JORGE PRADA SÁNCHEZ
Magistrado ponente

SL5432-2019
Radicación n.° 64283
Acta 44

Bogotá D. C., once (11) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por **ECOPETROL S.A.**, contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., el 31 de mayo de 2013, en el proceso que instauró **JULIO EDUARDO URQUIJO NEIVA** contra la recurrente.

I. ANTECEDENTES

Julio Eduardo Urquijo Neiva llamó a juicio a Ecopetrol S.A., con el fin de que fuera condenada al reconocimiento y pago del recargo nocturno por $40.395.040, por el periodo comprendido entre julio de 2007 y julio de 2010, de conformidad con el artículo 115 de la Convención Colectiva

de Trabajo. En consecuencia, solicitó reliquidación de cesantías y sus intereses, vacaciones, prima de vacaciones y demás prestaciones legales y extralegales por el mismo lapso. Pidió incluir *«como gananciales para la liquidación final de la pensión de jubilación»*, el valor del recargo nocturno, el descanso trabajado y cancelado, y los dominicales y festivos durante el último año de servicio, junto con la indemnización moratoria y las costas procesales (fls. 4 a 12).

Afirmó que entre Ecopetrol S.A. y la Unión Sindical Obrera –USO-, se pactó una convención colectiva de trabajo que fijó las normas que rigen los contratos individuales de trabajo del personal sindicalizado; además, existe el Acuerdo 01 de 1977, que gobierna las relaciones del personal de dirección, técnico y de confianza de la compañía.

Manifestó que laboró para la encausada como *«Supervisor Uno de Operaciones»* en la Planta Caño Limón, por turnos sucesivos de 12 horas diarias, comprendidos *«entre las 06:00 a.m. a las 18:00pm»* y *«de las 18:00 pm a las 06:00 am»;* que las horas extras diurnas, nocturnas, dominicales y festivos de los 3 últimos años de servicio se liquidaron de acuerdo con el artículo 139 de la Convención Colectiva de Trabajo, por manera que percibió $8.050.051 por descansos obligatorios entre el 15 de agosto de 2009 y el 31 de julio de 2010, y $4.574.148 por domingos y feriados del 31 de julio de 2009 al mismo día y mes del 2010, que no se colacionaron en la liquidación final de prestaciones sociales, ni en la pensión de jubilación.

Señaló que percibió como salario básico mensual las sumas de: $2.835.000 para 2007, $3.030.000 en 2008, $3.175.000 para 2009 y $3.278.188 a 2010, pero no se incluyeron las jornadas laborales nocturnas. Agregó que la demandada liquidó y pagó las cesantías parciales y finales con el promedio de lo devengado en los 3 años anteriores a su retiro, que no sobre el último, y que le fue reconocida la pensión de jubilación a partir del 31 de julio de 2010, en virtud del artículo 109 del acuerdo colectivo.

Ecopetrol S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda y, en su defensa, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe y compensación (fls. 372 a 383).

Aceptó la existencia de la convención colectiva y aclaró que el régimen salarial del actor correspondió al fijado por el Acuerdo 01 de 1977. Negó que el demandante tuviera derecho al pago de recargos nocturnos, toda vez que fue empleado de confianza y manejo, excluido de la regulación sobre jornada máxima legal, en los términos del artículo 162 del Código Sustantivo del Trabajo, y afirmó que, por escrito, el trabajador convino con la empresa la inclusión del valor de los sobretiempos y de las labores ejecutadas en *«tiempo nocturno»*, en el salario mensual.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante proveído de 31 de mayo de 2011 (fls. 557 a

566), el Juzgado Sexto Laboral del Circuito Adjunto de Bogotá D.C., condenó a Ecopetrol al reconocimiento y pago indexado de $11.353.849 por recargo nocturno, $945.147 por cesantías y $95.887 por sus intereses, $945.147 por primas de servicios y $472.573 por vacaciones. Así mismo, ordenó la reliquidación de la pensión de jubilación por valor de $6.960.327, indexada desde la fecha de reconocimiento hasta el pago.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Se surtió por apelación de la Empresa Colombiana de Petróleos y culminó con la sentencia gravada. El Tribunal confirmó la decisión de primer grado y no impuso costas en la alzada (fls. 12 a 21).

En lo que interesa al recurso extraordinario, luego de referirse al reconocimiento de los recargos nocturnos que hallara acreditados el *a quo*, el Tribunal delimitó el problema jurídico al estudio de la comunicación 07995 del 28 de enero de 2000, a través de la cual, las partes acordaron la «*sobreremuneración* (sic) *por las labores ejecutadas por el tiempo nocturno*».

Estimó que la condición de trabajador de dirección, confianza y manejo, no excluía el reconocimiento de los recargos nocturnos de que trata el artículo 168 del Código Sustantivo del Trabajo pues, si bien, se exceptuaba el pago de horas extras al no estar sujetos a la jornada máxima

prevista en el 161 del estatuto laboral, dicha circunstancia no incidía sobre el tiempo trabajado en horas de la noche.

Transcribió la comunicación obrante a folios 407 a 408 y consideró que la aceptación expresa de la incorporación de la remuneración por trabajo nocturno en el salario mensual convenido, era ineficaz en aplicación de lo preceptuado por el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo, en consonancia con el 13 del mismo estatuto.

Finalmente, reprodujo el artículo 132 *ibídem,* y discurrió en los siguientes términos:

> *Del referente normativo en cita, dimana en forma diáfana que los derechos que el legislador estableció en el Código Sustantivo del Trabajo constituyen un referente mínimo que no puede ser desconocido, y que dentro de este catálogo de derechos consagró el de percibir un recargo cuando el trabajo se ejecuta en jornadas nocturnas, salvo que entre las partes se acordara el reconocimiento de un salario integral en los términos del numeral 2 del artículo 132 del C.S.T.; por tanto, el desconocimiento de esta prerrogativa acorde con lo establecido en el artículo 43 ibídem deviene ineficaz por ministerio de la ley.*
>
> *No de otra forma puede interpretarse que el Legislador en el numeral 2° del artículo 18 de la Ley 5 de 1990, hubiere sido especialmente cuidadoso en disponer que a pesar del carácter irrenunciable de los derechos contenidos en el Código Sustantivo, es procedente acordar la retribución en forma anticipada de los "recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno" siempre y cuando se hubiese previsto salario integral como retribución de los servicios.*
>
> *Así las cosas, a pesar de que entre las partes se acordó que el salario percibido por el demandante a partir del 1 de febrero de 2000 de antemano remuneraría el recargo nocturno, a juicio de la*

Sala tal acuerdo resulta ineficaz; y en esas condiciones no hay (sic) *lugar a acceder al planteamiento expuesto por el operador judicial de primer grado.*

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandada, fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, que procede a resolverlo.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, revoque la decisión de primer grado y, en su lugar, absuelva a Ecopetrol S.A. de las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito formula un cargo, replicado en oportunidad.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa violación directa, por infracción directa del artículo 170 del Código Sustantivo del Trabajo, lo que conllevó la aplicación indebida de los artículos 13, 43, 132, 160, 168 y 467 del Código Sustantivo del Trabajo, en relación con los artículos 161 y 162 *ibídem.*

Reproduce apartes de la sentencia CSJ SL 9 ago. 2001, rad. 35755 y afirma que, dado que el Tribunal declaró la ineficacia de la cláusula que pactó el pago anticipado por

tiempo nocturno, procede el estudio del cargo por la vía jurídica, en tanto se discute la validez del convenio suscrito entre las partes.

Asevera que si el Tribunal no se hubiera rebelado contra el artículo 170 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual regula el salario en caso de turnos, no habría incurrido en la aplicación indebida del numeral 2, del artículo 32 del mismo estatuto sobre salario integral y, el 43 y 13 en punto al mínimo de derechos y garantías de los trabajadores pues, la norma ignorada *«permite de forma expresa que dentro del salario se estipulen salarios uniformes para el trabajo diurno y nocturno, por tanto, no podía ni debía quitarle eficacia a la cláusula salarial pactada entre las partes, además,* [que] *ninguna discutió la validez de dicha cláusula».*

Por las mismas razones, afirma, el juzgador de alzada incurrió en la aplicación equivocada del artículo 168 de la misma codificación, pues al pretermitir el citado canon 170, pasó por alto la facultad que le asistía a las partes de convenir el salario diurno y nocturno en un mismo monto, dadas las actividades similares o análogas.

Para cerrar, añade:

> *[...] es de señalar, que en la cláusula consecuencia del pacto entre las partes al estipular un salario en donde se indica que el recargo nocturno está incluido, no carece de validez ni eficacia, por lo que no debió el Tribunal como lo hizo, declarar tales efectos para la cláusula suscrita entre las partes; es de advertir, que ninguna de las partes discutió el pacto celebrado entre las mismas, por lo que*

se debe dar por sentado que el mismo fue conforme a lo expresado en el artículo 170 del estatuto laboral, así las cosas, si el Tribunal no se hubiese rebelado contra la norma y no hubiese sido displicente e ignorar tal precepto normativo, y por el contrario la hubiese tenido en cuenta, habría absuelto de todo cargo y condena a la demandada.

VII. RÉPLICA

Sostiene que el *ad quem* no pudo incurrir en los yerros jurídicos enrostrados, en la medida en que halló acreditado que la demandada reconoció y liquidó el recargo nocturno establecido en el artículo 115 del acuerdo convencional, circunstancia que no podía desconocer en el litigio.

VIII. CONSIDERACIONES

No es materia de discusión en el recurso extraordinario que Julio Eduardo Urquijo laboró para Ecopetrol S.A. como «*Supervisor Uno de Operaciones*», que corresponde a un cargo de dirección, técnico y de confianza de la Empresa Colombiana de Petróleos, que prestó sus servicios por turnos sucesivos de 12 horas diarias entre jornadas diurnas y nocturnas, las cuales fueron debidamente reconocidas y pagadas por la recurrente.

Dado que la censura se propone demostrar la infracción directa del artículo 170 del Código Sustantivo del Trabajo, que regula la labor en equipo, por manera que ignoró la facultad de que gozan el patrono y sus trabajadores para pactar la uniformidad salarial de las jornadas diurnas y

nocturnas y, por contera, aplicó indebidamente los artículos 13, 32 numeral 2, 43 y 168 del estatuto sustancial laboral, la Sala observa que tal planteamiento corresponde a un medio nuevo no debatido en las instancias, en tanto dichos argumentos solo vienen a ser expuestos en la sustentación del recurso extraordinario. En efecto, brilla por ausente no solo en la contestación del libelo introductorio, sino también en la apelación, la proposición relativa a la participación del actor en algún equipo de trabajo, que es la modalidad que contempla el precepto legal que se denuncia inaplicado, a más que fue una hipótesis no debatida a lo largo del decurso procesal.

Conviene memorar que esta Corporación ha destacado que el sendero del litigio no puede variarse abruptamente luego de trabarse la relación jurídico-procesal, en tanto ello comporta el desconocimiento de principios constitucionales, como los de buena fe, debido proceso, lealtad procesal e incluso el de confianza legítima, siempre que no se trate de un hecho sobreviniente, acaecido en el transcurso del proceso, que deba ser tenido en cuenta por los falladores al momento de resolver, hipótesis que no corresponde al caso bajo examen.

Sobre este tópico se pronunció la Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL5464-2018, en la cual razonó:

[...]

En este orden, los dos aspectos que son el soporte de las acusaciones, constituyen un hecho nuevo, lo cual está proscrito en

casación laboral, como de manera pacífica y consistente lo ha adoctrinado esta Corte, señalando, que este recurso extraordinario no puede ser utilizado por los sujetos procesales para plantear asuntos que las partes pretermitieron abordar en las instancias o pudieron darle solución a través de los instrumentos procesales correspondientes, tal y como se ha dicho, entre muchas otras, en la sentencia CSJ SL653-2018, en donde se reiteró la CSJ SL8546-2017.

En lo concerniente a la ineficacia de la cláusula en la que se pactó la «*sobreremuneración* (sic) *del salario nocturno*», a pesar de que no formó parte, cumple acotar que tal acusación debió enderezarse mediante la formulación del cargo por violación de medio, por la senda fáctica, para habilitar a la Sala para que examinara las piezas procesales, dado que dicho estudio no es posible adelantarlo por la senda seleccionada.

Ahora, como quiera que la impugnante manifiesta que la falta de discusión sobre la estipulación pactada, conlleva la aceptación de la contratación por turnos rotativos del tantas veces citado artículo 170, se impone no ignorar que la carga de demostrar la formalidad de la compensación de los recargos diurnos y nocturnos en una misma remuneración, gravita sobre quien la alega, es decir, sobre el empleador. Sobre el punto en proveído CSJ SL, 19 ago. 1964, GJ CVIII, n.° 2273, pág. 502-508, esta Sala consideró:

De la ausencia de elementos de juicio que acrediten la estipulación sobre salario uniforme para compensar los recargos legales por trabajo diurno y nocturno a que se refiere el artículo 170, no puede deducirse, dice el Tribunal, que no hubiera existido la compensación. Observa la Sala que la estipulación en referencia es uno de los presupuestos de la situación jurídica regulada por la

citada previsión legal. Es un hecho constitutivo que incumbe probar a quien lo alegue; de la falta de prueba al respecto no puede llegarse a la conclusión a que arriba el fallador, sino muy al contrario, a la de su inexistencia. De otro lado, el patrono, en la respuesta a la demanda, no planteó la cuestión relativa a la prestación del servicio conforme a la modalidad prevista en la norma precita, ni en el juicio aportó pruebas en tal sentido, ni presentó alegación alguna con tal finalidad, las consideraciones del fallador sobre los enunciados aspectos se hallan, como se ve, fuera de la situación de hecho y derecho planteada por los litigantes.

Con todo, importa precisar que si la Corte abriera paso al estudio jurídico planteado por la recurrente, en punto a la aplicación del artículo 170 del Código Sustantivo del Trabajo, llegaría a la misma conclusión de la sentencia gravada, en la medida en que, tal cual lo ha aleccionado esta Corporación de tiempo atrás, el trabajo rotatorio por equipos, está sujeto a la jornada máxima legal o, en su caso, a la convenida por los contratantes, de suerte que la ausencia de acreditación de la estipulación sobre el salario uniforme para compensar los recargos diurnos y nocturnos, implica que deban resolverse conforme a las normas legales correspondientes, además de la demostración de que se trató de un trabajo ejecutado por equipos o grupos de operarios que se rotan por turnos sucesivos, que no se probó en el caso presente, toda vez que, a pesar de que en el documento que suscribieran las partes (fls. 407 a 408), se acordó la remuneración anticipada por el trabajo nocturno, no se especificó cual era el equivalente a la compensación por dicho horario, ni se hizo referencia a que la labor que desempeñara el demandante, se ejecutara por equipos o por turnos entre operarios de una misma actividad. Así lo enseñó esta Sala de Casación, en el fallo atrás referenciado:

Condiciones requeridas para la aplicación del artículo 170 del CST. el turno diurno o nocturno, en trabajos por equipos, está sujeto a la jornada máxima legal, o en su caso, a la convenida por los contratantes, por lo cual, toda labor que la exceda, da lugar al recargo legal correspondiente. De la ausencia de elementos de juicio que acreditan la estipulación sobre salario uniforme para compensar los recargos legales por trabajo diurno y nocturno a que se refiere el artículo 170 CST no puede llegarse a otra conclusión sino a la de inexistencia de la compensación.

Para la aplicación del artículo 170 se requiere el lleno de estas condiciones: a) Que se trate de una labor por equipos; b) Que la labor implique la rotación sucesiva de turnos diurnos y nocturnos; y c) Que las partes hayan estipulado salarios uniformes para el trabajo diurno y nocturno, en tal para el trabajo diurno y nocturno, en tal forma que, el acordado, compense el recargo legal por el servicio nocturno.

Los presupuestos de la norma tienen una explicación: en cuanto al del literal a), el trabajo debe ejecutarse por equipo, es decir, por un grupo de operarios organizados para un fin o servicio determinado. Respecto al del literal b), es necesario que el trabajo por equipos es rotatorio y sucesivo, de tal manera que cada operario preste servicios en turnos diurnos y nocturnos. En relación con el del literal c), aunque el trabajo por equipos se ejecute en turnos rotativos, diurnos y nocturnos, si no ha mediado estipulación entre las partes sobre salario fijo o uniforme que compense el recargo por el trabajo nocturno, debe éste pagarse conforme a la ley.

Si en el caso litigioso, el actor prestó servicios en jornadas continuas de 24 horas al día, con descanso compensatorio durante las 24 horas del día siguiente, como lo afirma el Tribunal, ya no se está dentro de la hipótesis que contempla el artículo 170 en estudio, porque cada tuno comprendería el trabajo diurno y el nocturno de doce horas cada uno, en exceso de la jornada máxima legal.

El turno diurno o nocturno, en trabajos por equipos, está sujeto a la jornada máxima legal, o, en su caso, a la convenida por los contratantes, por lo cual, toda labora que la exceda, da lugar a recargo legal correspondiente. Puede éste producirse por el simple trabajo nocturno, por el extra diurno o extra nocturno, según aparezca de las pruebas del juicio. (CSJ SL, 19 ago. 1964, GJ CVIII, n.° 2273, pág. 502-508).

Así las cosas, con facilidad se colige que el Tribunal no incurrió en las distorsiones jurídicas señaladas por la demandada, pues lo cierto es que, al no cumplirse los presupuestos exigidos por la jurisprudencia, no era el artículo 170 del Código Sustantivo del Trabajo, el llamado a resolver el asunto.

Por lo dicho, el cargo no prospera.

Las costas en el recurso extraordinario, a cargo de la demandada, dado que hubo réplica. En la liquidación, inclúyase la suma de $8.000.000 como agencias en derecho. Aplíquese el artículo 366-6 del Código General del Proceso.

IX. 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 dictada el 31 de mayo de 2013, por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JULIO EDUARDO URQUIJO NEIVA** contra **ECOPETROL S.A.**

Costas, como se dijo.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Secretaría Adjunta

Se deja constancia que en la fecha se fijó **edicto.**

Bogotá, D. C., 13 DIC 2019 8am

SECRETARIO ADJUNTO

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Secretaría Adjunta

Se deja constancia que en la fecha se desfija **edicto.**

Bogotá, D. C., 13 DIC 2019 5pm

SECRETARIO ADJUNTO

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Secretaría Adjunta

Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, quede ejecutoriada la presente providencia

Bogotá, D. C., 19 DIC 2019 Hora: 5pm

SECRETARIO ADJUNTO