



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Magistrado ponente

SL668-2024

Radicación n.º 98190

Acta 10

Bogotá D.C., dos (2) de abril de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. (COMCEL S.A.)** contra la sentencia proferida el 25 de julio de 2022 por la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro del proceso que le sigue **EDGAR ANDRÉS ESTRADA HENAO**.

I. ANTECEDENTES

Accionó el demandante contra Comcel S.A., para que se declarara que durante sus dos últimos años al servicio de la empresa, cumplió turnos de disponibilidad a título de tiempo suplementario, que no fueron cancelados en su totalidad. En consecuencia, que le pagara las horas extras adeudadas y la reliquidación de las prestaciones sociales, más la

indemnización por despido injusto con base en el verdadero salario promedio devengado.

En sustento de sus peticiones, manifestó que suscribió un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada a partir del 11 de agosto de 2008; que ocupó el cargo de ingeniero de mantenimiento de conmutación; que debido a la importancia del servicio público de las telecomunicaciones, y la urgencia de tenerlas en óptimas condiciones, la compañía implementó una estrategia de disponibilidad 24/7 para que un funcionario estuviera atento en todo momento a cualquier requerimiento o eventualidad.

Señaló que en atención a lo anterior, se crearon los turnos de disponibilidad por fuera de la jornada ordinaria de trabajo, y las funciones cumplidas en ese periodo consistían en lo siguiente: (i) atender llamadas en las que se notificaban las alarmas o incidentes presentados en las centrales de telefonía celular; (ii) conectarse remotamente para ejecutar las contingencias tendientes a minimizar o evitar afectaciones en el servicio; (iii) monitorear la red respecto de los trabajos realizados por otras áreas; (iv) hacer seguimiento a los códigos de fallas; (v) estar atento a los mensajes de texto que podrían significar daños importantes y de atención inmediata; (vi) estar pendiente de los grupos de *WhatsApp* donde el gerente o coordinadores notificaban problemas; y (vii) recibir las comunicaciones de los proveedores de servicios, ingenieros, coordinadores o analistas que tuvieran que realizar alguna maniobra con las centrales.

Afirmó que, dependiendo de la naturaleza de la contingencia, la atendía inmediatamente de manera remota desde la casa, o se desplazaba al lugar requerido; que junto con los demás ingenieros, debía elaborar un plan anual de disponibilidades, el cual era distribuido entre ellos, se enviaba al jefe inmediato para su aprobación, y después se reportaba en la plataforma denominada *calidad de gestión*; que de todas formas, semanalmente, se le comunicaba al director de área, vía correo electrónico, a quién le correspondía el turno, para determinar a quién se iba a llamar en caso de emergencia.

Adujo que la disponibilidad comprendía siete días seguidos, y por regla general, iniciaba a las 7:00 a.m. del jueves, y terminaba a las 6:59 a.m. del jueves siguiente; que en varias oportunidades cumplió más de un turno de forma consecutiva, para un total de 26 en 2016, y 21 en 2017; que la empresa le proporcionó una línea telefónica exclusiva para recibir notificaciones y requerimientos, la cual no podía estar apagada o sin cobertura, y debía ser atendida en cualquier momento; que además, tenía que informar un número celular alternativo y el teléfono fijo de la casa, para el mismo fin.

Precisó que, en el marco del turno, estaba obligado a contestar todas las llamadas que le hicieran los funcionarios de la empresa, además de vivir y estar ubicado geográficamente cerca del sitio de trabajo, para que las fallas fueran solucionadas en el menor tiempo. Adicionalmente, en ese periodo tenía prohibido salir de la ciudad o hacer desplazamientos largos.

Contó que el salario básico para los años 2016 y 2017 era de \$4.834.000 y 5.173.000, respectivamente; que los pagos realizados por la demandada a título de horas extras diurnas y nocturnas, dominicales y festivos, fueron inferiores a los que laboró; que el 26 de octubre de 2017, la compañía informó su decisión de terminar unilateralmente el contrato, por lo que pagó la liquidación de las prestaciones sociales y la indemnización por despido injustificado, pero no las calculó con lo verdaderamente devengado.

Comcel, al contestar, se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los interregnos temporales de la relación y la forma de finiquitarla, el cargo ocupado por el trabajador, y los salarios base para los años 2016 y 2017. Negó haber implementado la estrategia de disponibilidad, para lo cual argumentó que era imposible que una persona pudiera prestar sus servicios por 24 horas ininterrumpidas durante los siete días de la semana. Por la misma razón, negó todos los hechos relacionados con dichos turnos.

Aclaró que durante la vigencia del contrato pagó el tiempo suplementario debidamente autorizado por ella, y ejecutado por el actor, razón por la cual no adeuda nada al respecto. Precisó que la línea otorgada fue solo una herramienta de trabajo o un elemento de comunicación, y que pidió el teléfono personal para cumplir el requisito de datos de contacto.

Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de las obligaciones incluidas las indemnizatorias, cobro de lo no debido, compensación y pago, buena fe y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 4 de octubre de 2021, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor EDGAR ANDRÉS ESTRADA HENAO, en calidad de trabajador, y COMCEL S.A., en calidad de empleador, se celebró un contrato de trabajo, entre el 11 de agosto de 2008 y el 26 de octubre de 2017.

SEGUNDO: COMO CONSECUENCIA DE LA ANTERIOR DECLARACIÓN, CONDENAR a la (sic) COMCEL S.A., a pagar a favor del señor EDGAR ANDRÉS ESTRADA HENAO las siguientes sumas de dinero:

- a. HORAS EXTRAS DIURNAS DEL AÑO 2016 \$17.246.300
- b. HORAS EXTRAS NOCTURNAS DEL AÑO 2016 \$19.633.079
- c. RECARGOS DOMINICALES DEL AÑO 2016 \$3.996.611
- d. HORAS EXTRAS DIRUNAS DEL AÑO 2017 \$29.044.239
- e. HORAS EXTRAS NOCTURNAS DEL AÑO 2017 \$39.343.596
- f. RECARGOS DOMINICALES DEL AÑO 2017 \$7.322.489
- g. DIFERENCIA POR PRIMA DE SERVICIOS AÑO 2016 \$3.429.853
- h. DIFERENCIA POR PRIMA DE SERVICIOS AÑO 2017 \$5.758.499
- i. DIFERENCIA POR CESANTÍAS AÑO 2016 \$3.429.854
- j. DIFERENCIA POR CESANTÍAS AÑO 2017 \$6.301.335
- k. DIFERENCIA POR INTERESES A LAS CESANTÍAS AÑO 2016 \$116.413
- l. DIFERENCIA POR INTERESES A LAS CESANTÍAS AÑO 2017 \$621.731
- m. DIFERENCIA POR INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA \$25.414.973

Créditos que deberán ser debidamente indexados al momento de efectuarse el pago de los mismos.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones enfiladas en la contestación de la demanda denominadas, a excepción de la de prescripción que triunfó parcialmente, a la sazón de las consideraciones vertidas anteriormente.

QUINTO: Costas a cargo de la demandada y a favor de la parte demandante en un 90% de las causadas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Tras la apelación de la demandada, la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante sentencia del 25 de julio de 2022, decidió:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 4 de octubre de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, el cual quedará así:

SEGUNDO. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a COMCEL S.A., a pagar a favor el señor EDGAR ANDRÉS ESTRADA HENAO las siguientes sumas de dinero:

- a. Horas extras diurnas del año 2016 \$8.434.321,17
- b. Horas extras nocturnas del año 2016: \$9.481.678,67
- c. Recargos dominicales del año 2016: \$3.996.611
- d. Horas extras diurnas del año 2017 \$22.288.085,21
- e. Horas extras nocturnas del año 2017: \$34.440.023,08
- f. Recargos dominicales del año 2017: \$7.322.489
- g. Diferencia por prima de servicios año 2016: \$3.429.853
- h. Diferencia por prima de servicios año 2017: \$5.758.499
- i. Diferencia por cesantías año 2016: \$3.429.854
- j. Diferencia por cesantías año 2017: \$6.301.335
- k. Diferencia por intereses a las cesantías año 2016: \$116.413
- l. Diferencia por intereses a las cesantías año 2017: \$621.731
- m. Diferencia por indemnización por despido sin justa causa: \$25.414.973

Créditos que deberán ser indexados al momento de efectuar su pago.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal cuarto de la sentencia en el sentido de que también prosperó la excepción de “compensación y pago” propuesta por la demandada.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal 5º de la sentencia de primera instancia el cual quedará así:

QUINTO: Costas a cargo de la demandada y a favor de la parte demandante en un 80% de las causadas.

CUARTO: Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada.

QUINTO. Sin costas en esta instancia

SEXTO: Denegar la liquidación de honorarios allegada por el perito Efrén Arcesio Sánchez Javela por las razones expuestas en precedencia.

En lo que interesa al recurso de casación, invocó la sentencia CSJ SL5584-2017 para sostener que la disponibilidad exigida por un empleador a un trabajador por fuera de la jornada habitual, le impone a este la carga de estar atento al llamado para cumplir obligaciones propias de su labor, lo que puede limitar total o parcialmente la posibilidad de ejercer actividades de distinta índole. En estos eventos, el empleador tiene la obligación de reconocer los recargos legales, independientemente de que el operario disponible preste efectivamente o no un servicio, pues la subordinación se mantiene latente y beneficia, *per se*, a quien cuenta con la garantía de que las vicisitudes que llegaren a presentarse serán atendidas de manera tempestiva por el personal a su disposición.

Por lo anterior, afirmó que la disponibilidad no se desvirtúa ni desnaturaliza por el hecho de que el trabajador ejecute actos propios de la condición humana, como ingerir o comprar alimentos, asearse o descansar, pues sobre estos siempre va a prevalecer la obligación de atender el requerimiento del empleador, debiendo interrumpirse abruptamente para cumplir de manera oportuna con la carga encomendada.

Al examinar las pruebas, dijo que la representante legal de la empresa, en su interrogatorio, se mostró limitada y evasiva en sus respuestas, y aunque desconoció que el término de disponibilidad fuera utilizado en la compañía, en

todo caso aceptó que el área en que prestaba sus servicios el actor era de capital importancia.

Analizó los testimonios de Fernando Zuleta, William Velásquez y Oswaldo Lozano, así como el interrogatorio del accionante, y concluyó lo siguiente: (i) los turnos de disponibilidad que se llevaron a cabo al interior de Comcel, se dieron con ocasión a una política interna de la empresa, para la prestación ininterrumpida del servicio de comunicaciones, es decir, que no fueron ocasionales o esporádicos; (ii) tales jornadas se debían atender obligatoriamente en las fechas previamente establecidas; (iii) existía un aplicativo denominado *calidad de gestión* en el que se registraban aquellos; (iv) las emergencias se atendían mayormente en las instalaciones de la empresa; y (v) ese tiempo de disponibilidad constituía un limitante para desplegar con total libertad actividades personales, familiares, lúdicas, o de cualquier índole.

Examinó las copias impresas de los correos electrónicos (pantallazos) allegados por el actor en los que su jefe inmediato confirmaba o modificaba un turno de disponibilidad establecido con anterioridad. Después de hacer un recorrido minucioso de las actuaciones procesales para verificar su autenticidad, consideró que su alcance debía analizarse en contraste con los demás medios de convicción allegados al proceso por la contraparte, y no debían rechazarse de manera tajante porque, incluso, si no se iban a valorar como documentos, al menos debía atenderse su condición de indicio.

Adujo que, con independencia de la calidad que se dé a las copias allegadas, como documentos o como indicio, correspondía a la demandada aportar el soporte necesario para desvirtuar su contenido, dado que, atendiendo criterios de justicia e igualdad, la carga probatoria recaía en ella al tener la posibilidad real y efectiva de aportarla, pues era la propietaria del aplicativo en el que relacionaban los turnos de disponibilidad. No obstante, Comcel no hizo el mínimo esfuerzo para contradecirlos, *«salvo la manifestación de desconocimiento que, como quedó visto, era totalmente improcedente»*. Luego destacó:

Fue la misma parte demandante quien, en aras de corroborar lo dispuesto en esas copias, solicitó que se requiriera a la entidad demandada a efectos de que aportara la información de los turnos de disponibilidad del demandante, que reposaban en el aplicativo Calidad Gestión. Una vez requerida por el despacho allegó un documento suscrito por el Gerente de Sistemas de Red-COMCEL- que, por decir lo menos, roza con lo hilarante al certificar:

“Que el aplicativo denominado “CALIDAD GESTIÓN” está parametrizado para almacenar información con una antigüedad máximo de 2 meses, llegado el cual se elimina automáticamente.

Que revisado el sistema “CALIDAD GESTIÓN” el día 1/09/20 se pudo evidenciar que la información más antigua es la correspondiente a la fecha 2/07/20”.

Expresó que esa manifestación era poco creíble y la descartó, porque los testigos, al unísono, aseguraron que la información se conservaba de manera indefinida, bien en las plataformas, ora en los *back ups* que se hacían constantemente, para atender los requerimientos del Ministerio de Comunicaciones, consistentes en hacer seguimiento a los daños, o para acudir a procesos judiciales.

Agregó que era un hecho notorio que Comcel era una de las empresas más importantes de telecomunicaciones del

país, y era sobre ella que recaía la obligación de soportar que, de conformidad con la información contenida en su base de datos, lo manifestado por el actor no tenía arraigo en la realidad. Y si pese a tener servidores con capacidad de almacenamiento suficiente para atender a los millones de usuarios del país, *«ha parametrizado sus aplicativos para que borren información (a la que se acude constantemente), en un término de dos meses, ella debe asumir las consecuencias de tal proceder»*.

Enseguida, advirtió que aunque era imperiosa la necesidad de la prueba que justificara las horas extras, la falladora de primer nivel estableció los periodos de disponibilidad del trabajador y las respectivas condenas por trabajo suplementario con base en una inferencia, con lo cual se rebeló contra el criterio jurisprudencial de esta Corporación, vertido en la sentencia CSJ SL1225-2019.

De esa manera, anunció que como las condenas establecidas en primera instancia por trabajo suplementario en tiempo de disponibilidad no tenían arraigo en las fechas demostradas, entonces contrastaría las copias anexadas a la demanda con las demás pruebas recaudadas, a efectos de establecer si de ellas se podían extraer las fechas en las que el actor prestó el servicio de disponibilidad. A continuación, explicó:

Ciertamente, descartar el trabajo suplementario por el hecho de que unas pruebas se hayan descalificado a través de un trámite inadecuado, y porque la demandada faltó al deber procesal de aportar las que tenían en su poder, haría a esta Corporación cómplice de una cadena de desaciertos, so pretexto de sujetarse a la literalidad del recurso de alzada. Siendo evidente que en alzada la entidad demandada busca sacar provecho de su

actuación procesal, cuando alega que la decisión de instancia se derivó de la ausencia de una prueba que, como se viene sosteniendo, era a ella a la que correspondía aportar.

Pero más allá de lo anterior, importa resaltar que la facultad de verificar el material probatorio en su integridad surge en esta Corporación al ponerse en tela de juicio la forma genérica en la que la jueza estableció los periodos de disponibilidad, así como los montos a los que condenó a la demandada.

Por todo lo anterior, pasó a analizar las copias de los referidos correos electrónicos, de la mano de los testimonios, el interrogatorio de parte del actor y los hechos de la demanda, evidencias a partir de las cuales dedujo lo siguiente: (i) los turnos debían ser registrados en la plataforma de calidad gestión; (ii) el correo electrónico de dicha programación era dirigido al jefe de área; (iii) los turnos cubiertos, por regla general, iban de jueves a miércoles, *«no obstante, ha de tenerse en cuenta que el horario extra que inicia el miércoles a las 10 de la noche, terminaba cuando iniciaba la jornada ordinaria, a las 7 am»*; (iv) los periodos en que se cubría la disponibilidad algunas veces eran continuos y en fechas irregulares, es decir, que no tenían un patrón preestablecido o determinable, dado que ellos eran fijados por el demandante y su compañero de área a conveniencia. También concluyó:

5. Que a pesar de que la gran mayoría de turnos de disponibilidad relacionados en la demanda encuentran respaldo en los correos electrónicos cuya imagen se aprecia en las copias impresas, algunos carecen de dicho sustento, por lo que no se tendrán en cuenta al no haberse probado.

6. Que a pesar de que hay unos turnos relacionados en la demanda que no encuentran respaldo en las copias impresas de los correos electrónicos, su cumplimiento sí se demuestra con otros documentos que, valga decirlo, la jueza en momento alguno valoró, como son los **“reportes de tiempo extra y recargos nocturnos dominicales”**, que van de febrero a septiembre de 2017 visible a partir del folio 282 a 289 del archivo 04AnexosDemanda. Estos documentos permiten corroborar que

las actividades de mantenimiento que debían ser supervisadas por el actor se adelantaban en la madrugada, tal como lo indicó el testigo Oswaldo Lozano.

7. Que no se deben tener en cuenta aquellos periodos relacionados en la demanda cuando los correos electrónicos fueron remitidos por Carlos Mario Lotero, pues se entiende que ellos no corresponden a una semana asignada al actor.

8. Que a pesar de que dichos correos establezcan algunos turnos de disponibilidad en cabeza del actor, no se deben tener en cuenta dichos periodos en los que existe prueba de incapacidad o de vacaciones, según la documental aportada por la entidad demandada, la cual casualmente, sí tenía en sus archivos.

9. Que a las condenas se deben descontar los pagos efectuados por la entidad demandada debidamente acreditados en el plenario y,

10. Si se llegare a demostrar que los valores que debe cancelar la demandada superan los establecidos en primer grado, es menester mantener incólumes estos últimos por tratarse de apelante único.

Con base en lo expuesto, estableció el salario promedio con el cual calculó las prestaciones sociales y la indemnización por despido injusto.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte «*case parcialmente*» la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, revoque las condenas impuestas por el *a quo*, y la absuelva totalmente. Con tal propósito formula un cargo por la causal primera de casación, libre de réplica.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia del Tribunal por la vía indirecta, en

la modalidad de aplicación indebida de los artículos 23, 24, 47, 61 literal c), 64, 127, 140, 158, 159, 160, 168, 169, 172, 173, 174, 177, 179, 180, 181, 185, 186, 189, 190, 249, 253 y 306 del CST, 1 de la Ley 52 de 1975, 53 de la CP, y 167 del CGP.

Le enrostra los siguientes yerros fácticos:

1. Dar por demostrado, sin estarlo, que los días que el ad quem relacionó como días de disponibilidad, el señor EDGAR ANDRÉS ESTRADA prestó sus servicios sin solución de continuidad, es decir en todas las horas.
2. Dar por demostrado, sin estarlo, que el señor EDGAR ANDRÉS ESTRADA cuando tenía turnos de disponibilidad, realizaba durante todas las horas y días de esa disponibilidad labores en forma ininterrumpida.
3. Dar por demostrado, sin estarlo, que durante los días en que EDGAR ANDRÉS ESTRADA tenía fechas de disponibilidad laboró en todos los días y las horas, según la tabla que el propio Tribunal construyó y denominó “Jornada suplementaria 2016” y “Jornada suplementaria 2017”.
4. Dar por demostrado, sin estarlo, que la empresa tenía que pagarle al señor EDGAR ANDRÉS ESTRADA la totalidad de las horas, junto con los recargos de ley, así no se hubiere prestado el servicio en los días en que tenía disponibilidad.
5. No dar por demostrado, estándolo, que lo único que tenía que pagar la empresa, cuando había turnos de disponibilidad por parte del señor EDGAR ANDRÉS ESTRADA, era el tiempo realmente laborado.
6. No dar por demostrado, estándolo, que el señor EDGAR ANDRÉS ESTRADA, cuando tenía turnos de disponibilidad, solo laboraba cuando se requerían sus servicios como ingeniero por temas de emergencias o desconexiones en la red de los clientes de la empresa, los cuales fueron reconocidos y pagados por la empresa.

Dice que los mencionados errores se cometieron por la errónea apreciación de los siguientes medios de prueba:

- Las documentales que obran en el expediente a folios 237 a 297 a mano, o 38 a 98 del archivo denominado “Primera Instancia Cuaderno Primera Instancia 2_Cuaderno_2023041421747407” del expediente digital, que contienen los correos electrónicos donde se habla de los turnos de disponibilidad.

- Las documentales que obran a folios 299 a 306 a mano, o 100 a 107 del archivo denominado “Primera Instancia Cuaderno Primera Instancia 2_Cuaderno_2023041421747407” del expediente digital que contienen “reportes de tiempo extra y recargos nocturnos dominicales”.
- Las documentales obrantes a folios 329 a 334 a mano, o 137 a 144 98 del archivo denominado “Primera Instancia Cuaderno Primera Instancia 2_Cuaderno_2023041421747407” del expediente digital.
- Las documentales que obran a folios 429 a 432 a mano, o 288 a 292 del archivo denominado “Primera Instancia Cuaderno Primera Instancia 2_Cuaderno_2023041421747407” del expediente digital denominados “Acumulados de conceptos por empleado” de los años 2016 y 2017, y fueron la base para elaborar los cuadros denominados “Jornada suplementaria 2016” y “Jornada suplementaria 2017”.
- La prueba de confesión contenida en el interrogatorio de parte rendido por el demandante en la audiencia llevada a cabo el día 29 de septiembre de 2021, como consta en el archivo denominado “66001310500420190032301_L660013105004CSJdownloa_0 2_20210929_080000_V” del archivo digital, entre el minuto 1:51:28 al minuto 2:22:08.
- La prueba de confesión contenida en el interrogatorio de parte rendido por la Representante Legal de COMCEL S.A. en la audiencia llevada a cabo el día 29 de septiembre de 2021, que consta en el archivo denominado “66001310500420190032301_L660013105004CSJdownloa_0 2_20210929_080000_V” del archivo digital entre el minuto 08:26 al minuto 33:34.
- La confesión contenida en los hechos 6, 24 y 35 del escrito de demanda.
- El testimonio rendido por el señor Fernando Zuleta en la audiencia pública llevada a cabo el día 29 de septiembre de 2021, como consta en el archivo denominado “66001310500420190032301_L660013105004CSJdownloa_0 2_20210929_0800 00_V” del archivo digital entre el minuto 2:26:20 al minuto 3:04:11 y entre el minuto 0:00:00 y 0:33:00 del archivo denominado “66001310500420190032301_L660013105004CSJdownloa_0 3_20210929_111000_V” del expediente digital.
- El testimonio rendido por el señor Wilson Velásquez en la audiencia pública llevada a cabo el día 30 de septiembre de 2021, como consta en el archivo denominado “66001310500420190032301_L660013105004CSJdownloa_0 4_20210930_092300_V” del archivo digital entre el minuto 0:06:25 al minuto 1:20:56.
- El testimonio rendido por el señor Oswaldo Lozano en la

audiencia pública llevada a cabo el día 30 de septiembre de 2021, como consta en el archivo denominado “66001310500420190032301_L660013105004CSJdownloa_04_20210930_092300_V” del archivo digital entre el minuto 1:22:55 al minuto 2:29:50.

Para su demostración, aduce que el colegiado se apartó de la línea jurisprudencial fijada por esta Corte en las sentencias CSJ SL1514-2023, SL5584-2020 y SL2999-2022, al tomar los días de disponibilidad como si el trabajador los hubiese laborado efectivamente, sin que mediara prueba alguna que así lo demostrara, pues lo único que hizo fue elaborar un cuadro con los días de disponibilidad, y le asignó el valor de horas extras diurnas, nocturnas, dominicales o festivas. Dice que, de esta manera, el Tribunal estableció un salario inexistente sobre el que liquidó las prestaciones sociales de los años 2016 y 2017 y la indemnización por despido injusto.

Asegura que el *ad quem* también desconoció el precedente de esta Corporación sobre la veda que tiene la alzada de efectuar cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número de horas laboradas, premisa que apoya en la sentencia CSJ SL1393-2022.

Esgrime que los correos electrónicos carecen de fecha inicial y final (f.º 237-297), pero que, en todo caso, de ellos no era posible determinar el número de horas laboradas por el accionante atendiendo requerimientos de los clientes por fallas e interrupciones en el servicio cuando se encontraba en disponibilidad; *contrario sensu*, con los legajos que militan a folios 330 a 334 y 429 a 432, en los cuales se evidencian los pagos realizados, sí se podían especificar las horas extras

que efectivamente trabajó el demandante.

Resalta que el fallador plural no valoró adecuadamente la demanda, concretamente los hechos 6, 24 y 35, así como tampoco el interrogatorio de parte rendido por el actor, pues este confesó que le pagaron los recargos de ley cuando efectivamente laboró estando en disponibilidad, y que nunca prestó sus servicios permanentemente y sin solución de continuidad, comoquiera que podía descansar y dormir, a tal punto que en el transcurso de la noche se levantaba a revisar el celular, se preparaba sus alimentos y solo atendía eventos ocasionales.

Afirma que lo que se deduce del interrogatorio de parte del representante legal de la compañía es que al trabajador le cancelaban las horas extras que laboraba, y que en el tiempo en que estaba en disponibilidad gozaba de plena autonomía para el desarrollo de sus actividades, pues solo era requerido si se presentaba algún evento.

Estima que si el Tribunal hubiera estudiado en conjunto las pruebas referidas, habría deducido que no quedó acreditado el número exacto de horas laboradas estando en disponibilidad.

Por último, trae apartes de los testimonios rendidos por Fernando Zuleta, Wilson Velásquez y Oswaldo Lozano y dice que de allí no era posible concluir que el actor prestara sus servicios en las fechas y horas plasmadas en la decisión criticada, pues ni siquiera compartían espacio físico fuera de la jornada laboral, y en lo que sí coincidieron fue en señalar

que se le pagaba el tiempo suplementario, y que era imposible que dejara de comer, dormir o atender sus necesidades habituales, incluso en los periodos de disponibilidad, tiempo durante el cual no había prestación del servicio.

VII. CONSIDERACIONES

Le corresponde a la Sala determinar si el Tribunal se equivocó al considerar que el tiempo en disponibilidad podía ser tenido en cuenta como salario para liquidar las prestaciones sociales y la indemnización por despido injusto, y si realmente quedó acreditado o no.

Pues bien, dado el problema jurídico planteado, importa recordar que la disponibilidad laboral, en sí, no ha sido regulada por las normas laborales colombianas, pero, en atención al uso que se le da a esa figura, esta Corte ha desarrollado algunas posturas al respecto, debido a su relevancia frente a la subordinación de que trata el artículo 23 del CST. Inicialmente, en providencia CSJ SL, 11 sep. 1997, rad. 9947 (que a su vez relacionó la SL, 11 may. 1968, G.J. CXXVII, números 2300 a 23002), memorada en la SL, 14 ag. 2007, rad. 30461, precisó:

b). - El elemento de disponibilidad del trabajador frente a su empleador permite entender que los descansos extralegales son computables como parte de la jornada, pero tal disponibilidad no puede concebirse con un carácter absoluto como lo tuvo el Tribunal, sino dentro del marco conceptual señalado por esta Sala, que se encuentra sentado en sentencia de la cual es pertinente transcribir los siguientes apartes:

“... no toda ‘disponibilidad’ o vocación permanente, por un periodo más o menos largo, a prestar el servicio efectivo, puede calificarse como trabajo para enmarcarlo dentro de la jornada ordinaria o la suplementaria delimitadas en la ley, pues esta llamada

‘disponibilidad’ tiene tales matices de servicio más o menos frecuentes, y de descansos, tiempo para tomar alimentos, oportunidades de ocuparse en actividad diferente del servicio objeto del compromiso y aún, en ocasiones, de servir a personas diferentes o trabajar en forma autónoma, que encasillar toda ‘disponibilidad’ dentro de la jornada que hace relación a la propia actividad laboral, es propiciar un criterio que conduciría en numerosas situaciones al absurdo (...).

“No pudiendo adoptarse, por lo anotado, el criterio general de la ‘disponibilidad’ como trabajo, es necesario establecer cuándo y en qué medida el no cumplir la actividad concreta laboral sino mantenerse a órdenes del patrono, significa servicio y se incluye en la jornada de trabajo. Porque si esta modalidad de mantenerse a órdenes del patrono se cumple en el lugar de servicio, sin posibilidad de retirarse de él y sin ocasión de destinar tiempo para tomar alimentos, dormir o cumplir ninguna actividad lucrativa propia, es indudable que tal ‘disponibilidad’ si encaja dentro de la asimilación al servicio para enmarcarla en la jornada laboral. Y lo propio ocurre si el trabajador debe radicarse, con las modalidades anotadas, en determinado lugar. Pero si la ‘disponibilidad’ permite al subordinado emplear tiempo en alimentarse, dormir, salir del sitio de trabajo y permanecer en su propia casa, sólo dispuesto a atender el llamado de trabajo efectivo cuando este se presente, no puede considerarse dentro de la jornada laboral el tiempo empleado en alimentarse o en dormir o en ocuparse en su propio domicilio en actividades particulares, aunque no lucrativas... Es cierto que la ‘disponibilidad’ normalmente conlleva una restricción a la libertad de aprovechamiento autónomo del tiempo por el trabajador, por la necesaria radicación en determinados sitios para la facilidad de atención al servicio demandado, pero ello también ocurre, ya en tratándose específicamente del servicio a otros patronos, con la cláusula de exclusividad en el contrato, sin que tal pueda significar una jornada laboral de veinticuatro horas. Mas la sola ‘disponibilidad’ convenida en el contrato de trabajo puede determinar por esa restricción a la libre disposición de su tiempo por el trabajador, una retribución por sí sola, ya que queda compensada dentro del salario que corresponda a la jornada ordinaria laboral, es decir con el salario corriente estipulado en el contrato cuando es salario fijo, así no se desempeñe ningún servicio efectivo por algún lapso o este trabajo sea inferior en duración a la jornada ordinaria...” (Casación del 11 de mayo de 1968, G.J. CXXVII, números 2300 a 23002, pág.240)”. (Resalta la Sala)

Más adelante, en sentencia CSJ SL5584-2017, la

postura de la Corporación varió al explicar lo siguiente:

Según se desprende de los documentos denunciados por la censura, los demandantes fueron programados para realizar diferentes turnos operativos algunos sábados, domingos y festivos, para el período comprendido entre los años 2004 a 2007, razonamiento al que llegó el ad quem, y pese a que señaló que *«la realidad procesal que revelan los autos es que efectivamente, los promotores del litigio por acuerdo con su empleadora común, se pusieron a disposición de ésta, algunos fines de semana, sin necesidad de desplazamiento al lugar habitual de sus labores»*, indicó que se debió demostrar que el “trabajo a domicilio” era habitual, o que el servicio se prestó durante tales días y horas, más no la mera disponibilidad, con lo que desconoció la realidad de esas piezas procesales, toda vez que los accionantes estaban bajo las órdenes de su empleador, con limitación para desarrollar las actividades que a bien tuvieran, y que fueran ajenas a las labores contratadas, sino siempre a estar disponibles frente a algún inconveniente que se presentara en los servicios prestados por la demandada, tanto así que *«durante los turnos operativos los monitoreos a las centrales se deben realizar remotamente desde los equipos portátiles previstos en cada tecnología»*, y *«Los daños en Aires Acondicionados y Plan de emergencia se deben realizar remotamente desde los equipos portátiles previstos en cada tecnología»*, con lo cual es claro el error en el que incurrió el Tribunal.

En efecto, el yerro del sentenciador de alzada condujo a revocar la sentencia de primera instancia, en perspectiva de los medios de prueba que ya se relacionaron, lo que llevó a obtener una inferencia ostensiblemente equivocada, en el sentido de considerar que la sola disponibilidad del trabajador en los diferentes turnos que le programó el empleador durante varios fines de semana, no le daban derecho al pago de los mismos, sino cuando se materializara realmente alguna actividad a favor de este último.

Y es que a juicio de la Corte, el simple sometimiento del asalariado de estas a disponibilidad y atento al momento en que el empleador requiera de algún servicio, le da derecho a devengar una jornada suplementaria, así no sea llamado efectivamente a desarrollar alguna tarea, ello se afirma por cuanto no podía desarrollar actividad alguna de tipo personal o familiar, pues debía estar presto al llamado de su empleador y de atender algún inconveniente relacionado con los servicios prestados por la demandada. (Resalta la Sala)

Recientemente, explicó la Corte que *«la sola disponibilidad a prestar los servicios —en los eventos en que estos no se materializan—, no genera por sí sola remuneración*

por trabajo suplementario y demás recargos, sino que el elemento determinante para ello, es que el laborante no pueda disponer libremente de su tiempo» (CSJ SL1514-2023).

Del recuento jurisprudencial expuesto es posible identificar que, para que el tiempo en disponibilidad se tenga en cuenta como trabajo suplementario, es necesario que el trabajador se encuentre restringido en la disposición de su tiempo, situación que cobra sentido si se tiene en cuenta la definición y elementos propios de la misma que fueron analizados en el proveído CSJ SL4883-2020, así:

La disponibilidad es la situación del trabajador, por efecto de la cual está sujeto al espectro de subordinación laboral propio de la relación de trabajo, de manera que es el empleador el que determina la disponibilidad, mediante el establecimiento del horario de trabajo, y excepcionalmente, mediante la imposición de turnos.

Así pues, el horario de trabajo, que se ejecuta con observancia de las reglas que determinan la jornada, es el momento temporal dentro del cual el empleador está facultado para ejercer la subordinación propia de la relación de trabajo y, en consecuencia, es el período durante el cual el trabajador está a disposición de este.

Conforme con lo anterior, el empleador puede exigir el cumplimiento de las actividades propias de las funciones del trabajador durante el horario, pues es en ese lapso en el que el trabajador está disponible al efecto y está obligado a cumplir con las labores propias de su cargo.

Explicado todo lo anterior, a la conclusión que llega la Corte es que la disponibilidad no es una figura inamovible, y que es necesario en cada caso verificar las particularidades en las que fue aplicada, pues si bien se puede entender que a falta de materialización de la prestación efectiva del servicio tampoco se genera remuneración, el juez puede llegar a la convicción de que, en realidad, el trabajador estaba

restringido en su disposición del tiempo.

Visto lo anterior, no lucen desatinadas las conclusiones a las que arribó el Tribunal, como quiera que de las pruebas analizadas entendió que los discutidos turnos de disponibilidad sí restringían al demandante, debido a que: derivaban de las políticas internas de la empresa para que no existiera interrupción en el servicio de telecomunicaciones; debían realizarse obligatoriamente en las fechas establecidas; y las emergencias se atendían regularmente en las instalaciones de la compañía y en un lapso no mayor a 30 minutos, lo que en consecuencia limitaba que desplegara otras actividades.

Dicho esto, se cae por su propio peso el argumento de la censura referente a que el sentenciador de la alzada tomó su decisión sin que mediara prueba de que el servicio se prestó sin interrupciones, pues nótese que justamente lo que hizo fue analizar los correos electrónicos, los testimonios y los interrogatorios de parte, los que además cotejó con los hechos de la demanda. Así, contrario a lo manifestado por la recurrente, el Tribunal hizo una valoración integral de los medios de convicción allegados, al punto que excluyó los periodos en que no encontró acreditada la prestación del servicio, o los que, al cruzarlos con vacaciones o incapacidades, no pudo haber laborado el actor, lo que llevó a disminuir las condenas.

Adicionalmente, las aseveraciones referentes a que los correos electrónicos donde aparecían los turnos no tenían fecha inicial ni final son novedosas en casación, pues nunca

fueron planteadas en las instancias. De todas formas, el reproche es irrelevante, puesto que la convicción del colegiado está fundada en otros medios demostrativos, a partir de los cuales pudo colegir que esos periodos se extendían por siete días, y que empezaban a las 7:00 a.m. y finalizaban a las 6:59 a.m.

En lo concerniente a que los documentos obrantes a folios 330 a 334 y 429 a 432 son los que acreditan el tiempo en que sí se prestó efectivamente el servicio, basta con explicar que justamente el motivo que tuvo el trabajador para incoar la acción fue que en realidad no le estaban pagando de forma completa los turnos, y en razón a ello fue que las instancias hallaron demostrada la subordinación en todo el periodo de disponibilidad, lo que encuentra respaldo normativo en el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades (art. 53 CP).

En cuanto a la demanda, hay que decir que los hechos 6, 24 y 35 no contienen confesión alguna, pues lo que allí plasmó el demandante inicial fue que la empresa implementó la estrategia de turnos de disponibilidad que correspondían a 24 horas durante 7 días a la semana, que por lo general iban de jueves a jueves, y que durante ese tiempo *«tenía la obligación de contestar, en cualquier momento, las llamadas provenientes de funcionarios de COMCEL S.A., y atender inmediatamente los requerimientos u órdenes de éstos»*. Por lo tanto, es claro que el actor no dijo en esa pieza procesal algo que le desfavoreciera.

Cabe predicar lo mismo del interrogatorio de parte del

actor, pues lo que dejó en claro era que en el tiempo en que estaba en disponibilidad debía estar pendiente del llamado de la empresa, lo que cambiaba sustancialmente sus rutinas, comoquiera que no podía dirigirse a cualquier lugar que quisiera, siendo que, al ser solicitado, debía devolverse inmediatamente a la oficina. Ahora, si bien dijo que era posible dormir por momentos, no lo podía hacer de forma normal,

[...] porque me tocaba estar despertándome a la medianoche a verificar mi celular, a ver si me entra una llamada, un mensaje, ya últimamente con *WhatsApp* inclusive, para verificar. Inclusive tenía un teléfono de otro operador para yo llamarme mismo (sic) porque si no llegaban llamadas quería verificar que estuviera en cobertura porque, pues, estaba cumpliendo el turno de disponibilidad. Entonces, el descanso no era óptimo realmente cuando estaba disponible.

Y en cuanto a la alimentación, explicó que en esas ocasiones debía preparársela él mismo por estar imposibilitado para ir a un restaurante, debido a que tenía que estar al pendiente de los llamados, lo que a todas luces no constituye confesión alguna, sino, por el contrario, una declaración coherente con lo manifestado desde los albores del juicio, en el sentido de que estaba subordinado durante el período de disponibilidad.

Ahora, aunque el interrogatorio de la accionada no debe ser valorado porque a nadie le está dado fabricar su propia prueba, de él se puede rescatar que la empresa sí ejercía una subordinación total en el tiempo de disponibilidad, ya que, cuando la jueza le preguntó si los llamados los hacían a cualquier hora, respondió que sí, puesto que las fallas se podían presentar en cualquier momento por no ser

situaciones evitables, debido a que se trataba de problemas técnicos.

Finalmente, los testimonios no son prueba válida para demostrar el yerro fáctico en casación (art. 7 L. 16/69).

Por último, es del caso agregar que el Tribunal fue tajante al señalar que la demandada tuvo en sus manos las herramientas para demostrar que el actor no prestó sus servicios de tiempo completo, pues le fue solicitado que aportara los registros que se encontraban en la plataforma *calidad gestión*, pero como no lo hizo, el fallador plural echó mano de los medios de prueba que consideró conducentes, y extrajo de allí que el accionante estaba restringido en el periodo en que prestaba los turnos de disponibilidad, hallazgo que lo condujo a decidir que se debía sumar como prestación efectiva del servicio.

Esta precisión es importante, toda vez que, sin fundamento alguno, la censura plantea que el colegiado hizo cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número de horas laboradas en disponibilidad, siendo que, por el contrario, fue el Tribunal el que advirtió que la *a quo* había procedido de esa manera, y corrigió la actuación, mediante una valoración integral de las pruebas que le permitió apreciar las horas que el trabajador estuvo en disponibilidad, sometido a la subordinación del empleador, y que, por lo tanto, debían serle pagadas a aquel, y por contera, incluirse en la base para liquidar las prestaciones sociales y la indemnización por despido injusto. En suma, el cargo no

prospera. Sin costas por no existir réplica.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida el veinticinco (25) de julio de dos mil veintidós (2022) por la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **EDGAR ANDRÉS ESTRADA HENAO** contra **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.**

Sin costas en casación.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Firmado electrónicamente por:



ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA



ÓMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA



GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 441B3294BC4A18B0A659FDF0E3DABC7E1BA782AEA0A104A4033F08694330856

Documento generado en 2024-04-08