MAGISTRADO: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, veinticuatro [24] de noviembre de dos mil veintiuno [2021].

**SALVAMENTO DE VOTO**

Tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito el 27 de abril de 2021, debió ser confirmada.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia, se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso, partiendo de la necesidad de resolver como problemas jurídicos, si:

**¿Cumplió la demandante María Francia Garzón Marín con la carga probatoria que le correspondía consistente en demostrar la prestación personal del servicio?**

**Conforme con la respuesta al interrogante anterior ¿Hay lugar a acceder a determinar los extremos del eventual vínculo laboral?**

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, propuse en mi ponencia tener en cuenta los siguientes aspectos:

**“1. LOS TRABAJADORES DEL SERVICIO DOMÉSTICO.**

El Decreto 824 de 1988, definió que los trabajadores del servicio doméstico son aquellos que a cambio de una remuneración prestan su servicio personal en forma directa, de manera habitual, bajo continuada subordinación o dependencia, residiendo o no en el lugar del trabajo, a una o a varias personas naturales, en la ejecución de tareas de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños y demás labores inherentes al hogar.

**2. EL CONTRATO DE TRABAJO Y SU CARGA PROBATORIA.**

El artículo 22 del CST define que contrato de trabajo es aquél por el cual **una persona se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica**, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

Ahora, si bien la configuración de un contrato de trabajo requiere la presencia de los tres elementos previstos en el artículo 23 del CST, y de conformidad con el principio general de la carga de la prueba previsto en el artículo 167 del C.G.P., incumbe a la parte que afirma, acreditar su aserto; en desarrollo del principio general de la favorabilidad laboral, está previsto en el artículo 24 ibidem que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”, lo cual no hace nada distinto a repartir la carga probatoria respecto a las reclamaciones de carácter contractual laboral.

En efecto, si la “relación de trabajo” es la prestación personal de un servicio de manera continuada y por remuneración, al trabajador le bastará demostrar la prestación de tales servicios para que, en principio, se asuma que los llevó a cabo bajo la modalidad de un contrato de trabajo y, en consecuencia, pueda gozar de todos los beneficios otorgados por el C.S.T.

De otro lado, demostrada la prestación de los servicios personales, si el empleador se quiere eximir de las consecuencias jurídicas propias de la vinculación contractual laboral, le corresponde la carga de probar que los servicios recibidos, no lo fueron en forma subordinada o por remuneración.

**3. LOS EXTREMOS DE LA RELACIÓN LABORAL.**

Para efectos de poder determinar los derechos que le asisten al trabajador que asegura haber tenido una relación laboral, es indispensable contar con los extremos en que se llevó a cabo la prestación de los servicios subordinados, porque sin ellos resulta imposible proferir las condenas solicitadas, en la medida en que no le es dable a los jueces laborales hacer liquidaciones de prestaciones sociales partiendo de simples supuestos, carentes de respaldo probatorio.

Sin embargo, desde sentencia de 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849, 6 de marzo de 2012 Rad. 42167 y SL-905-2013 Rad. 37865, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, enseñó:

“(…) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.

En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; **de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000**, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000” (resalta la Sala).”.”

Partiendo de tales supuestos, **EL CASO CONCRETO** propuse resolverlo como sigue:

“Al iniciar la presente acción -págs.5 a 12 expediente digitalizado-, la señora María Francia Garzón Marín afirma que prestó sus servicios en calidad de empleada doméstica en el hogar conformado por la señora María Alejandra Gallego Arango y el señor Luis Fernando López, asegurando que lo hizo desde el 1° de septiembre de 2013 hasta el 28 de febrero de 2018, especificando que lo hacía semanalmente los viernes todo el día y los lunes medio día.

Con el fin de acreditar esos y otros aspectos consignados en la demanda, la señora Garzón Marín solicitó que se escucharan los testimonios de Hernán Alonso Giraldo Gómez y la señora Alba Inés Grisales Hoyos.

El señor Giraldo Gómez manifestó que conoce a la señora María Francia Garzón Marín, debido a que ella presta sus servicios como empleada doméstica a favor suyo y de su cónyuge Alba Inés Grisales Hoyos, indicando que también conoce a los demandados María Alejandra Gallego Arango y Luis Fernando López, ya que ellos viven en el mismo conjunto en el que él y su esposa residen; precisamente por esa situación es que sabe que María Francia ha prestado sus servicios en la casa de los demandados, indicando que en muchas oportunidades la vio salir de su casa hacía el hogar de María Alejandra y Luis Fernando, en donde realizaba todas las actividades del servicio doméstico; en cuanto a la frecuencia en la que trabaja en esa casa, explicó que sabía que lo hacía una vez a la semana, pero que después de un tiempo empezó a prestar sus servicios más días a la semana, pero no sabe con exactitud cuántos; en torno a las fechas en las que la actora ejecutó sus tareas domésticas a favor de los accionados, sostuvo que María Francia empezó a trabajar en esa casa hacía unos cuatro o cinco años contados a partir de la fecha de la audiencia (27 de abril de 2021), situando posteriormente el extremo inicial en el año 2016, pero diciendo que no sabía en que día y mes de ese año, y a continuación, aseguró que la demandante había dejado de trabajar en la casa de los demandados aproximadamente un año y medio atrás contado desde la fecha de la diligencia; aclarando ante pregunta efectuada por el apoderado judicial de la parte actora, que ese extremo final se ubicaba un poquito antes de haber iniciado la pandemia en el año 2020.

Por su parte, la señora Alba Inés Grisales Hoyos, corroboró lo dicho por su cónyuge Hernán Alonso Giraldo Gómez, en el sentido de afirmar que la señora María Francia Garzón Marín, quien lleva varios años vinculada con ellos, también prestó sus servicios como empleada doméstica a favor de sus vecinos María Alejandra Gallego Arango y Luis Fernando López, explicando que fue precisamente ella quien después de un tiempo de haberla contratado, se las recomendó a los demandados, afirmando también que María Francia empezó prestando sus servicios un día a la semana y posteriormente lo hizo adicionalmente medio día a la semana; así mismo dijo que por el día completo se le cancelaba la suma de $30.000 y por el medio día la suma de $20.000, explicando que tiene conocimiento de ello, por cuanto los demandados tomaron como referencia los valores que ella y su cónyuge le cancelaban a la actora por sus servicios, sin embargo, dijo que no sabía cómo se habían incrementado esos sumas con el paso del tiempo; posteriormente se le pregunta a la testigo si sabe entre que fechas prestó sus servicios la demandante a favor de los accionados, expresando que realmente no recordaba en qué fecha empezó a trabajar la actora en la casa de los demandados, ni tampoco la calenda en la que dejó de hacerlo.

Conforme con lo expuesto por los testigos, no existe duda en que la señora María Francia Garzón Marín prestó sus servicios personales en el hogar de los demandados María Alejandra Gallego Arango y Luis Fernando López, razón por la que opera a favor de la demandante la presunción prevista en el artículo 24 del CST, consistente en considerar que las actividades desempeñadas por ella lo fueron bajo los presupuestos de un contrato de trabajo, correspondiéndole a la parte pasiva de la acción desvirtuar dicha presunción, demostrando que esos servicios no eran prestados bajo su continuada dependencia y subordinación, o que no lo era por salario; sin embargo, esa actividad probatoria no fue ejecutada por los demandados, en consideración a que decidieron no comparecer al proceso, a pesar de haber recibido la citación y comunicación por aviso en las que se les exhortaba a notificarse personalmente del auto admisorio de la demanda, razón por la que el despacho, a petición de parte, aplicando lo dispuesto en el artículo 29 del CPT y de la SS, les designó curadora ad litem, quien, como esgrime en la contestación de la demanda -págs.41 a 43 expediente digitalizado- no pudo contactarse con los accionados para que le suministraran información sobre el caso, razón por la que no aportó pruebas que pudieran desvirtuar la referida presunción legal.

No obstante, para que se pudiesen materializar y cuantificar los derechos surgidos a favor de la trabajadora, resultada indispensable que se acreditaran los extremos en los que se ejecutaron los servicios subordinados, pues tal y como se explicó líneas atrás; ello resulta necesario para poder emitir las condenas pedidas por la parte actora, por cuanto no le factible a los jueces laborales realizar los cálculos correspondientes partiendo de simples suposiciones desprovistas de respaldo probatorio.

En ese sentido, es pertinente recordar que la testigo Alba Inés Grisales Hoyos dijo no recordar las fechas en las que se había ejecutado la relación laboral; mientras que su cónyuge, Hernán Alonso Giraldo Gómez, aseguró que la actora había empezado a prestar sus servicios a favor de los demandados hacía cuatro o cinco años contados a partir de la fecha de la audiencia de trámite y juzgamiento que se llevó a cabo el 27 de abril de 2021, lo que lo llevó a calcular que el inició de la relación contractual se produjo en el año 2016, aseverando posteriormente que la misma había finalizado hacía un año y medio aproximadamente, precisando, ante pregunta efectuada por el apoderado judicial de la parte actora, que ello aconteció un poquito antes de que empezara la pandemia en el año 2020; lo que permitiría situar la fecha relacionada por el testigo, a finales del año 2019 o comienzos del año 2020.

Pero, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia ha sentado en su jurisprudencia que los extremos laborales de la relación contractual se pueden establecer de manera aproximada, como se explicó precedentemente, lo cierto es que en este caso no es posible, por lo menos ubicar la fecha final del contrato de trabajo; pues si bien el hito inicial se podría ubicar para el 31 de diciembre de 2016, teniendo en cuenta que el testigo Hernán Alonso Giraldo Gómez sostuvo que fue aproximadamente en ese año en el que empezó a prestar sus servicios la señora María Francia Garzón Marín, lo cual se encuentra dentro del lapso en el que la propia demandante dijo haber prestado sus servicios en el hogar de los accionados -1° de septiembre de 2013 a 28 de febrero de 2018-; la verdad es que no es posible fijar, con base en lo dicho por ese testigo, el hito final de la relación laboral, pues mientras la actora la ubicó el 28 de febrero de 2018, el señor Giraldo Goméz sostuvo que ella había dejado de prestar sus servicios en la casa de sus vecinos María Alejandra Gallego Arango y Luis Fernando López un año y medio antes de la diligencia en la que se recibía su testimonio (27 de abril de 2021), es decir, un poco antes de iniciar la actual pandemia, por lo que, según sus dichos, la fecha final de la relación laboral debería ubicarse a finales del año 2019 o comienzos del año 2020, lo cual resulta muy alejado de lo expuesto por la demandante, quien dijo haber terminado el contrato de trabajo mucho tiempo antes de lo afirmado por el testigo, esto es, el 28 de febrero de 2018. Tal situación, deja en evidencia que no puede apoyarse la Sala, para la definición de los extremos en el testimonio del señor Hernán Alonso, pues, así como no coincide la fecha de terminación que dice recordar con la que aseguró la demandante, no existe garantía de que la de iniciación referida por él si corresponda a la realidad, situación que, tanto por el extremo inicial como por el final, impide que se emitan las condenas solicitadas por la parte actora.

En el anterior orden de ideas, no queda otro camino que negar las pretensiones de la demanda, como acertadamente lo hizo la funcionaria de primer grado en la sentencia proferida el 27 de abril de 2021.”

Así las cosas, mi percepción es que jurídicamente no existían pruebas que permitieran proferir las condenas que fueron impuestas por la mayoría bajo la tesis de una flexibilización probatoria en favor de la demandante.

Dejo así salvado mi voto

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado