El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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 Secretaría de esta Sala.

Providencia : Sentencia del 9 de marzo de 2018

Radicación No. : 66400-31-89-005-2015-00251-01

Proceso : Ordinario Laboral

Demandante : Jovany Castaño Rivillas

Demandado : María Nubiola Giraldo de Noreña

Juzgado : Juzgado Quinto Laboral del Circuito

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema: CONTRATO DE TRABAJO / CONTRATO VERBAL / CARGA DE LA PRUEBA /**  **EXTREMOS TEMPORALES DE LA RELACIÓN LABORAL / NO SE PROBARON / CONFIRMA.**  Finalmente, el artículo 24 de la Ley en comento, consagra una presunción de subordinación que se activa tan pronto el demandante prueba que le prestó sus servicios personalmente a la parte demandada. En virtud de esta presunción, el pretensor se ve relevado de la carga de probar la subordinación, pues de inmediato se produce un traslado de la carga de la prueba a la parte demandada, quien debe demostrar que la relación no era laboral, sino de otra índole. No obstante, en la declaratoria del contrato realidad corresponde al trabajador, además de demostrar la prestación personal del servicio, acreditar los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario y el hecho el despido, entre otros, tal como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (ver, entre otras, la sentencia del 4 de noviembre de 2015, SL 16110-2015).

(…)

Conviene recordar que de antaño la Corte Suprema de Justicia ha señalado que si no se conocen con exactitud los extremos de la relación laboral, pero se conoce el mes o el año, para el extremo inicial se debe tener en cuenta el último día del respectivo mes o año, y para el extremo final el primer día del mes, según corresponda -sin que se pueda tener en cuenta la fecha dada por la interesada en la litis- (regla jurisprudencial expresada, entre otras, en la sentencia CSJ SL del 6 marzo de 2012, Rad. 42167). En esas circunstancias, si se conociera al menos el mes del año en el que finalizó el contrato, se habría podido condenar al pago de las prestaciones correspondientes a dicho día, sin embargo, se itera, en el proceso no aparece prueba alguna de la cual pudiera inferirse dicha información. En esas circunstancias, forzoso resulta confirmar el fallo de primera instancia.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. \_\_\_\_\_\_**

**(Marzo 9 de 2018)**

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

En la fecha, siendo las 10:20 a.m., la Sala de Decisión Laboral No. 1º del Tribunal Superior de Pereira, constituida en sede jurisdiccional de consulta, procede al estudio de la sentencia de primera instancia, dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **JOVANY CASTAÑO RIVILLAS** en contra dela señora **MARIA NUBIOLA GIRALDO NOREÑA.**

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante…, Por las demandadas…

 **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**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a agotar el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito Pereira el 20 de abril de 2017, como quiera que la misma no fue apelada y resulta totalmente adversa a las pretensiones de la demanda incoada por el trabajador.

**PROBLEMA JURIDICO**

Constituida en sede jurisdiccional de consulta, la Sala procederá a revisar si en el presente asunto existe alguna prueba de la cual pueda establecerse la existencia del contrato de trabajo denunciado en la demanda.

**I - ANTECEDENTES**

Se aduce en la demanda, que el señor JOVANY CASTAÑO RIVILLAS (demandante) fue contratado verbalmente en el mes de marzo de 2005 por la señora MARIA NUBIOLA GIRALDO de NOREÑA, para laborar en la “heladería Noreña”, de su propiedad; que su trabajo consistía en vender helado, paletas, chococonos y vasitos, siempre bajo la subordinación y vigilancia de la demandada, y que el establecimiento de comercio queda ubicado en el Terminal de Transporte de Pereira.

Señala frente al horario, que el servicio lo prestaba de manera personal, de lunes a domingo, de 10:00 a.m. a 6:00 p.m., debiendo siempre reportarse puntualmente en la sede del establecimiento de comercio a efectos de comenzar a laborar, recibiendo la mercancía (helados) y vendiéndolo en las bahías, en donde se ubicaban los buses, busetas, colectivos y taxis de servicio público municipal y departamental, y cuando se acababa el surtido, debía volver al establecimiento a reabastecerse del producto. Por dicha labor, señala, recibía una comisión de $140 pesos por helado y paleta y $160 por cada chococono y/o vasito de helado vendido, el pago se hacía diariamente, y no se expedida recibo o comprobante alguno por dicho pago. El salario era variable, había días de $20.000 y hasta $35.000, por lo que el ingreso mensual oscilaba entre $900.000 y $1.000.000, según se expresa en la demanda.

Señala finalmente que el 8 de marzo de 2015, cuando se acercó al establecimiento de comercio a surtirse de nuevo, la demandada le dijo que no quería que siguiera trabajando para ella, solicitándole que se fuera inmediatamente; que la citó al Ministerio de Trabajo a efectos de llegar a un acuerdo conciliatorio, sin embargo la señora GIRALDO de NOREÑA no quiso conciliar.

 En ese orden, teniendo en cuenta que solamente le pagaban el producto diario de las ventas, según se aduce en los hechos de la demanda, previa declaratoria de la existencia del contrato de trabajo entre el 1º de marzo de 2005 y el 8 de marzo de 2015, el demandante reclama el pago del auxilio del transporte, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones, lo mismo que al pago de la indemnización por despido injusto y las sanciones moratorias por la mora en el pago de prestaciones y la falta de consignación de las cesantías.

En respuesta a la demanda, a través de defensora pública, nombrada por la Defensoria del Pueblo (Fl. 59), la demandada negó la existencia de un contrato de trabajo con el señor CASTAÑO RIVILLAS, señalando que se había trabajado al porcentaje y que no puede hablarse del inicio o final de una relación laboral, pues el demandante llegaba, se iba y volvía cuando quería, no estaba sometido a subordinación, y obtenía un porcentaje por cada helado que vendía. Señaló finalmente, que el demandante no había vuelto a vender los helados, luego de que se le hizo un llamado de atención por los elevados precios a los que vendía el producto, motivo por el cual fue grosero y decidió no volver nunca más. En esa medida se opuso a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó “inexistencia de las obligaciones demandadas” y “cobro de lo no debido”

**II – SENTENCIA**

La *a-quo* decidió absolver de todas y cada una pretensiones a la señora **MARÍA NUBIOLA GIRALDO NOREÑA**, advirtiendo que aunque si bien del escrito de contestación a la demanda y del interrogatorio de parte a la demandada, podía inferirse fácilmente la prestación personal de un servicio por parte del demandante, específicamente el servicio de vendedor de helados a favor de la demandada, lo cual es suficiente para que opere la presunción de la existencia de un contrato de trabajo, según las voces del artículo 24 del C.S.T., no había ni una sola prueba de la cual pudiera extraerse alguna información referente a los extremos temporales dentro de los cuales se prestó dicho servicios, pues la interrogada no pudo recordar ninguna fecha y la parte actora no se ocupó de arrimar ninguna prueba al sumario, de modo que no había manera de acceder al pedido de la demanda, puesto que ni siquiera había manera de establecer la fecha en la que el demandante dejó de prestar sus servicios como vendedor.

**III - CONSIDERACIONES**

**3.1. De los elementos del contrato de trabajo y la distribución de las cargas probatorias en materia laboral**

El artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo determina que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran tres elementos esenciales y concurrentes, de tal suerte que faltando uno solo de ellos se desvirtúa la relación laboral, a saber: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

Aunado a lo anterior, el artículo 38 de la misma obra, indica que cuando el contrato de trabajo sea verbal el patrono y el trabajador deben ponerse de acuerdo, al menos acerca de los siguientes puntos: 1) la índole del trabajo y el sitio donde ha de realizarse; 2) la cuantía y forma de remuneración y, 3) la duración del contrato.

Finalmente, el artículo 24 de la Ley en comento, consagra una presunción de subordinación que se activa tan pronto el demandante prueba que le prestó sus servicios personalmente a la parte demandada. En virtud de esta presunción, el pretensor se ve relevado de la carga de probar la subordinación, pues de inmediato se produce un traslado de la carga de la prueba a la parte demandada, quien debe demostrar que la relación no era laboral, sino de otra índole. No obstante, en la declaratoria del contrato realidad corresponde al trabajador, además de demostrar la prestación personal del servicio, acreditar los extremos temporales, el monto del salario, la jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario y el hecho el despido, entre otros, tal como ha sido reiterado en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (ver, entre otras, la sentencia del 4 de noviembre de 2015, SL 16110-2015). A propósito, es de recordar que la Corte Suprema de Justicia, reunida en Sala de Casación Civil, mediante sentencia del 25 de mayo de 2010, enfatizó que *“al Juez no le basta la mera enunciación de las partes, para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficios del discurso persuasivo que estas presentan”.*

**3.2. CASO CONCRETO**

Como bien lo advierte la jueza de primera instancia, en la contestación a la demanda, la señora **MARÍA NUBIOLA GIRALDO de NOREÑA**, no niega que el demandante haya sido vendedor de los helados, paletas, vasitos y chococonos comercializados a través del establecimiento de comercio “Helados Noreña”, con punto de ventas en el Terminal de Transporte de la ciudad de Pereira, de modo que la prestación personal del servicio, como es evidente, no está puesta en duda.

Pero además, en el interrogatorio de parte, explicó que un día, no recuerda cuando, el señor **CASTAÑO RIVILLAS** (demandante) a quien no conocía hasta ese momento, fue hasta su local en el Terminal, se presentó y le dijo que estaba muy necesitado, y le pidió trabajo, y ella le explicó que su negocio era muy pequeño (que no le daba ni para vivir ni a ella), que no estaba en capacidad de contratar a alguien, pero que le podía entregar helados al porcentaje, a lo que accedió inmediatamente, por lo que ese mismo día se le entregó un carrito de icopor, y él vendía los helados dentro de los buses intermunicipales, con el permiso del Terminal, para lo cual se identificaba con un carnet.

A la señora GIRLADO DE NOREÑA se le preguntó insistentemente la fecha en la que eso ocurrió y no supo dar respuesta, dijo que no lo recordaba, porque había días en que el demandante no trabajaba y otros en lo que se iba cuando quería, porque podía hacerlo, ya que ella no se lo impedía. Señaló, además, que la heladería no tiene horario, por ejemplo, si el día está frio o llueve, no se trabaja, porque no se vende ni un solo helado. Indicó asimismo que la heladería la administraba ella y algunas veces una hija le ayudaba, que además del demandante, un sobrino suyo también vendía helados dentro del terminal, y si alguno de esos vendedores no iba, se perdía la venta de ese día, pero no había consecuencia sobre los vendedores.

Aclaró que a cualquier persona no se le podía dar una venta porque de pronto se llevaba el producto, que el demandante no tomaba las ventas todos los días, “si iba un día no iba dos”, señaló. Finalmente, agregó que cuando no se vendía nada, porque el día estaba duro, era tan buena que les decía *“tomen estos 10 o 15 mil pesos pa que se compren algo en el camino”.*

Dada esa información, se refuerza la conclusión en torno a que la parte actora prestó sus servicios personales como vendedor externo de los helados producidos y comercializados por la señora MARIA NUBIOLA GIRALDO NOREÑA, con ello sería suficiente para declarar la existencia del contrato de trabajo, sino fuera porque no se tiene ningún dato preciso acerca de los extremos temporales en que dicho servicio fue prestado. El demandante no trajo al proceso los testimonios pedidos y decretados y tampoco aportó prueba documental alguna de la que pudiera inferirse al menos el dato de un solo día en que haya trabajado el demandante.

Conviene recordar que de antaño la Corte Suprema de Justicia ha señalado que si no se conocen con exactitud los extremos de la relación laboral, pero se conoce el mes o el año, para el extremo inicial se debe tener en cuenta el último día del respectivo mes o año, y para el extremo final el primer día del mes, según corresponda -sin que se pueda tener en cuenta la fecha dada por la interesada en la litis- (regla jurisprudencial expresada, entre otras, en la sentencia CSJ SL del 6 marzo de 2012, Rad. 42167). En esas circunstancias, si se conociera al menos el mes del año en el que finalizó el contrato, se habría podido condenar al pago de las prestaciones correspondientes a dicho día, sin embargo, se itera, en el proceso no aparece prueba alguna de la cual pudiera inferirse dicha información. En esas circunstancias, forzoso resulta confirmar el fallo de primera instancia.

 En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO:- CONFIRMAR** en sede jurisdiccional de consulta la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el pasado 6 de abril de 2017, dentro del proceso de la referencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** por haberse conocido el asunto en consulta.

Notificación surtida en estrados. Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

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