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 respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 1º de abril de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-005-2016-00495-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: Daniel Valencia González

Demandado: Corporación Club Social Elephant

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: DESPIDO INJUSTO / CARGA DE LA PRUEBA / INDEMNIZACIÓN MORATORIA / NO ES INEXORABLE NI AUTOMÁTICA / DEBE ANALIZARSE CONDUCTA DEL EMPLEADOR PARA AUSCULTAR UNA EVENTUAL BUENA FE EN LA OMISIÓN DEL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES.**

… en cuanto a la indemnización por despido injusto, luego de escuchar detenidamente el interrogatorio de parte al señor Víctor Manuel Pérez (administrador y representante legal de la corporación demandada) la Sala no encuentra manifestación alguna que pudiere asimilarse a la confesión del hecho del despido, por cuanto el interrogado fue indagado acerca de las razones de la terminación del contrato y enumeró una serie de comportamientos que, a su modo ver, motivaron la salida del actor…

El apelante asume que tal atestación constituye el reconocimiento expreso de un despido por parte de la demandada; pero no, si se analizan tales afirmaciones dentro del contexto descrito por el testigo HENRY CORTES OSPINA, queda claro que las quejas frente al comportamiento del demandante llevaron a una conversación entre las partes que derivó en la salida de este último, pues el citado deponente informó que hubo una discusión entre el demandante y el administrador del negocio por un tema relacionado con una cuenta, luego de lo cual el demandante se le acercó, le entregó la camiseta y le dijo que no trabajaba más. (…)

…en relación al recurso impetrado por la entidad demandada, con el que persigue la exoneración del pago de las indemnizaciones moratorias impuestas en sede de primer grado, conviene anotar, en primer término, que dichas indemnizaciones no son inexorables ni automáticas, en la medida de que al finalizar el vínculo laboral, sin que al trabajador se le haya satisfecho en todo o en parte sus salarios o prestaciones sociales o se le haya dejado de consignar oportunamente sus cesantías, no es suficiente para imponer dicha sanción la existencia de la deuda a cargo del empleador, sino que se precisa el análisis de su componente subjetivo, en orden a auscultar en la conducta del obligado las razones que lo impulsaron a negarse a la cancelación de tales salarios o prestaciones, y si las mismas son atendibles por estar revestidas de buena fe, procederá la exoneración de la condena. (…)

… no tiene sentido que se diga que el empleador no sabía que la relación que tenía con su empleado era de naturaleza laboral, y que se acuda para ello al peregrino argumento de que la confusión frente a la naturaleza de tal relación obedecía al hecho de que el demandante solo trabajaba dos días a la semana. Como acaba de explicarse, no es este un factor circunstancial adecuado para que se entienda eficaz y necesariamente desvirtuada una presunción como la establecida en el artículo 24 del C.S.T., y tampoco puede ser el argumento para demostrar un comportamiento desprovisto de mala fe por parte del empleador que omitió el pago de las prestaciones sociales a su cargo alegando su propia incuria.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISION LABORAL No. 1

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Abril 1º de 2019)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 8:45 a.m. de hoy, lunes, 1º de abril de 2019, la Sala de Decisión Laboral No. 1º del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia instaurado por **DANIEL VALENCIA GONZÁLEZ** en contra de la **CORPORACIÓN CLUB SOCIAL ELEPHANT**. Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

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

**SENTENCIA**

Escuchados los alegatos, procede la Sala a resolver el recurso de apelación promovido por el demandante y la demandada,en contra de la sentencia emitida por el Quinto Laboral del Circuito de Pereira el pasado 12 de junio de 2018, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad.

**PROBLEMA JURIDICO**

Le corresponde a la Sala verficar en esta caso, con apoyo en las pruebas practicadas en primera instancia, cuál era el horario de trabajo del demandante y, además, se hará necesario revisar si, como se aduce en la apelación, el demandante logró acreditar su despido. Asimismo se procederá a verificar, como lo pide la demandada, si existe alguna razón de peso para exonerar al empleador del pago de la indemnización moratoria.

**I – ANTECEDENTES**, **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y DELIMITACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN**

Teniendo en cuenta que la Corporación demandada fue condenada al pago de casi la totalidad de las pretensiones de la demanda y que la oposición al fallo de primera instancia es apenas parcial (aunque provenga de ambos contendientes procesales) se juzga pertinente excluir del repaso de los antecedentes aquellos aspectos que no fueron objetados por las partes enfrentadas en juicio, y que en síntesis se reducen a los siguientes puntos: **1)** que el señor **DANIEL VALENCIA GONZÁLEZ** prestó servicios personales, subordinados y remunerados a la **CORPORACIÓN CLUB SOCIAL ELEPHANT**, entre el 13 de junio de 2014 y el 7 de mayo de 2016; **2)** que los servicios fueron prestados al interior de un establecimiento de comercio que expende bebidas alcohólicas al público; **3)** que allí el demandante fue mesero y además se encargaba, junto a los demás empleados, de otras actividades, tales como el aseo del lugar, la organización de las bebidas, la distribución de publicidad, etc.; **4)** que la remuneración y las propinas recaudadas se le pagaban diariamente, al final de cada jornada, en función del número de horas laboradas, y, **5)** que en vigencia del contrato no se cancelaron prestaciones sociales ni se efectuaron cotizaciones a la seguridad social.

De acuerdo a lo anterior y dado el esquema del recurso de apelación impetrado, subsiste entre las partes un debate jurídico en torno a los siguientes puntos: **1)** frente al monto del salario promedio devengado, como quiera que el promotor del litigio insiste en la versión según la cual NO solamente laboraba los viernes y sábados de cada semana, sino también los domingos cuando el lunes era festivo; y no en turnos de 10:00 p.m. a 07:00 a.m., como se estableció en el fallo atacado, sino de 09:30 p.m. a 07:30 a.m., como se adujo en la demanda; **2)** frente a la forma de terminación del contrato, pues el actor no abandona la tesis de un despedido injusto y considera que es equivocado declarar que el contrato de trabajo finalizó por renuncia suya, dado que una afirmación en tal sentido se contradice con la expresa confesión que al respecto hizo el representante legal de la sociedad demandada y, finalmente, **3)** en relación con las indemnizaciones moratorias a las que se accedió en primera instancia, la Corporación demandada considera que no fue suficientemente valorado su comportamiento desprovisto de mala fe, pues una vez supo de la existencia de la demanda en su contra, procedió a consignar sin dilación el monto de lo adeudado, el cual no había pagado antes, bajo la equivocada creencia de que en los contratos por días no hay lugar al pago de contraprestación distinta al salario o jornal diario.

**II – CONSIDERACIONES**

Para abordar el fondo del recurso impetrado por la parte actora, conviene advertir, como punto de partida, que la jueza de primera instancia basó su decisión en la declaración del señor **HENRY CORTES OSPINA**, mesero del club social demandado desde abril de 2014, quien señaló, entre otras cosas, que el trabajador laboraba dos días a la semana: viernes y sábado; que no trabajaba los domingos, pues no era obligatorio, que el horario ingreso era variable, unos ingresaban a las 8:00 P.M. y otros a las 10, y aunque al principio dijo que la hora de salida también era variable, pues el turno podía terminar a las 4, 5 ó 6 de la mañana, más adelante rectificó tal afirmación, y dijo: *“la salida era a las 6 ó 7 de la mañana. La entrada si era variable, la hora de salida si era fija”.* Y en relación a la forma de terminación del contrato, señaló, básicamente, que luego de una discusión con el administrador, el demandante entregó la camiseta y dijo que no trabajaba más.

Sobre estos mismos puntos indicó el señor **DAVID VALENCIA GONZALEZ**, hermano del demandante y quien también trabajó como mesero del establecimiento durante todo el año 2015, que el demandante trabajaba los días jueves, viernes, sábado, y algunos domingos; que el horario de trabajo nunca variaba, siendo la hora de ingreso a las 9:30 p.m. y la salida a las 7 o 7:30 a.m.

También rindió declaración otro mesero, de nombre **EDWIN STEVEN MUÑOZ**, a cuyo testimonio la *a-quo* le negó cualquier valor probatorio*,* al considerar que el testigo se había mostrado vacilante y dubitativo ante las preguntas que se le formularon en la audiencia.

Cabe anotar sobre esta última declaración, que aunque en verdad el señor MUÑOZ suena ambivalente y confuso al momento de informar la hora precisa en que el demandante ingresaba a trabajar, lo cierto es que en algunos apartes de su declaración concuerda con HENRY CORTES OSPINA y con el representante legal de la demandada, VICTOR MANUEL PEREZ, en señalar que el horario de ingreso era variable y lo establecía en cada caso el administrador del establecimiento. Pero lo más llamativo de esta última declaración, es que el testigo informa que el administrador del negocio decidía quién entraba a las 9 y quién a las 10, de modo que la afirmación que el horario de ingreso era a las 9:30 de la noche, solo encontraría respaldo en las afirmaciones del hermano del demandante, en razón de lo cual, para todos los efectos, considera la Sala que hay mayores elementos de juicio para sostener que el horario de ingreso era a las 10:00 de la noche y no a las 9:30, como pretende el demandante que se declare.

Y en cuanto al horario de salida y el número de días laborados por el actor semanalmente, para esta Sala suena mucho más creíble el testimonio del señor HENRY CORTES OSPINA, pues los demás testigos aludieron a hechos ocurridos de manera muy distinta a como los planteó el mismo demandante en la demanda. Por ejemplo, afirmaron que el demandante trabajaba todos los jueves, sin excepción, cuando en la misma demanda se afirma que dicho turno era excepcional y dependia de la realización de algun evento especial organizado por los dueños de la discoteca, con lo cual hay mayores probabilidades de que tambien hayan mentido cuando afirmaron que la hora de salida era a las 07:30 de la mañana y que el demandante trabajaba todos los domingos, sin excepción. Conviene agregar, en relación a esto último, que **EDWIN STEVEN** reconoció que su hermano no trabajaba todos los domingos antes de un festivo, pues dijo al respecto *“muchas veces los trabajaba, pero no siempre”*

En vista de lo anterior, no se accede al recurso de apelación propuesto por la parte actora contra los anteriores puntos de la sentencia, de modo que se mantiene incólume la condena por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones.

Y en cuanto a la indemnización por despido injusto, luego de escuchar detenidamente el interrogatorio de parte al señor VICTOR MANUEL PEREZ (administrador y representante legal de la corporación demandada) la Sala no encuentra manifestación alguna que pudiere asimilarse a la confesión del hecho del despido, por cuanto el interrogado fue indagado acerca de las razones de la terminación del contrato y enumeró una serie de comportamientos que, a su modo ver, motivaron la salida del actor. Respondió a la pregunta sobre la terminación del contrato: (el demandante) *“empezó a hacer cosas que no se debían hacer en el negocio, como no recoger bien las órdenes de los clientes y cobrarles de más, tomar en horas de laborales y llegar al trabajo bajo los efectos de alucinógenos”.* Y agregó: *“veíamos que consumía drogas en la esquina del negocio, lo cual no era un secreto para nadie, y que cobraba más de la cuenta a los clientes,* *por eso dejó de trabajar”.*

El apelante asume que tal atestación constituye el reconocimiento expreso de un despido por parte de la demandada; pero no, si se analizan tales afirmaciones dentro del contexto descrito por el testigo HENRY CORTES OSPINA, queda claro que las quejas frente al comportamiento del demandante llevaron a una conversación entre las partes que derivó en la salida de este último, pues el citado deponente informó que hubo una discusión entre el demandante y el administrador del negocio por un tema relacionado con una cuenta, luego de lo cual el demandante se le acercó, le entregó la camiseta y le dijo que no trabajaba más.

Finalmente, en relación al recurso impetrado por la entidad demandada, con el que persigue la exoneración del pago de las indemnizaciones moratorias impuestas en sede de primer grado, conviene anotar, en primer término, que dichas indemnizaciones no son inexorables ni automáticas, en la medida de que al finalizar el vínculo laboral, sin que al trabajador se le haya satisfecho en todo o en parte sus salarios o prestaciones sociales o se le haya dejado de consignar oportunamente sus cesantías, no es suficiente para imponer dicha sanción la existencia de la deuda a cargo del empleador, sino que se precisa el análisis de su componente subjetivo, en orden a auscultar en la conducta del obligado las razones que lo impulsaron a negarse a la cancelación de tales salarios o prestaciones, y si las mismas son atendibles por estar revestidas de buena fe, procederá la exoneración de la condena.

Es de anotar, igualmente, que en asuntos que revisten características similares al presente, la Sala ha condenado al pago de la citada indemnización, pues el desconocimiento o la ignorancia de la ley no exime a nadie de su cumplimiento, dado que rige la necesaria presunción o ficción legal de que, habiendo sido promulgada, han de conocerla todos.

Siguiendo esa línea, conviene recordar que el artículo 161 del código sustantivo del trabajo, establece por regla general que la jornada laboral “máxima” en Colombia será de 8 horas diarias. Pues bien, como quiera que esta norma establece el número máximo de horas, pero no el mínimo, de allí puede deducirse que la existencia de un contrato de trabajo no depende de la cantidad de tiempo que se destine a la realización de una tarea, pues siempre que esta se efectúe bajo la subordinación y dependencia de otro, surge la obligación a cargo de este último de reconocer y pagar a favor del prestador del servicio el salario y las prestaciones sociales mínimas dispuestas en la legislación laboral, tal como se establece con claridad en el artículo 197 del C.S.T..

No sobra anotar que al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido la jornada de trabajo como el tiempo que se dedica al cumplimiento de las funciones de un cargo, y si las funciones del señor VALENCIA, como ya quedó claro, se centraban principalmente en la atención de mesas y el aseo del lugar de trabajo, no tiene sentido que se diga que el empleador no sabía que la relación que tenía con su empleado era de naturaleza laboral, y que se acuda para ello al peregrino argumento de que la confusión frente a la naturaleza de tal relación obedecía al hecho de que el demandante solo trabajaba dos días a la semana. Como acaba de explicarse, no es este un factor circunstancial adecuado para que se entienda eficaz y necesariamente desvirtuada una presunción como la establecida en el artículo 24 del C.S.T., y tampoco puede ser el argumento para demostrar un comportamiento desprovisto de mala fe por parte del empleador que omitió el pago de las prestaciones sociales a su cargo alegando su propia incuria. De modo que, siendo este el único argumento con el que el apelante pretende contrarrestar el juicio de valor surgido del análisis conjunto de las pruebas practicadas en primera instancia, no resta más que confirmar este punto atacado de la sentencia de primera instancia.

Corolario de todo lo anterior, se confirmará en su integridad el fallo de primera. Sin costas en esta instancia, como quiera que la apelación no fue exitosa para ninguno de los recurrentes.

 En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

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

**PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la sentencia de objeto de apelación.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS**

La Magistrada ponente,

### **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Magistrada Magistrado