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: Apelación sentencia

Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-005-2016-00496-01

Demandante: Edwin Steven Muñoz Amelines

Demandado: Corporación Club Social Elephant

Juzgado de origen: Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / JORNADA LABORAL / DESPIDO SIN JUSTA CAUSA / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE / INDEMNIZACIÓN MORATORIA / DEBE LIQUIDARSE EN PROPORCIÓN AL NÚMERO DE DÍAS TRABAJADOS EN EL MES.**

La jornada de trabajo será aquella que convengan las partes, y ante la ausencia de pacto expreso, será la máxima legal – art. 158 C.S.T., que podrá distribuirse ordinariamente desde las 6:00 a.m. hasta las 10:00 p.m. y será nocturno en el horario contrario - art. 160 ibídem -. En ese sentido, la jornada máxima legal corresponderá a 8 horas al día y 48 a la semana, excepto para los trabajos que se organizan por turnos, en cuyo caso la jornada máxima será de 6 horas al día y 36 a la semana, pero únicamente para aquellas empresas en las que se labore todos los días de la semana, evento en el cual no habrá lugar a recargo nocturno – art. 161 ibídem. (…)

… cuando se alega el despido sin justa causa, la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que corresponde inexorablemente al trabajador acreditar que fue despedido, y correlativamente al empleador demostrar la justa causa que invocó para exonerarse del pago de la indemnización. (…)

Esta sanción –moratoria– se genera en primer lugar, por la omisión del empleador en cancelarle al trabajador los salarios y prestaciones al término de su vinculación laboral (art. 65 del C.S.T.); sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano de cierre en materia laboral, ha enseñado que tal sanción no es automática, por cuanto al tener naturaleza sancionatoria debe estar precedida de un examen de la conducta del empleador con el fin de determinar si existieron razones serias y atendibles que justificaran su incumplimiento y lo ubiquen en el terreno de la buena fe…

… frente a la alzada del demandante respecto a la liquidación de esta sanción y de la no consignación de cesantías, es preciso resaltar que la a quo acertó en su cuantificación, de conformidad con la finalidad de la norma y la proyección del salario de un trabajador por días; de manera tal que no podía el demandante pretender que al haber laborado solo 8 días al mes, con una retribución mayor al salario mínimo diario legal vigente , la sanción de un día de salario por cada día de retardo se liquidara teniendo en cuenta el último día de salario devengado, pues en realidad debía hacerse la proyección de este emolumento frente a 30 días, para obtener el valor real de la sanción a imponer…



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los diecinueve (19) días del mes de marzo de dos mil diecinueve (2019), siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver los recursos de apelación contra la sentencia proferida el 14 de junio de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Edwin Steven Muñoz Amelines** contra la **Corporación Club Social Elephant,** radicado al N° 66001-31-05-005-2016-00496-01**.**

**Registro de asistencia:**

Demandante y su apoderado:

Demandado y su apoderado:

**Traslado a las partes**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos, de conformidad con lo establecido por el artículo 13 de la Ley 1149/07.

**ANTECEDENTES:**

1. **Síntesis de la demanda y su contestación**

Edwin Steven Muñoz Amelines pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal con la Corporación Club Social Elephant desde el 02/07/2014 hasta el 16/01/2016, que terminó sin justa causa. En consecuencia, solicitó el pago de las cesantías e intereses a las mismas, las vacaciones, la sanción por no consignación de cesantías del año 2014 y las indemnizaciones moratoria y despido sin justa causa, además de los aportes pensionales y la indexación de las sumas reclamadas.

El demandante fundamentó sus aspiraciones en que: *i)* prestó sus servicios personales desde el 02/07/2014 hasta el 16/01/2016 como mesero en las instalaciones de la demandada, además de entregar publicidad, aseo y transporte de licores; *ii)* que la jornada laboral era de 10 a 11 horas diarias de 9:30 p.m. a 7:30 a.m. de jueves a domingo, cuando el lunes era festivo, además de jornadas especiales; *iii)* con un salario de $3.500 la hora, más propinas diarias de $70.000 y repiques diarios, que arrojaba un promedio mensual de $700.000; *iv)* que las órdenes eran impartidas por Víctor Manuel Pérez – administrador del establecimiento – y Henry Cortés Ospina – Cajero -; *v)* la relación terminó por contratación de nuevo personal.

La **Corporación Club Social Elephant** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual explicó que el demandante sí prestó sus servicios como mesero desde el 02/07/2014 hasta el 16/01/2016, pero únicamente los días viernes y sábado, excepcionalmente los domingos. Asimismo adujo que el horario empezaba a las 10 de la noche y terminaba dependiendo de la época del año, festividades, clima, afluencia de clientes, por lo que variaba de 4:00 a.m. a 6:00 a.m. Admitió que el salario era de $3.500 hora, pero este no estaba conformado además por propinas y repiques diarios, pues estos últimos valores provenían de los clientes.

Por último, argumentó que Edwin Steven Muñoz Amelines fue quien dejó de prestar los servicios, debido a los reclamos del administrador, porque varios clientes se quejaban de que el demandante les cobraba de más y que nunca pagó prestaciones sociales ni lo afilió a seguridad social porque creía que al laborar solo 2 días no estaba obligado a realizarlo. Propuso las excepciones de mérito que denominó “*prescripción”* y “*buena fe”.*

**2. Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes en contienda desde el 02/07/2014 hasta el 16/01/2016, que se ejecutó durante 2 días por semana. En consecuencia condenó al pago de las cesantías, intereses a las mismas, vacaciones, y cuantificó la sanción moratoria en $5’069.240 desde el 17/01/2016 hasta el 16/04/2017, y la sanción por no consignación de cesantías en $3’334.608 desde el 15/02/2015 hasta el 16/01/2016, valores de los que se descontaría el pago por consignación de $397.367, además condenó al pago de los aportes pensionales.

Para arribar a la anterior decisión expuso que entre las partes en contienda sí existió un contrato de trabajo como se desprendía de la contestación a la demanda, interrogatorios y declaraciones.

En cuanto a la jornada de trabajo adujo que únicamente existía certeza del servicio prestado los días viernes y sábado, por lo que Edwin Steven Muñoz únicamente laboraba 8 días al mes. Y frente al salario concluyó que este ascendía semanalmente a $75.331 para el 2014, $78.792 para el 2015 y $84.307 para el 2016, valores que incluían los recargos pertinentes.

Frente a la sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales y falta de consignación de las cesantías, señaló la *a quo* que se acreditó la mala fe de la demandada porque ninguna excusa atendible se derivaba de la convicción de la corporación demandada en torno a que la prestación del servicio únicamente por 2 días lo eximía de dichas obligaciones, y por ende condenó a la demandada a su pago.

Además, la *a quo* aclaró que el cálculo de la indemnización moratoria y demás sanciones, no podía realizarse a razón de un día del salario mínimo legal mensual vigente, porque el salario del demandante correspondía apenas a 8 días al mes, y por ello debía realizar la sanción en proporción al tiempo laborado.

Por último, en cuanto al despido sin justa causa señaló que el demandante incumplió con su deber de acreditar que la terminación del vínculo había ocurrido por un despido imputable al empleador, en consecuencia absolvió a este último de sus efectos.

**3. Del recurso de apelación**

El demandantepresentó recurso de apelación, con tal propósito reprochó que la norma que contempla la indemnización moratoria y la no consignación de cesantías, establecen como sanción aquella igual al “*último día de salario”,* por lo que la *a quo* no podía liquidar dichas sanciones con un valor inferior a un día de salario mínimo, pues de lo contrario atentaría contra las cláusulas constitucionales, máxime que la normativa ha establecido que siempre que se devengue un salario inferior al mínimo se deberá equiparar a esta suma de dinero.

Por otro lado, se mostró inconforme con la jornada laboral declarada por la *a quo,* pues a su juicio de los testimonios practicados se desprendía que Edwin Steven Muñoz Amelines tenía un turno fijo de jueves a sábado.

Por último, recriminó que sí fue despedido sin justa causa porque nunca se inició un proceso disciplinario y no se le garantizaban los derechos mínimos, pues nunca fue afiliado a la seguridad social ni se pagaron sus prestaciones sociales.

A su turno, la **Corporación Club Social Elephant** únicamente solicitó la revocatoria parcial de la sentencia, para que se anulara la condena por sanción moratoria, en tanto que ninguna mala fe ocurrió en el actuar de la corporación, ya que tenía la convicción de que los pagos realizados al demandante incluían las prestaciones sociales, máxime que el salario del demandante era superior al mínimo legal. Mala fe que se desvirtúa cuando la corporación realizó la consignación en el despacho de los valores que creía deber al demandante.

**CONSIDERACIONES**

**Cuestión previa**

Resulta pacífico en esta instancia la existencia del contrato de trabajo suscrito entre las partes en contienda, así como los extremos temporales en que ocurrió la relación empleaticia.

**1. Del problema jurídico.**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

¿Cuál era la jornada de trabajo del demandante?

¿El contrato de trabajo finalizó sin justa causa imputable al empleador?

¿Existieron razones serias y atendibles en el empleador que haga improcedente la indemnización moratoria del artículo 65 del CST al momento de terminar el contrato de trabajo?, en caso contrario, ¿cómo debía liquidarse?

1. **Solución a los problemas jurídicos**

**2.1. Jornada de trabajo**

La jornada de trabajo será aquella que convengan las partes, y ante la ausencia de pacto expreso, será la máxima legal – art. 158 C.S.T., que podrá distribuirse ordinariamente desde las 6:00 a.m. hasta las 10:00 p.m. y será nocturno en el horario contrario[[1]](#footnote-1) - art. 160 *ibídem* -. En ese sentido, la jornada máxima legal corresponderá a 8 horas al día y 48 a la semana, excepto para los trabajos que se organizan por turnos, en cuyo caso la jornada máxima será de 6 horas al día y 36 a la semana, pero únicamente para aquellas empresas en las que se labore todos los días de la semana, evento en el cual no habrá lugar a recargo nocturno – art. 161 *ibídem* -.

**2.1.1. Fundamento fáctico**

Auscultadas las probanzas allegadas al plenario se desprende que Edwin Steven Muñoz Amelines trabajó de manera esporádica los días jueves y domingos para la Corporación Club Social Elephant. Eventualidad que impedía la liquidación de sus acreencias laborales con inclusión de dichos días, por lo que acertó la *a quo* al incluir en su jornada de trabajo únicamente los días viernes y sábado, pues solo existe certeza del servicio prestado en dichos días.

En efecto, obra en el expediente las declaraciones de David Valencia González, Henry Cortés Ospina, Santiago Marín Pulgarín y Daniel Valencia González, que coincidieron en afirmar que laboraron para la corporación demandada, uno de ellos como cajero y los otros como meseros; además indicaron que los días viernes y sábado laboraban de 4 a 6 meseros, y que los jueves y domingos apenas 2 meseros, a menos que se hubiese requerido un mesero adicional, pero era algo eventual.

Concretamente David Valencia González y Santiago Marín Pulgarín que laboraron como meseros, afirmaron que el demandante laboraba de jueves a domingo, cuando el lunes era festivo; no obstante lo anterior, su conocimiento es indirecto, por cuanto los testigos únicamente laboraban los días viernes y sábado, y solo eventualmente los días jueves y domingos, por lo que ninguna certeza existe en su declaración de que la jornada de Edwin Steven Muñoz Amelines invariablemente transcurriera de jueves a domingo, máxime que tampoco laboraron junto con el demandante durante todos los hitos temporales de su relación de trabajo.

A su turno, Daniel Valencia González también señaló dicha jornada para el demandante, conocimiento que derivaba porque él también prestaba sus servicios los jueves y domingos; no obstante lo anterior, su declaración aparece contradictoria en tanto que contó que únicamente los dos meseros más antiguos eran los que trabajaban los jueves, entre ellos el demandante y otro compañero, por lo que el declarante no prestaba sus servicios en dichos días, y de hacerlo, apenas sería esporádico.

Por último, aparece la declaración de Henry Cortés Ospina quien afirmó laborar como cajero para la demandada, y en ese sentido señaló que los jueves y domingos se rotan los turnos, por lo que el demandante sí laboró algunos de esos días, sin poder recordar con exactitud cuáles.

Puestas de este modo las cosas, ninguna certeza existe de que la jornada laboral de Edwin Steven Muñoz Amelines transcurriese habitualmente de jueves a domingo cuando había lunes festivo, durante los hitos temporales declarados en primera instancia; conclusión que se confirma con el hecho 7º de la demanda, en la que se indicó que “*trabajaba fijo los días viernes y sábado, los días domingo cuando el lunes era festivo y los días jueves cuando había algún evento”* (fl. 24 c. 1), es decir, que su jornada de trabajo estaba condicionada, por lo menos para el día jueves a la realización de alguna actividad eventual.

**2.2. Despido sin justa causa**

El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo señala cuáles son las modalidades de terminación del contrato de trabajo, entre ellas están la muerte del trabajador; mutuo consentimiento, expiración del plazo fijo pactado, despido con justa causa y por terminación de la obra o labor contratada.

Ahora, cuando se alega el despido sin justa causa, la Corte Suprema de Justicia[[2]](#footnote-2) ha enseñado que corresponde inexorablemente al trabajador acreditar que fue despedido, y correlativamente al empleador demostrar la justa causa que invocó para exonerarse del pago de la indemnización.

**2.2.1 Fundamento fáctico**

El demandante omitió la carga probatoria que se cernía en él, pues ninguna prueba se allegó con el propósito de acreditar que había sido despedido por su empleador.

En efecto, ninguno de los testigos arrimados por la parte demandante (David y Daniel Valencia González y Santiago Marín Pulgarín) tenían conocimiento del por qué había dejado de trabajar el demandante en la Corporación Club Social Elephant.

Por el contrario, obra la declaración de Henry Cortés Ospina que señaló que estuvo presente cuando el demandante le entregó la camiseta al empleador y dijo que no trabajaba más, debido a unos llamados de atención realizados por el administrador con ocasión a que Edwin Steven Muñoz Amelines consumía bebidas alcohólicas y sustancias psicoactivas.

Corolario de lo anterior, se advierte que el demandante no acreditó que su empleador lo hubiese despedido, como para requerir de este último que probara la justa causa de la finalización laboral.

**2.3. Indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo**

Esta sanción se genera en primer lugar, por la omisión del empleador en cancelarle al trabajador los salarios y prestaciones al término de su vinculación laboral (art. 65 del C.S.T.); sin embargo, la Corte Suprema de Justicia[[3]](#footnote-3), como máximo órgano de cierre en materia laboral, ha enseñado que tal sanción no es automática, por cuanto al tener naturaleza sancionatoria debe estar precedida de un examen de la conducta del empleador con el fin de determinar si existieron razones serias y atendibles que justificaran su incumplimiento y lo ubiquen en el terreno de la buena fe[[4]](#footnote-4).

Buena fe que equivale, en términos de nuestra Superioridad[[5]](#footnote-5) en obrar con lealtad, rectitud y de manera honesta; por lo que actuar en contrario correspondería a obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud. Por otra parte, el artículo 65 del C.C. define la buena fe como la creencia razonable debidamente fundada de no deber y por ende, de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Por último, la aludida corporación ha enseñado que dicha sanción deviene igualmente en los asuntos declarativos de contrato realidad, pues ninguna buena fe puede desprenderse cuando la demandada “*conociendo del desarrollo del contrato existente con el demandante como de naturaleza laboral, desconoció sin justificación el pago de los derechos derivados del mismo”[[6]](#footnote-6).*

Ahora bien, es preciso advertir que el artículo 65 del C.S.T. establece que la liquidación de la sanción moratoria corresponde “*al último salario diario por cada día de retardo”*; a su turno, el numeral 3º del art. 99 de la Ley 50/90 determina que la sanción por no consignación de cesantías corresponde al pago de un *día de salario* por cada día de retardo; no obstante lo anterior, lo cierto es que la finalidad de dichos articulados se enmarca en una sanción ante el retardo en el pago del salario y prestaciones sociales del trabajador, sin que pueda convertirse en una retribución mayor a lo efectivamente devengado por este último; dicho en otras palabras, el propósito de dicha normativa deviene de la protección al trabajador para que continué percibiendo su salario efectivo, pero no más que este.

En ese sentido, se deberá realizar la **proyección** de salario de un trabajador que prestó sus servicios por días con el propósito de liquidar estas sanciones y demás emolumentos laborales, así: “*efectuarse una proyección del salario mensual devengado por el trabajador, tomando como base el salario percibido por él. Cualquiera que sea el número de días laborados, se toma el salario devengado en la semana y se divide por siete (7), al hallarse así el salario diario proyectado éste resultado se multiplica por treinta (30) y obtenemos el valor del salario mensual, también proyectado, que será la base para liquidar todos los conceptos a los que tenga derecho el trabajador, teniendo en cuenta el tiempo de servicio aplicable a cada concepto”[[7]](#footnote-7).*

**2.4.1. Fundamento fáctico**

De cara al recurso de apelación del demandado frente a la sanción moratoria, auscultado en detalle las pruebas que aprovisionaron el expediente se advierte que la Corporación Club Social Elephant, a través de sus representantes, no acreditó razones serias y atendibles en la omisión del pago de las prestaciones sociales al finalizar el vínculo de trabajo.

En efecto, el representante legal al absolver el interrogatorio de parte confesó que nunca se pagaron prestaciones sociales, ni seguridad social; además, al contestar la demanda apenas se adujo que consideraba que en tanto el demandante solo laboraba 2 días a la semana, entonces no tenía la obligación de pago de dichas acreencias.

Afirmación que de ninguna manera aparece como seria y mucho menos atendible para que la Corporación Club Social Elephant desconociera las obligaciones laborales frente a su trabajador, máxime que el contrato de trabajo no fue por poco tiempo, sino que transcurrió por más de un año y medio; en ese sentido, cae al vacío la apelación propuesta por la parte pasiva de la pendencia.

Ahora bien, frente a la alzada del demandante respecto a la liquidación de esta sanción y de la no consignación de cesantías, es preciso resaltar que la *a quo* acertó en su cuantificación, de conformidad con la finalidad de la norma y la proyección del salario de un trabajador por días; de manera tal que no podía el demandante pretender que al haber laborado solo 8 días al mes, con una retribución mayor al salario mínimo diario legal vigente[[8]](#footnote-8), la sanción de un día de salario por cada día de retardo se liquidara teniendo en cuenta el último día de salario devengado, pues en realidad debía hacerse la proyección de este emolumento frente a 30 días, para obtener el valor real de la sanción a imponer. Sobre este tópico ha de decirse que la providencia citada por el recurrente este tribunal solo se ocupó de la procedencia de la condena moratoria, más no de la forma de liquidarla.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, la decisión revisada será confirmada. Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 14 de junio de 2018 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Edwin Steven Muñoz Amelines** contra la **Corporación Club Social Elphant,** conforme a lo expuesto en precedencia.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

Ausencia justificada

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

1. Jornada ordinaria vigente para la época en que transcurrieron los hitos temporales del contrato de trabajo, de conformidad con el art. 25 de la Ley 797/2002. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 09-09-2015. Radicación 40607. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 24-01-2012. Radicación 37288. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sentencia del 26-04-2017. Radicación 50514. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-4)
5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 16-03-2005. Radicación 23987. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de 16-05-2018. Radicación 58892. M.P. Omar de Jesús Restrepo Ochoa. [↑](#footnote-ref-6)
7. Cartilla del Trabajo 2016. Undécima edición. Sello Editorial Universidad de Medellín. Ignacio Cadavid Gómez y Eraclio Arenas Gallego. Pag. 399 [↑](#footnote-ref-7)
8. El salario diario mínimo legal vigente para el año 2016 era igual a $22.981, frente a $42.153 que correspondía al salario diario devengado por el demandante en los días efectivamente trabajados [↑](#footnote-ref-8)