvo atado con la PH demandada mediante un contrato de trabajo a término fijo que se ejecutó entre el 10 de febrero de 1997 y el 27 de abril de 2012, cuya última prórroga iba del 10 de febrero de 2012 a la misma fecha del año 2013; que se declare que el mismo finalizó por causa imputable al empleador el 27 de abril de 2012 sin que se le pagara la correspondiente indemnización; que se declare que la demandada no efectuó el pago correspondiente a los dominicales laborados, ni horas extras diurnas ni la dotación de vestido y calzado de labor. Consecuencia de las anteriores declaraciones, pide que se condene a la parte pasiva del litigio a pagar la indemnización por despido injustificado, el trabajo dominical en todo el tiempo laborado, las horas extras diurnas, la dotación de calzado y vestido de labor, la sanción moratoria de que trata el canon 65 del CL y las costas del proceso.

Como hechos jurídicamente relevantes, se relata que entre la propiedad horizontal demandada y el actor se celebró un contrato de trabajo, que el mismo se pactó por un año de duración, que inició el 10 de febrero de 1997, que la remuneración pactada corresponde al salario mínimo, que las funciones desarrolladas fueron las de guarda de seguridad, que tales labores se ejecutaron en las instalaciones de la demandada, que el contrato inicialmente pactado se ha ido prorrogando en el tiempo, que la labor ejecutada se cumplió en jornadas o turnos de 12 horas diarias, que el 27 de abril de 2012 se le dio por terminado el contrato, alegando justa causa, que el sustento fáctico fueron faltas acaecidas el 20 de agosto de 2011, el 17 de septiembre del mismo año y el 22 de abril de 2012, que respecto a las aludidas causas el actor presentó por escrito las razones de las mismas, indicando en la primera que tuvo una calamidad doméstica, la segunda que se encontraba en estado de ebriedad y la tercera que fue víctima de un atraco, que no se agotaron diligencias de descargos, que el último salario devengado era de $1.038.000, que no existió reglamento de trabajo alguno; que laboraba 4 domingos al mes, que apenas se le entregaba una dotación anual.

Admitida la demanda, se dio traslado de la misma a la propiedad horizontal demandada, la que allegó respuesta por intermedio de apoderado judicial quien se pronunció respecto a los hechos, aceptando el vínculo laboral, su duración, los extremos del mismo, la remuneración pactada, la terminación del contrato el 27 de abril de 2012, los hechos que justifican el despido y las faltas cometidas. Respecto a los restantes indica que no le constan o que no son ciertos. Se opone a las pretensiones de la demanda y excepciona de fondo “Prescripción, pago, terminación del contrato por justa causa, compensación, buena fe, cobro de lo no debido e inexistencia del derecho”.

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

La a quo declaró que el contrato de trabajo terminó por una justa causa, por lo que absolvió a la demandada de la indemnización pretendida, condnadola a pagar la suma de $508.260 por no haber agotado el preaviso que exige el inciso final del artículo 62 del CL. Denegó las restantes pretensiones de la demanda.

Para arribar a la conclusión antes dicha, encontró que la causal alegada en la carta de terminación, es la enlistada en el numeral 10 del artículo 62 del CL, que consiste en la sistemática inejecución de las funciones asignadas, causa que encuentra debidamente acreditada, pues conforme a la prueba documental y testimonial obrante en el proceso, fueron varios los llamados de atención que se le hicieron al actor por no haberse presentado a su puesto de trabajo o haberlo hecho tarde, situaciones que el mismo asumió y aceptó, justificándolas entre otras cosas, en encontrarse en estado de ebriedad. Tales medios de convicción, le permitieron colegir a la a-quo, que el actor sí incumplió de manera sistemática sus funciones, frente a lo que fue objeto de llamados de atención por el empleador para rendir descargos, obteniendo justificaciones como las ya referidas, por lo que concluye que se respetó el debido proceso y existió la justa causa alegada. No obstante lo anterior, encuentra que el empleador sí omitió dar el preaviso de 15 días que exige la norma, por lo que al tenor de la jurisprudencia, se debe indemnizar dicha falencia con el valor de 15 días de salario, más no declarando injusto el despido.

Respecto a los pedidos de horas extras y dominicales, recordó la falladora de primer grado que, conforme a la pacifica línea jurisprudencial trazada por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, la prueba respecto a las horas y días laborados, debe ser diáfana, lo que se echa de menos en este caso, razón por la cual absuelve de las mismas.

En cuanto a la dotación de calzado y vestido de labor, encuentra que no hay prueba del monto que por tal concepto debió pagarse al actor, siendo por tanto forzoso negar las pretensiones en este sentido.

**III. APELACIÓN**

La parte actora se alzó contra la sentencia de primer grado, señalando su disenso frente a los siguientes aspectos:

- Estima que los 15 días de preaviso que no cumplió el empleador, al ser salario, merecieron la imposición de la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CL, sin embargo la Jueza no hizo pronunciamiento al respecto.

- Respecto a la prueba de las horas extras y los dominicales laborados, se tiene que la misma se debió desprender de la prueba indiciaria derivada de la exhibición incompleta de los documentos pedidos, por lo que se debe condenar a dicho trabajo suplementario y dominical.

- Frente a la absolución por la dotación de calzado y vestido de labor, se tiene que la parte demandada trajo al proceso copias de unos recibos de pago de tal dotación, pudiéndose inferir de la misma el monto que por tal concepto se debió pagar, razón por la cual se debe condenar por este concepto.

- Respecto a la justeza del despido, se extiende el demandante en afirmar que el procedimiento seguido violó el debido proceso, pues al actor no se le notificó en debido forma los cargos que motivaban la iniciación del trámite disciplinario, ni se le permitió rendir descargos, ni existe un manual o reglamento que califique la gravedad de una conducta o que permita deducir la forma en que se tasó la sanción impuesta, ni se le expusieron las razones para tomar tal determinación, ni se le indicó la posibilidad de aportar pruebas, ni se le informó la posibilidad de rebatir la determinación y menos aún se le informó el órgano competente para adoptar la decisión de despido, aspectos todos que generan de manera flagrante la vulneración del debido proceso.

- Finalmente expone que el demandante es una persona alcohólica, lo que al tenor de la ley 1566 de 2012, lo convierte en una persona enferma y por tanto merecedora de una estabilidad laboral reforzada.

La parte demandada por su parte, estuvo inconforme con la sentencia, en lo que tiene que ver con la condena impuesta por los 15 días de preaviso no cumplidos, pues estima que conforme a las circunstancias fácticas propuestas en la carta de terminación, también se configuró la causal 6ª del artículo 62 del CL, puesto que el demandante violó en varias ocasiones las obligaciones y prohibiciones señaladas en la ley, causal esta que permite el despido inmediato del trabajador, razón por la cual pide que se absuelva a la demandada.

***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:

***V. CONSIDERACIONES***

***Del problema jurídico.***

Para desatar el asunto litigioso puesto en conocimiento de la Colegiatura, es necesario resolver los siguientes dilemas jurídicos:

*¿Exige el despido unilateral con justa causa por parte del empleador, el agotamiento de un proceso disciplinario? Y en caso positivo, ¿Se agotó el mismo en el presente caso?*

*En caso de que el primero de los problemas planteados encuentra una respuesta negativa, ¿Era el demandante merecedor de una estabilidad laboral reforzada, conforme a la Ley 1566 de 2012?*

*Si ninguno de los puntos anteriores encuentra respuesta positiva, ¿Se configuró en este asunto la causa de terminación contenida en el ordinal 6º del artículo 62 del CL y puede considerarse anunciada por el empleador a su trabajador?*

*¿Se dan las condiciones, conforme a los medios probatorios obrantes en el infolio, para fulminar condena por concepto de trabajo suplementario, dominical y dotación?*

*Finalmente, ¿hay lugar a imponer sanción moratoria, conforme al canon 65 del CL, atendiendo el no pago de los 15 días de preaviso?*

***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

***Despido injustificado. Debido proceso.***

En la relación laboral existen dos partes: el empleador y el trabajador. El primero, en su condición de jefe, es quien impone, en el marco del respeto de la dignidad humana y las condiciones mínimas e irrenunciables, las condiciones de cantidad y calidad de trabajo, lugar de ejecución, imposición de reglamentos, ejercer facultades disciplinarias y, cuando exista la justificación para ello, finiquitar la relación de trabajo, así como los demás aspectos regulados en la Constitución, en la Ley, en las convenciones y pactos colectivos, reglamentos de trabajo, manuales y contratos de trabajo. El trabajador, por su parte, se compromete a prestar personalmente el servicio, sometido a las reglas antes dichas.

En la ejecución de dicha relación laboral, se pueden presentar situaciones que contravengan las obligaciones o deberes del trabajador –arts. 58 y 60 CL- u otras análogas fijadas en el reglamento interno de trabajo como faltas disciplinarias, las cuales pueden ser sancionadas por el empleador, siguiendo para ello un conducto o procedimiento especial, regulado en el mismo reglamento y, en todo caso, siguiendo como mínimo lo mandado en el artículo 115 del CL. Además de ello, conforme al listado de justas causas previstas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, el empleador cuenta con la facultad de terminar unilateralmente el contrato de trabajo. Ambas facultades, la disciplinaria y la finalización unilateral de la relación laboral, son claramente diferentes y específicas, por lo que se someten a reglas también diferentes.

En efecto, para que el empleador imponga una sanción al trabajador, debe agotar unas exigencias mínimas de debido proceso, conforme a los lineamientos fijados en el artículo 29 superior, las normas referidas en el Código Laboral y la jurisprudencia constitucional, que claramente establece que en este ámbito –el sancionatorio- es deber de los empleadores privados y públicos, mantener el respeto por tal garantía y agotar, como mínimo, unos requerimientos desarrollados por la jurisprudencia constitucional –Sentencia C-539-2014-. Por su parte, la facultad del empleador de finalizar una relación laboral de manera justificada, se rige por un procedimiento completamente diferente al anterior, sin que allí sea necesario agotar ese debido proceso –descargos y demás-, puesto que el despido no es en sí una sanción, salvo que las partes lo convengan. La terminación unilateral del contrato, es una facultad de la que gozan ambos extremos contratantes, para desligarse de la relación jurídica regulada por el contrato. Por tanto, por regla general, el despido no es una sanción, siendo excepcional que se revista de tal condición, debiendo para ello ser considerada por las partes, de manera expresa, en cualquiera de los documentos que regulan la relación laboral. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, siendo necesario, para clarificar el asunto, citar textualmente uno de tales pronunciamientos:

*“De vieja data, de forma excepcional, la jurisprudencia laboral le reconoce el carácter sancionatorio al despido cuando así se ha establecido en cualquiera de los instrumentos normativos que pueden regular las relaciones laborales, entre ellos el reglamento interno de trabajo, verbigracia en la sentencia CSJ SL del 15 de febrero de 2011, no. 39394, a saber:*

*“En asuntos de similares características a los que son objeto de controversia, la Corte ha precisado con insistencia que el despido no se asimila a una sanción disciplinaria y, en consecuencia, aquel no tiene que estar sujeto a un trámite previo, salvo que tal exigencia se hubiera pactado en el contrato de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo o el laudo arbitral, situación que no es la acontecida en el sub judice.*

*Para el efecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias del 22 de abril y 13 de marzo de 2008, radicaciones 30612 y 32422, respectivamente, en las que se dijo:*

*“Esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa.*

*“La jurisprudencia de la Corte ha precisado que la naturaleza del despido no es la de una sanción, por lo que para adoptar una decisión de esta índole el empleador, salvo convenio en contrario, no está obligado por ley a seguir un procedimiento de orden disciplinario; así se dijo, por ejemplo, en las sentencias del 10 de agosto de 2000, radicación, febrero 19 de 2002, radicación 17453 y julio 25 de 2002, radicación 17976, entre otras" (sentencia SL 3655 de 2016).*

Así las cosas, es evidente que la sanción disciplinaria que puede imponer el empleador, tiene una naturaleza diferente a la facultad de la que es titular éste para finalizar justificadamente un contrato laboral, por lo que esta última no está ligada a un procedimiento previo, salvo que así se pacte en el contrato de trabajo, el reglamento interno de trabajo, la convención o pacto colectivo o en cualquier otro documento destinado por las partes a regular la relación laboral.

En el caso puntual, se tiene que no existe prueba de que al interior del Conjunto Residencial demandado existiera reglamento o manual o algún tipo de convenio entre las partes, que obligaré al empleador a agotar un procedimiento previo, para poder finiquitar la relación laboral. Tampoco se pactó tal situación dentro del contrato de trabajo celebrado entre las partes –fl. 19-, razón por la cual, se itera, el empleador no estaba en la obligación de agotar el debido proceso del que se duele el apelante. Lo anterior, conlleva forzosamente a confirmar la decisión de la a-quo en este aspecto.

**Estabilidad laboral. Hechos nuevos.**

Indica la parte actora en la sustentación del recurso de apelación, que el actor es una persona enferma, pues padece una adicción al alcohol y, conforme a la Ley 1566 de 2012, es merecedor de una estabilidad laboral reforzada, por lo que el despido es injustificado.

Existen varias circunstancias que impiden la prosperidad del recurso en este aspecto. La primera de ellas, tiene que ver con que tales circunstancias especiales de salud del actor, fueron apenas expuestas en el recurso de apelación, pues en ninguno de los acápites de la demanda, se mencionó tal circunstancia, ni siquiera se aludió a la norma en mención como uno de los fundamentos de derecho del libelo. Tal circunstancia, impide a esta Sala asumir el estudio de tal circunstancia en sede de apelación, pues ello claramente constituye un hecho nuevo e irrebatido por la parte contraria, rompiéndose el derecho de defensa de la parte pasiva del litigio. Es que no puede pasarse por alto, que el proceso desde sus inicios, debe ser claro en las razones fácticas y en la delimitación del objeto litigioso, hitos inamovibles por el resto de la actuación y que constituyen los límites en los cuales se debe dar el debate jurídico y probatorio y dentro de los cuales se debe emitir el fallo definitivo. Por ello ni las partes, ni el Juez –con la salvedad de las facultades ultra y extra petita-, pueden sobrepasar esos límites, pues se sacrificarían los derechos de contradicción y defensa.

Además de lo anterior, al revisar la normatividad referida por el apelante, debe decirse que en la misma no se contempla ningún tipo de estabilidad laboral o limitación a las facultades del empleador para terminar una relación laboral, pues el objeto de dicha legislación es la de reconocer y tratar el problema de la adicción a sustancias psicoactivas licitas o ilícitas como un problema de salud pública y garantizar la atención integral de quienes lo padecen, loable finalidad, pero completamente ajena a las relaciones de trabajo. Por demás, tal normatividad no puede aplicarse al caso del demandante, pues la relación laboral finiquitó el 27 de abril de 2012 y dicha ley fue promulgada el 31 de julio de 2012.

Finalmente, debe decirse que ninguna constancia existe sobre la calidad de enfermo del actor, pues no hay un dictamen médico que así lo determine, o la historia clínica de la que se pueda inferir, razón por la cual, mal puede alegarse algún tipo de limitación o afectación en la salud del demandante.

**Causal de terminación del contrato de trabajo.**

Ordena el parágrafo del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, que subrogó los artículos 62 y 63 del CL que la parte que finalice con justa causa el contrato de trabajo, de manera unilateral, tiene el deber de expresar la causa o motivo de dicha determinación, sin que pueda alegarse, posteriormente, causas o motivos distintos.

Tal comunicación, ideal pero no forzosamente escrita, debe contener unas razones fácticas que encuadren dentro de una de las causales legales y, también preferiblemente, aunque no obligatoria, señalar cuál de las causas traídas por el legislador es la que se configura en el caso. Tales razones sirven como barrera para juicios posteriores, pues acreditada la expresión de una determinada causa, imposible se torna enunciar o querer introducir otra distinta.

En el caso de marras, se tiene que el Conjunto Habitacional Rincón de las Quintas en la carta del 27 de abril de 2012, mediante la cual le informa al señor Palacio Echeverry su decisión de finalizar el contrato de trabajo de manera unilateral, hace un relato detallado de las circunstancias fácticas que le llevaron a tomar tal decisión, centrándose en tres faltas acaecidas en los últimos 8 meses, la primera de ellas el 20 de agosto de 2011, faltando a su lugar de trabajo, la segunda el 17 de septiembre del mismo año y la última el 22 de abril de 2012, cuando llegó con un retardo de 55 minutos a su puesto de trabajo. Luego de tal relato fáctico, se consignó en el documento, visible a folios 141 y 142 que *“Por lo anterior y con base en lo aquí enunciado de hechos ocurridos en los últimos ocho (8) meses y* ***lo estipulado en el artículo 62 numeral 10 del Código Sustantivo del Trabajo*** *su contrato queda terminado por justa causa”. –negrillas para destacar-.*

Se evidencia que la causal invocada, tanto fáctica como jurídicamente, fue la enlistada en el ordinal 10 del artículo 62 del CL, que en tenor literal expresa: *“La sistemática inejecución, sin razones válidas, por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales”*, lo que denota que las circunstancias fácticas fueron evaluadas por el empleador, no como una violación grave a las obligaciones o prohibiciones que le incumben al trabajador, como lo pretende hacer ver la apoderada de la demandada, sino como una sistemática inejecución o incumplimiento de las mismas. Y tales conceptos resultan divergentes, amén que la violación grave, implica una única conducta valorable y medible, mientras que el incumplimiento persistente, consiste en la repetida, continuada e injustificada falta a las obligaciones de ley.

Por lo tanto, es evidente que el Conjunto Habitacional no estimó como graves, en los términos del ordinal 6º del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, las conductas acaecidas, sino que las valoró como sistemáticas, conforme al ordinal 10º ibídem y, por tanto, la terminación por justa causa debió estar precedida por un preaviso de 15 días, conforme lo indica el inicio final del literal a de la norma que se viene citando, preaviso que se echa de menos y que implica la ilegalidad del despido, más no su falta de justificación, tal como lo dijo de antaño la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 30819 del 19 de febrero de 2008, que a la letra dice:

*“Ciertamente, en los términos en que en esta oportunidad el recurrente propone la rectificación del aludido criterio jurisprudencial, es pertinente recordar que son dos situaciones totalmente disímiles, una dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa, y otra que configurada la causa legal el empleador omita dar el aviso de los 15 días que ordena para ciertas causales el artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, donde en el primer evento el despido se torna en injusto y en cambio en el segundo el rompimiento con existencia de la justa causa sin efectuarse el preaviso se debe es calificar únicamente como ilegal, lógicamente en ambos casos se indemniza pero bajo un tratamiento legal distinto, con el efecto propio de la igualdad, proporcionalidad y el equilibrio social que pregona la Carta Política.*

*Así las cosas, para la Sala la incidencia que tiene el no dar el aviso previsto en el artículo 7° del Decreto de marras 2351 de 1965 para la finalización del vínculo laboral, no es otra que el reconocimiento de los perjuicios que se demuestren por motivo de tal omisión, sin que en ningún caso puedan ser inferiores al valor de los 15 días de salarios correspondientes al mínimo de anticipación con que debe preavisarse al asalariado”.*

Lo anterior implica que la indemnización de los perjuicios causados por no dar el preaviso legal, es la forma como se debe indemnizar el despido justificado que omite el aviso antelado, medida que precisamente fue la adoptada por la a-quo, razón por la cual se confirmará la sentencia en dicho aspecto.

**Trabajo suplementario, dominical y dotación.**

Respecto al trabajo suplementario y en domingos, se ha precisado por la jurisprudencia patria (entre otras se puede consultar la SL 2019 de 2018) que la prueba de la misma debe ser diáfana y contundente, respecto al número de horas y días en que se laboró por fuera de la jornada máxima legal y en días de descanso obligatorio. Ahora, es necesario indicar que tal prueba, en los casos en que existe constancia de pago de sumas por tales conceptos por parte del empleador, debe estar destinada a evidenciar que lo pagado fue insuficiente ante lo efectivamente trabajado, carga que obviamente, debe cumplir el trabajador, atendiendo que pretende un pago mayor al efectuado.

En cuanto al medio probatorio mediante el cual se puede acreditar ello, se tiene que en el proceso laboral, conforme a los artículos 60 y 61 del CPLSS, existe libertad probatoria, por lo que es posible que las partes se valgan de cualquiera de los medios autorizados por el legislador para acreditar tal situación, teniendo como único límite la utilidad e idoneidad del medio escogido.

Uno de tales medios es la confesión ficta o presunta, que se desprende bien de la injustificada inasistencia de la parte a absolver el interrogatorio o bien de la renuencia a exhibir un documento. Esa confesión, que se deriva de una conducta procesal de una de las partes, lleva a presumir como ciertos los hechos que se pretendían probar y que sean susceptibles de confesión. Como se trata de una presunción, es necesario y forzoso, para que surta efectos, que el funcionario judicial señale expresamente qué hechos son los que se cobijan con tal barrunto, con el fin de que la contraparte pueda contradecir o contraprobar. De no concretarse, los efectos de la sanción procesal, se queda sin efecto la confesión ficta. Y si bien tal deber de concreción le asiste al Juez, lo cierto es que las partes pueden y deben estar atentos a que se concrete tal sanción, pues ellos no son convidados de piedra al proceso, sino que deben ser partícipes activos del mismo, procurando la adopción de las decisiones correspondientes. Sobre la necesidad de concretar los efectos de la sanción procesal, vale citar en apoyo a lo ya dicho, pronunciamiento de vieja data del órgano de cierre de la jurisdicción laboral, que en el aparte correspondiente dice:

*“En razón a lo anterior no incurrió el tribunal en error al no considerar probados, por confesión ficta, los hechos de la demanda derivados de la inasistencia de los representantes legales de dichas demandadas puesto que, para los efectos de la norma adjetiva citada, requiere, que el juez constate el injustificado incumplimiento a la cita procesal,* ***establezca para cada uno de los hechos susceptibles de prueba de confesión la presunción de ser ciertos****” -negrillas fuera del texto- (Rad. 34.913 del 04 de noviembre de 2009).*

Es pues, indispensable, que se concreten con total claridad las consecuencias adversas de la no exhibición de documentos, so pena de que se pierda la confesión ficta.

Pues bien, en el caso puntual, se tiene que con la contestación de la demanda, se aportaron planillas de pago de nómina –fls. 84 a 115- en los que se verifica el pago del salario, los recargos por trabajo suplementario y demás aspectos que el empleador le cancelaba al demandante y a los restantes trabadores del conjunto habitacional; además en la primera parte de la audiencia de trámite y juzgamiento –fls. 192 y ss.- se adelantó la exhibición de documentos por parte de la demandada, aportando dos cuadernos con datos del 25 de diciembre de 2010 al 10 de julio de 2012, consistentes en bitácoras de novedades. La prueba, como se había decretado, consistía en aportar las planillas de asistencia o cualquier otro documento que acredite el ingreso y salida del demandante de su lugar de trabajo, en todo el tiempo laborado. – fl. 168-.

En la referida exhibición, se informó por el togado que representó a la demandada que los cuadernos aportados, eran los únicos medios de acreditación con que contaban, pues no tenían más documentos en el archivo. La parte actora indicó que no se estaban presentando los documentos completos, más no efectuó solicitud de que se concretaran las consecuencias de dicha renuencia, lo que tampoco hizo la Jueza, por lo que no se pueden producir los efectos de la confesión ficta. Desechado ese medio probatorio, se tiene que ningún otro medio documental y menos testimonial, atina a evidenciar de manera diáfana y contundente como lo exige la jurisprudencia patria el trabajo suplementario o dominical adicional al efectuado al pagado por el señor Jesús María, razón por la cual, se deberá desechar el pedido en este aspecto, confirmándose la decisión de la a-quo.

Más cuando es preciso señalar que de la documental adosada al plenario, se percibe que hubo reconocimientos por el trabajo en tiempo suplementario, lo que el traslado de la prueba, pesa sobre el demandante, en el sentido de determinar claramente la diferencia que se quedó adeudando, a qué días corresponde, esfuerzo probatorio que la parte actora no desplegó mínimamente.

 En cuanto a la dotación de calzado y vestido de labor, se tiene que es una obligación del empleador, conforme al artículo 230 del CL, suministrar en vigencia del contrato a aquellos trabajadores que devenguen hasta dos veces el salario mínimo, un par de zapatos y un vestido de labor, lo que se debe hacer en las fechas establecidas en el canon 232 ibídem, esto es, 30 de abril, 31 de agosto y 20 de diciembre. Sin embargo, cuando la relación laboral termina, sin que al trabajador se le hubiere entregado tal dotación, no nace el derecho a reclamar que se le suministre la misma, sino a pedir la correspondiente indemnización por su no entrega. Así lo ha enseñado la Corte reiteradamente, siendo pertinente citar textualmente al órgano de cierre en uno de sus pronunciamientos sobre el tema:

*“Con todo, no está demás advertir por esta Sala que el tribunal, en esta razón, se ciñó a lo enseñado por esta Corte sobre que, ante el fenecimiento del nexo laboral, resulta improcedente la compensación en dinero de las dotaciones de calzado y vestuario, artículo 234 del Código Sustantivo del Trabajo, y que, de cara al incumplimiento de esta obligación por parte del empleador lo que se configura es el derecho a solicitar una indemnización por perjuicios que deben ser probados por quien los alega” (SL 5754/14).*

Tal posición es la reiteración de una de vieja data de dicho órgano (CSJ SL 22 de abr. de 1998, rad. No. 10.400) y exige entonces la acreditación de los perjuicios padecidos por el trabajador por el no cumplimiento de la obligación patronal. Ahora, tal acreditación, se puede llevar a cabo o inferirse, de cualquier medio probatorio, sin importar quien aportare el mismo, atendiendo el principio de la comunidad de la prueba.

En este caso, se tiene que la parte demandada trajo al proceso copia de unos recibos de compra de dotación para sus trabajadores, correspondientes a los años 2011 y 2012 –fls. 122 a 126-, documentos de los cuales se puede inferir el valor que corresponde por las dotaciones para esas anualidades, puntualmente dos que quedaron pendientes de pago en el año 2011, como es en agosto y diciembre de esa anualidad. Por tanto, atendiendo dichos recibos, se concretara el valor que se debió pagar en el año 2011, el cual corresponde al valor de dos camisas ($34.310) dos pantalones ($53.000) y dos pares de zapatos ($64.600), alcanzando la indemnización por estos conceptos la suma de $151.910, valor por el cual se condenará al empleador.

Respecto de los restantes años, no existe constancia alguna del valor que corresponda a indemnización.

**Sanción moratoria artículo 65 del CL.**

Establece el artículo 65 del CL que *“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador* ***los salarios y prestaciones debidas****….debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo…” –negrillas de la Sala-;* infiriéndose del glosado artículo el deber del patrono de, al finalizar el contrato, efectuar la liquidación final del mismo, incluyendo los salarios y prestaciones debidas, so pena de verse sancionado, en los términos de ley.

Pero, como se destacó al citar textualmente el artículo, la misma se genera como consecuencia del no pago de sumas que tengan el carácter de salarios y prestaciones sociales, lo que a contrario sensu implica, que los demás dineros que adeude el empleador al trabajador, por otros pagos no constitutivos de salarios o prestaciones, tales como indemnizaciones, vacaciones y similares, no generan tal sanción moratoria.

Por ejemplo, la indemnización que se impuso al empleador en este asunto, por no haber dado el preaviso de 15 días, es precisamente eso, una indemnización, como se definió en la sentencia 30819 del 19 de febrero de 2008 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en acápites anteriores. Por ello, claramente, la indemnización que se impuso al empleador por no cumplir con ese presupuesto para el despido, no tiene el carácter salarial pretendido por el apelante, razón por la cual, no genera la sanción moratoria perseguida.

En estos términos, quedan resueltos todos los problemas jurídicos planteados, por lo que se deberá confirmar la sentencia apelada.

Sin costas en esta sede, ante la improsperidad de los recursos de ambas partes.

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. ***Confirmar parcialmente el ordinal tercero (bis) de*** la sentencia del 20 de junio de 2017, dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, en el proceso de la referencia y en su lugar condenar al Conjunto Habitacional Rincón de las Quintas PH a pagar al señor Jesús María Palacio Echeverry a título de indemnización por no dar dotación de calzado y vestido labor durante el año 2011 la suma de $151.910.
2. ***Se confirma en todo lo demás.***

***3.*** Sin costas.

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

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

 Magistrada Magistrada