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.

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / ELEMENTOS ESENCIALES / PRESUNCIÓN A FAVOR DEL TRABAJADOR / ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE / DESPIDO SIN JUSTA CAUSA / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDADO / INDEMNIZACIONES MORATORIAS / DEBEN ESTUDIARSE LAS CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DE CADA CASO.**

… de acuerdo con los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo…, el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo continuada subordinación o dependencia, mediante remuneración.

Son pues, sus elementos esenciales, la prestación personal del servicio, la subordinación o dependencia y el salario; de suerte que, quien aspire a que se declare la existe de un contrato de trabajo, debe acreditar la concurrencia de estos elementos.

No obstante, esta carga probatoria se atenúa con la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., a favor del trabajador. Así, una vez demostrada la actividad personal se presumirá la existencia del contrato de trabajo trasladándose la carga probatoria a la parte demandada, quien debe demostrar que la relación fue independiente y no subordinada.

En los casos en que el objeto del proceso se relacione con la declaratoria de terminación unilateral por parte del empleador del contrato de trabajo sin justa causa, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia…, cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido…

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. (…)

Es abundante la Jurisprudencia… relacionada con la procedencia de las indemnizaciones moratorias, tanto la prevista en el artículo 65 del C.S.T., como aquella consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que desde tiempo atrás ha dicho que no proceden en forma automática, por lo que son las circunstancias de cada caso concreto, las que permiten valorar las razones por las cuales el empleador incumplió con la obligación tanto de consignar anualmente las cesantías en un fondo creado para su administración durante la vigencia del contrato de trabajo como la ausencia del pago de prestaciones a la terminación del vínculo laboral…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante | José Arley Betancur García |
| Demandado | Orlando Rivera Toro |
| Radicado | 66001-31-05-003-2018-00124-01 |
| Procedencia | Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo proceso | Ordinario laboral |
| Providencia | Sentencia de segunda instancia |
| Decisión | REVOCA PARCIALMENTE Y MODIFICA SENTENCIA |

Registro del proyecto: treinta (30) de julio de dos mil veinte (2020)

Acta de discusión No. 101 de 04 de agosto de 2020

Pereira, Risaralda, diez (10) de agosto de dos mil veinte (2020)

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las magistradas **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN** y **OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**, a resolver el recurso de apelación propuesto frente a la sentencia proferida el 30 de mayo de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **JOSÉ ARLEY BETANCUR GARCÍA** en contra de **ORLANDO RIVERA TORO,** arriba referenciado.

# **ANTECEDENTES**

# **1.1. Demanda**

José Arley Betancur García llamó a juicio a Orlando Rivera Toro, con el fin de que se declarare entre ellos la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, durante el período comprendido entre el 05 de noviembre de 2010 y el 25 de noviembre de 2017, para que consecuencialmente se condene al pago de horas extras, cesantías, primas de servicios, intereses a las cesantías, vacaciones y aportes a los sistemas de pensiones y riesgos laborales, causados durante la vigencia del vínculo laboral, además de la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, la sanción por la no consignación de las cesantías, la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización por la falta de pago de las prestaciones debidas al finiquito contractual y las costas procesales.

En sustento de sus aspiraciones, expuso, en síntesis, que el 05 de noviembre de 2010, inició a prestar sus servicios personales a Orlando Rivera Toro, en el establecimiento de su propiedad, denominado «Video bar el baúl de los recuerdos»; que las funciones desempeñadas fueron las de «mesero» y en ocasiones las de «barman»; que laboraba los viernes y sábados, en horario de 05:00 p.m. a 03:00 a.m.; que por turno recibió un salario de $20.000 durante el año 2011, de $25.000 desde entre los años 2012 al 2015 y de $30.000 en los años 2016 y 2017.

Que el 25 de noviembre de 2017 fue despedido por el demandado; que como motivo de la terminación le fue indicado que no tenía las condiciones para continuar prestando el servicio; que nunca le fueron pagadas horas extras, prestaciones sociales ni vacaciones; que no fue afiliado al sistema de seguridad social; que no le fue reconocida la indemnización por la terminación injusta del contrato; y que sin éxito, intentó conciliar los créditos que se le adeudan, ante la Oficina del Trabajo (fols. 2 a 12).

* 1. **Respuesta a la demanda**

Al dar contestación a la demanda, Orlando Rivera Toro manifestó oponerse a la totalidad de las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó que no se logró un acuerdo conciliatorio y que el demandante ocasionalmente y sin estar sujeto a horarios, le prestó servicios como «mesero» en el establecimiento. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción de las obligaciones, buena fe y compensación (fols. 32 a 38).

# **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 30 de mayo de 2019, en la que declaró que José Arley Betancur García prestó sus servicios personales a Orlando Rivera Toro, durante los sábados, desde el 05 de noviembre de 2010 hasta el 25 de noviembre de 2017, bajo la égida de un contrato de trabajo; tuvo por demostrada parcialmente la excepción de prescripción y condenó al demandado al pago de horas extras, recargos nocturnos, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, compensación dineraria de vacaciones y aportes al sistema de pensiones, teniendo en cuenta los días efectivamente laborados y una jornada de seis de la tarde (06:00 p.m.) a tres de la mañana (03:00 a.m.); dejó las costas a cargo del empleador y lo absolvió de lo demás.

Para arribar a tales determinaciones, luego de recordar los elementos esenciales del contrato de trabajo y de señalar que la prestación del servicio no era objeto de discusión, desestimó los testimonios de Héctor Jaime Agudelo Duque y Ernesto Antonio Agudelo Figueroa, mencionando que ellos no conocían detalles de las labores cumplidas por el demandante y su aproximación a los hechos fue tangencial.

Luego, con fundamento en la versión de José Edier Muñoz Sánchez tuvo por demostrado que el demandante prestó sus servicios personales al llamado a juicio como «mesero», señaló que con esto emergió la presunción de existencia del vínculo contractual laboral y al continuar con el análisis de la declaración, estableció la presencia de elementos indicativos de subordinación, el valor del salario percibido, los horarios cumplidos y los extremos temporales del vínculo.

Finalmente, negó la condena por despido sin justa causa estimando que no se probó el hecho de la terminación del contrato por parte del empleador y despachó desfavorablemente la imposición de las indemnizaciones de los artículos 65 del Código Sustantivo del Trabajo y 99 de la Ley 50 de 1990, bajo el entendido de que aquellas no procedían de manera automática y que, en este caso, observó que entre las partes estuvo en discusión la existencia del contrato de trabajo, a la vez que el contratante actuó con el errado convencimiento de que este no existía, por cuanto el servicio solo tenía lugar una vez a la semana, era pagado al final de la jornada, el monto de la retribución era superior al mínimo legal y en general, no avizoró mala fe, ni una intención desquiciada de vulnerar los derechos laborales del actor.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión, la portavoz del demandante interpuso y sustentó recurso de apelación, solicitando que también se tuvieran en cuenta los viernes como días laborados y que se reconocieran las indemnizaciones por despido injusto, la establecida en el artículo 65 del C.S.T. y la consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Con tal propósito, en síntesis, adujo que la declaración de José Edier Muñoz Sánchez permitía conocer que la actividad del trabajador se desarrolló de manera ininterrumpida, con el objeto de atender el mayor número de clientes que durante los viernes y sábados, presentaba el establecimiento «El baúl de los recuerdos»; respecto a la forma de terminación del contrato de trabajo, afirmó que correspondía al empleador el deber de probar que el actor dejó el empleo, que ésta carga no fue satisfecha y que en aplicación del artículo 24 del estatuto sustantivo laboral, en este aspecto debía atenderse a lo dicho en la demanda; y en cuanto a la conducta del empleador, resaltó que en momento alguno fue alegada la existencia de un contrato distinto al laboral, que el pago al final de cada jornada se empleó para encubrir la verdadera naturaleza de la relación y que la parte accionada era conocedora de esta, toda vez que, al momento de rendir el interrogatorio de parte reconoció la prestación del servicio y las condiciones que, precisamente, permitieron a la juzgadora declarar la existencia del contrato de trabajo.

A su vez, el demandado, se alzó contra la providencia de instancia, mostrando inconformidad con la declaración del contrato de trabajo, los horarios y las fechas de inicio y terminación el vínculo laboral que fueron determinados.

En ese orden, refiriendo las declaraciones de Héctor Jaime Agudelo Duque y Ernesto Antonio Agudelo Figueroa, señaló que en el proceso se había demostrado que la prestación del servicio fue esporádica; indicó que no se probó que la labor hubiere sido subordinada, en tanto no se acreditó que al actor se dieran órdenes o instrucciones, y que contrario a esto, aquello que se estableció fue que el demandante debía llamar para ir a trabajar, que llegaba tarde al sitio y que no prestaba sus servicios los domingos, cuando no era su voluntad.

En relación con los extremos temporales del contrato, expresó que tampoco se probaron, que estos deben ser precisos, que no es dable presumirlos o suponerlos y que el testigo José Edier Muñoz Sánchez, sin recordar exactamente cuándo, manifestó que el inicio de la prestación del servicio tuvo lugar entre el 2011 o 2012 y en tal medida, no podía tomarse el 2010 como momento génesis de la relación laboral.

De manera similar, en cuanto al horario de trabajo, resaltó que éste mismo testigo tampoco identificó una hora de ingreso o salida determinada y destacó que era ilógico que el establecimiento permaneciera abierto hasta las tres de la mañana (03:00 a.m.), cuando no había clientes para atender.

1. **ALEGATOS**

Dentro del término otorgado a las partes para descorrer el traslado, las mismas guardaron silencio, por lo que se procede a decidir de fondo previa las siguientes:

1. **CONSIDERACIONES**

Los presupuestos procesales se encuentran cumplidos a cabalidad en el caso objeto de estudio, lo cual da mérito para que la decisión que se deba tomar en esta oportunidad sea de fondo.

Acorde con lo anterior la Sala procederá a resolver los recursos con limitación a la materia objeto de apelación, de conformidad con el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esto es, en lo relacionado con las circunstancias que mediaron la prestación de los servicios y de ser necesario, la forma de terminación del vínculo y la buena o mala fe del empleador.

**5.1. Problemas jurídicos:**

¿Existió un contrato de trabajo entre José Arley Betancur García y Orlando Rivera Toro? En caso de ser afirmativo, adicionalmente deberá resolverse: ¿Cuáles son los extremos temporales?, ¿Cuáles fueron las jornadas y horarios de trabajo?, ¿Se probó en éste caso el despido?, ¿Tiene el demandante derecho al reconocimiento de las indemnizaciones por despido injusto, falta de pago y no consignación de las cesantías?

**5.2. Desenvolvimiento de la problemática planteada**

**5.2.1. Fundamentos normativos**

**Contrato de trabajo**

Para desentrañar los problemas jurídicos planteados se hace necesario recordar, que de acuerdo con los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo [C.S.T.], el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo continuada subordinación o dependencia, mediante remuneración.

Son pues, sus elementos esenciales, la prestación personal del servicio, la subordinación o dependencia y el salario; de suerte que, quien aspire a que se declare la existe de un contrato de trabajo, debe acreditar la concurrencia de estos elementos.

No obstante, esta carga probatoria se atenúa con la presunción consagrada en el artículo 24 del C.S.T., a favor del trabajador. Así, una vez demostrada la actividad personal se presumirá la existencia del contrato de trabajo trasladándose la carga probatoria a la parte demandada, quien debe demostrar que la relación fue independiente y no subordinada.

**Terminación unilateral del contrato sin justa causa**

En los casos en que el objeto del proceso se relacione con la declaratoria de terminación unilateral por parte del empleador del contrato de trabajo sin justa causa, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, cada una de las partes entrabadas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido, es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse por parte del actor que dicha terminación devino en un despido.

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo.

Esta conclusión, se encuentra amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en la SL592 de 2014, Rad. 431105.

**Indemnizaciones moratorias**

Es abundante la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia relacionada con la procedencia de las indemnizaciones moratorias, tanto la prevista en el artículo 65 del C.S.T., como aquella consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, que desde tiempo atrás ha dicho que no proceden en forma automática, por lo que son las circunstancias de cada caso concreto, las que permiten valorar las razones por las cuales el empleador incumplió con la obligación tanto de consignar anualmente las cesantías en un fondo creado para su administración durante la vigencia del contrato de trabajo como la ausencia del pago de prestaciones a la terminación del vínculo laboral. Ver entre otras, sentencia SL8216 de 2016, Rad. 47048 y en sentencia SL4076 de 2017, Rad. 49721.

Luego entonces, puede afirmarse que, para la imposición de estas sanciones debe analizarse en cada caso particular la conducta del empleador, toda vez que en virtud del principio constitucional relacionado con la presunción de la buena fe[[1]](#footnote-1), debe establecerse si del comportamiento de ese empleador incumplido puede predicarse lo contrario, es decir, la mala fe; análisis que debe efectuarse, teniendo en cuenta que no basta la simple manifestación efectuada por el empleador demandado de que ha obrado de buena fe, pues es necesario que las razones que plantee tengan la fuerza suficiente para justificar su incumplimiento y que además, sean probadas.

**5.2.2. Caso concreto**

**Contrato de trabajo**

En el presente proceso no se encuentra en discusión que José Arley Betancur García prestó sus servicios personales a Orlando Rivera Toro, desempeñándose como «mesero» en el «Video bar el baúl de los recuerdos»; razón por la cual, en aplicación del precepto consagrado en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, debe presumirse la existencia del contrato de trabajo y su desvirtuación corresponde a la parte demandada.

Conforme con lo anterior, no luce acertado que el demandado pretenda valerse del argumento según el cual, el demandante no habría demostrado que fue su dependiente o subordinado. Aceptar este planteamiento implicaría desconocer la existencia del referido canon legal que, se insiste, lo releva de la necesidad de probar dicho elemento esencial del contrato de trabajo e impone en cabeza del beneficiario del servicio el deber de probar que la labor fue desarrollada con autonomía e independencia, máxime, cuando desde la contestación a la demanda se aceptó por la pasiva la prestación del servicio del demandante (ver respuesta al hecho 4 folio 34).

Por lo tanto, atendiendo a los restantes argumentos expuestos con el propósito de discutir la existencia del contrato de trabajo, inicialmente se procederá a constatar si como lo afirma el recurrente, en el sub examine las declaraciones de Ernesto Antonio Agudelo Figueroa y Héctor Jaime Agudelo Duque acreditan que el servicio prestado por el demandante fue ocasional, y adicionalmente, si está demostrado que él no estaba sujeto a órdenes o instrucciones, que llegaba tarde al trabajo y que cuando era su voluntad no trabajaba los domingos. De ser el caso, se analizará si ello es suficiente para desestimar la presunción de la existencia nexo contractual laboral.

Siguiendo este derrotero, al analizar las declaraciones de los señores Ernesto Antonio Agudelo Figueroa y Héctor Jaime Agudelo Duque, se observa que en ningún aparte de las mismas éstos afirmaron que el demandante trabajaba de manera esporádica; lo que dijo el primero, fue que lo vio pocas veces o solo una vez, y lo que dijo el segundo, es que no tenía certeza de haberlo visto; cosa que es muy distinta y de la cual tampoco puede inferirse que la labor del actor fue ocasional, porque ambos declarantes reconocieron que acudían al establecimiento de manera eventual; de hecho el relato de Ernesto Antonio Agudelo Figueroa advierte que el conocimiento de los hechos lo obtuvo porque de manera circunstancial, en ocasiones especiales, trabajó como «mesero» en el «Video bar el baúl de los recuerdos»; luego, si ello fue así, es lógico que su permanencia en el establecimiento no tuvo la regularidad necesaria para conocer con suficiencia las particularidades del vínculo convoca este acto.

Explica esta conclusión, el hecho de que el testigo hubiere afirmado no saber si el establecimiento abría en semana, si había un administrador, cómo era que el demandante llegaba a trabajar, cuáles eran sus labores específicas, cómo era que “cuadraban”, quiénes eran los otros extras o meseros, y en general, que desconocía los detalles sobre el funcionamiento del negocio.

Pero, además de lo anterior, debe decirse que la narración de los hechos por parte del señor Agudelo Figueroa se observa inconsistente en sí misma, pues incurrió en diferentes contradicciones que no supo aclarar, siendo las mas notorias, aquellas que se contrastaron con las respuestas dadas por el demandado durante el interrogatorio de parte, en relación con el horario de atención al público, la existencia del administrador que laboraba de manera permanente o de un mesero habitual durante los fines de semana.

Finalmente, no debe perderse de vista que el señor Agudelo Figueroa indicó que no recordaba cuándo laboró en el establecimiento, ni cuándo vio trabajar al demandante; en tal medida, imposible resulta ubicar en el tiempo cuándo ocurrió aquello que pudo conocer y mucho más, determinar si verdaderamente esos hechos pueden asociarse a esta causa.

Una situación similar a la anterior, ocurre en relación con la declaración de Héctor Jaime Agudelo Duque, quien manifestó no estar seguro siquiera de haber visto al demandante y en general, ofreció una versión dubitativa que como tal, no es concluyente, ni tiene la fuerza necesaria para respaldar los supuestos fácticos que en este asunto fueron aducidos por las partes. Así, el contenido vacilante de la declaración descarta la certeza del testigo y consecuentemente, la posibilidad de otorgarle credibilidad.

En suma hasta aquí, contrario a lo que se pretendió hacer ver por la pasiva al formular la alzada, es innegable que las declaraciones de Ernesto Antonio Agudelo Figueroa y Héctor Jaime Agudelo Duque, no prueban que la actividad de José Arley Betancur García hubiere sido esporádica, pues además de que nunca lo plantearon así, sus versiones están desprovistas de mérito de convicción.

En contraste con lo anterior, se tiene la versión de José Edier Muñoz Sánchez quien, como administrador del establecimiento de comercio, contó con una posición privilegiada para conocer los pormenores de lo acaecido e informó, no solo que fue compañero de trabajo del demandante durante los sábados de manera habitual, si no también, que entre el accionante y el accionado existía un acuerdo para que así se hiciere. Al analizar con detenimiento la declaración, los dichos del señor Muñoz Sánchez se observan coherentes, hilvanados y además contestes logrando dar claridad sobre las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se desarrolló la relación contractual entre demandante y demandado.

En otras palabras, no sólo está acreditado que de facto José Arley Betancur García, los días ‘sábado’ desarrolló labores personales de manera regular en beneficio de Orlando Rivera Toro; también lo está, que ello se hizo a merced de un convenio entre las partes y como tal, de un acuerdo que limita la voluntariedad o autonomía del prestador del servicio.

Continuando con el rumbo planteado, al auscultar en el acervo probatorio, tampoco se encuentra demostrado que, como lo postula la pasiva, José Arley Betancur García no estuviere sujeto a órdenes o instrucciones.

En efecto, al examinar la declaración de José Edier Muñoz Sánchez, las cosas parecen ser distintas, pues si bien el testigo reconoció que no tenía la potestad para hacer llamados de atención o darle órdenes o instrucciones al demandante, fue claro en mencionar que Orlando Rivera Toro era quien se entendía con él, quien se ocupaba asignarle el espacio del local en el que debía trabajar y en general, quien le “corregía su camino”, y si bien el testimonio del señor Muñoz Sánchez no permite conocer exactamente qué quiso decir cuando afirmó que el demandado corregía el camino del demandante o era quien se entendía con él; acorde con las reglas de experiencia, ello no puede calificarse de manera distinta a la de ser una expresión del ejercicio del poder subordinante propio de los contratos de trabajo; debiéndose además advertir, también basados en las reglas de la experiencia, que la actividad de un mesero en un establecimiento nocturno, en verdad poca independencia, libertad o autonomía permite.

En cuanto a que el demandante llegaba tarde a trabajar, de entrada debe decirse que esta manifestación realizada por el demandado implica la existencia de un horario laboral, que igualmente es indicativo de dependencia y subordinación. Ahora, conforme al interrogatorio de parte absuelto por el actor, no puede afirmarse o estimarse confeso que esta fuese una conducta usual y mucho menos, que fuese tolerada porque tuviere independencia o autonomía; pues, aunque él reconoció que en una oportunidad llegó tarde al trabajo, a reglón seguido arguyó que fue sancionado por ello.

En similar sentido, José Edier Muñoz Sánchez afirmó que el actor “siempre llegaba a la misma hora y a veces, no todas las veces, retrasado mirando el reloj”, que “él siempre miraba el reloj y lo tenía atrasado cinco o seis minutos antes” y por eso, él le decía al demandante: “no mire su reloj, mire el de la taberna porque es donde siempre se necesita.”

En suma, habiéndose establecido que el demandante, durante los sábados, de manera habitual desplegó su actividad personal en favor del demandado; que hizo ello en cumplimiento de un acuerdo verbal; que estaba sujeto a horarios; y que en desarrollo de esa labor podía ser sujeto de medidas correctivas por parte del beneficiario del servicio; la conclusión no puede ser una distinta a que la presunción de existencia del contrato de trabajo quedó incólume y más que ello, que no quedó demostrado por el demandado que la prestación del servicio en su favor, realizada por el demandante hubiese sido autónoma e independiente .

**Jornadas de trabajo**

Frente al punto de apelación de la activa, que busca sean tenidos en cuenta los días viernes como días laborados, al descender a los elementos de convicción recaudados, se encuentra que su actividad probatoria fue limitada y escasa.

En efecto, la única prueba que refirió algún tipo de trabajo habitual por parte del actor; fue la declaración de José Edier Muñoz Sánchez, quien repetidamente afirmó que el trabajo del demandante era los sábados y cuando específicamente se le preguntó si sabía si los viernes también trabajaba, respondió negativamente, advirtiendo que ello fue muy esporádico y dependía del personal o de si estaban solos en el establecimiento.

Así, si el demandante procuraba algún tipo de reconocimiento por haber laborado los viernes, ha debido cumplir con la carga probatoria que le impone el artículo 167 del Código Procesal General y en ese sentido, demostrar con suficiencia que ello fue cierto, pero como no lo hizo, imposible resulta efectuar algún tipo de condena bajo ese supuesto y su aspiración indefectiblemente está condenada al fracaso.

**Frente a los extremos temporales y la jornada de trabajo.**

Como ya se advirtió, la pasiva se opuso a los extremos temporales en los que el a quo declaró la existencia del contrato de trabajo, indicando que conforme la declaración del señor José Eider Muñoz la relación contractual no podía declararse desde el año 2010.

Y frente a la jornada de trabajo declarada por el a quo resaltó que éste mismo testigo tampoco identificó una hora de ingreso o salida determinada y destacó que era ilógico que el establecimiento permaneciera abierto hasta las tres de la mañana (03:00 a.m.), cuando no había clientes para atender.

Pues bien, frente al primero de los puntos de la apelación, esto es el de los extremos de la relación laboral, al revisar la prueba recaudada, se observa que el testimonio de José Edier Muñoz Sánchez es el único medio que guarda relación con la vigencia del contrato; por ello resulta pertinente evocar sus dichos, según los cuales el demandante inició a prestar sus servicios en el “2012 o 2013 más o menos” y que el último año que lo vio laborando, fue en el 2017, lo que de forma diáfana permite concluir que los extremos del litigio no quedaron claramente demostrados.

Pues bien, para estos casos, en los que no se conoce con precisión los hitos de inicio y terminación del contrato de trabajo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha admitido el criterio según el cual, los extremos temporales pueden establecerse en forma aproximada. Al respecto, frente a un caso de similares ribetes, en sentencia SL905 del 04 de noviembre de 2013, Rad. 37865, precisó que:

“(…) si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado.”

Retornando al particular bajo estos lineamientos, es claro que la sentencia de primer grado presenta un dislate al establecer que el contrato de trabajo estuvo vigente de desde el 05 de noviembre de 2010 hasta el 25 de noviembre de 2017, toda vez que, al tenor del testimonio invocado – que se insiste, es el único que logra dar cuenta meridiana de los extremos - no existe seguridad de que antes del año 2013 el actor hubiere prestado sus servicios para el demandado, como tampoco hay certeza sobre la data hasta la cual lo hizo en el año 2017.

Como se sabe, el actor sólo trabajaba los sábados, entonces ha debido tomarse como calenda inicial, el 28 de diciembre de 2013, por ser éste el último día del año inaugural de labores identificado por el testigo, y de manera similar, ha debido tomarse el 07 de enero de 2017 como extremo final, en razón a que cómo mínimo, el actor pudo haber laborado el primer sábado de 2017.

Por lo tanto, en este punto se dispondrá la modificación de la sentencia apelada y en su lugar, se declarará que el contrato de trabajo estuvo vigente desde 28 de diciembre de 2013 hasta el 07 de enero de 2017, con un día de jornada laboral por semana, que correspondió a los sábados.

Frente al punto relativo al horario de trabajo, la Sala retorna a la declaración del testigo Muñoz Sánchez, quien mencionó que el demandante, dependiendo del horario, podía iniciar labores entre las 05:00 p.m. y 06:30 p.m.; y frente a la hora de salida, mencionó que dependía de cómo estuviera el público, que por lo regular, los sábados era hasta las “dos, dos y media, tres, no pasaba más de tres”.

De otro lado, al absolver el interrogatorio de parte, el demandado dijo que el horario de apertura del establecimiento al público era a las 06:00 p.m. y que el cierre era relativo, porque dependía de la gente que hubiere en el lugar.

De este modo, como el demandado reconoció que el horario de atención al público era a partir de las 06:00 p.m., esta hora se acogerá como inicio de la jornada y dado que el testigo conduce al convencimiento que como mínimo la labor se extendía hasta las 02:00 a.m., esta hora se acogerá como momento de finalización de misma.

Así pues, para los fines pertinentes se tendrá que José Arley Betancur García, laboró ocho (8) horas al servicio de Orlando Rivera, los sábados, desde las 06:00 p.m. hasta las 02:00 a.m.

**Despido sin justa causa – Indemnización por despido**

En atención a los motivos de inconformidad planteados por el demandante, debe insistirse en que la indemnización por despido de que trata el artículo 64 del CST, tiene como supuesto de hecho que la decisión de poner fin al contrato de trabajo provenga del empleador; de modo que, si esto no se prueba, el derecho al pago nunca surge.

Al revisar con detenimiento los argumentos de la parte activa en su recurso, debe decirse que la Sala no los comparte por cuanto debe reiterarse que la ficción legal consagrada en el artículo 24 del estatuto sustantivo laboral, únicamente da lugar a presumir la existencia del contrato de trabajo; más de ella no puede valerse el trabajador para pretender probar mediante dicha presunción el despido. Así las cosas, quedando claro que la carga probatoria está del lado del demandante, quien debe probar en el juicio que fue despedido por su empleador, y visto que conforme la prueba arrimada a las diligencias sobre dicho tópico nada quedó probado en el proceso, no queda más que CONFIRMAR la decisión de la juez *a quo* que negó dicha indemnización, pues se encuentra acorde a derecho.

**Indemnizaciones moratorias – Buena fe del empleador**

Tal y como se explicó en acápite anterior de esta decisión, éstas sanciones no proceden de manera automática, pues son atendibles argumentos por parte del empleador incumplido que tiendan a demostrar o reiterar los postulados que sobre la buena fe se predican por mandato constitucional; en el caso particular se avizora que de la conducta del demandado no puede predicarse mala fe, por el contrario, el opositor de la demanda, hasta el último momento de sus aseveraciones dentro de la presente controversia ha afirmado que no sostuvo con el actor vínculo laboral alguno, y aunque ello por sí solo no es suficiente para exonerarlo de dicha sanción la Sala tendrá en cuenta algunos hechos ventilados en el proceso, que permiten concluir que el demandado actuó de buena fe.

En primer lugar, debe tenerse en consideración la particularidad del contrato que aquí nos ocupa: se trató de un contrato por tiempo parcial que resulta ser inusual en la contratación laboral. En efecto, nótese que las jornadas laborales en la semana se reducían a un solo día, entre las 6 de la tarde y las 2 de la madrugada. Obsérvese que cada jornada fue pagada de manera inmediata a su terminación y que ello es coherente con el convencimiento que el demandado afirmó haber tenido sobre el carácter no laboral de la relación.

En segundo lugar, la conducta pre-procesal y procesal del demandado se encuentra ajustada al proceder de quien actúa de buena fe y procura el pronto esclarecimiento de la verdad. En este asunto, sobresale que el demandado acudió al llamado que le hizo la autoridad administrativa del trabajo, se notificó de éste proceso dentro del término de la citación, aceptó haberse beneficiado de los servicios del demandante, oportunamente dio contestación a la demanda, acudió a las diferentes audiencias que fueron convocadas, no desplegó ninguna actuación que condujera a la dilación del proceso e inclusive, fue quien trajo a las actuaciones las pruebas necesarias para verificar los hechos de la demanda y sin los cuales, las resultas habrían sido totalmente diferentes, pues en materia probatoria, la actividad del accionante resultó ser casi nula.

Así las cosas, advirtiendo que de acuerdo con el artículo 61 del C.P.T.S.S. el juez “formará libremente su convencimiento (…) atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes” para la Sala resulta creíble que Orlando Rivera Toro obrara bajo la convicción plena de no tener un contrato de trabajo con José Arley Betancur García y su proceder durante la ejecución del contrato e incluso después de ello, corresponde al de una persona obra de buena fe y por lo mismo, no puede considerarse responsable del pago de las indemnizaciones que precisamente castigan conductas contrarias a esta.

En consecuencia, se CONFIRMARÁ la absolución por el pago de las indemnizaciones moratorias consagradas en los artículos 65 del CST y 99, inciso 3 de la Ley 50 de 1990

**Liquidación de créditos laborales**

Teniendo en cuenta los considerandos vertidos a lo largo de la sentencia se procederá a reliquidar los créditos laborales reconocidos en primera instancia al trabajador, recordando que el servicio fue prestado los sábados, en horario de 06:00 p.m. a 02:00 a.m., en virtud del contrato de trabajo vigente desde el 28 de diciembre de 2013 hasta el 07 de enero de 2017.

Con esta finalidad, para claridad de las partes, se itera que en la sentencia de primera instancia se declaró probada la prescripción de los créditos laborales causados con anterioridad a 16 de enero de 2015, tomando en consideración que en esa misma fecha de 2018 se adelantó ante el Ministerio del Trabajo una audiencia de conciliación con la que se habría interrumpido el término prescriptivo; e igualmente, que en dicha providencia, se estableció que el salario diario del demandante, ascendió a $25.000 en los años 2013 a 2015 y a $30.000 en los años 2016 y 2017.

Por lo tanto, como ninguna estas decisiones fueron controvertidas, ni son susceptibles de variar con lo que aquí se ha determinado, se acogerán y tendrán en como parámetro para la reliquidación.

Horas extras: como las resultas del proceso en esta instancia permitieron establecer que el actor laboró un total de 8 horas por semana, los días sábado, de 06:00 p.m. a 02:00 a.m., menester resulta concluir que no se excedió la jornada máxima de trabajo que establece el artículo 161 del CST; lo que consecuencialmente conlleva a que sea REVOCADA la condena fulminada por el a quo en tal sentido.

Recargos nocturnos: teniendo en cuenta que durante la vigencia del contrato de trabajo que aquí se declara estaba en vigor el artículo 160 del CST con la modificación introducida por la Ley 789 de 2002, el demandante tiene derecho al pago del recargo nocturno del 35% por las horas laboradas a partir de las 10:00 p.m. hasta las 02:00 a.m.; prescritos los recargos causados con anterioridad al 16 de enero de 2016. Efectuados los cálculos de rigor el valor total a pagar por este concepto asciende la suma $ 745.500, por lo que en punto referido al valor encontrado por el a quo, la sentencia será modificada.

Frente a las demás acreencias laborales que resulta viable revisar en atención a la modificación que a los extremos temporales se hizo en esta instancia se encuentra que efectuados los cálculos de rigor las sumas a reconocer por concepto de cesantía, intereses a las cesantías, primas y vacaciones resultan superiores a las halladas por el *a quo*; no obstante en atención a que el punto concreto no fue apelado por la activa y en aras a no transgredir el principio de la *non reformatio in pejus*, se mantendrán los valores encontrados por el fallador de primera instancia.

Aportes al sistema de sistema de seguridad social: acorde con los extremos temporales del contrato de trabajo hallados en esta instancia, el cálculo actuarial por los aportes al sistema general pensiones deberá hacerse en beneficio del trabajador por los periodos comprendidos entre el 28 de diciembre de 2013 hasta el 07 de enero de 2017.

No obstante, al analizar la sentencia de primera instancia se encuentra que el a quo en forma desacertada y sin ningún fundamento jurídico concreto que avalara su decisión, ordenó que dichos pagos se hicieran atendiendo a los días efectivamente servidos; lo que desconoce las normas sociales, que son de orden público, a la vez que compromete derechos mínimos e irrenunciables del trabajador; por lo que, aunque ello no fue objeto de apelación, debe ser modificado.

En relación con esta materia, basta recordar que con anterioridad a la expedición del Decreto 2616 de 2013, el sistema de seguridad social no permitía efectuar cotizaciones por periodos inferiores a 30 días y solo a partir de su entrada en vigor, desde el 01 de febrero de 2014, se permiten las cotizaciones por semanas, cuando existen contratos de trabajo de tiempo parcial.

De esta manera, como en el caso que nos ocupa, el trabador empezó a laborar el 28 de diciembre de 2013, con independencia del número de días que hubiere trabajado efectivamente, a partir de ese momento deben efectuarse las cotizaciones al sistema de pensiones; en este caso, reportando 3 días laborados para el ciclo de diciembre de 2013 y 30 días para el periodo de enero de 2014; por los periodos de febrero de 2014 hasta enero de 2017, la cotización mínima debe ser de una semana, en cada uno de los meses; y en ambos eventos, el IBC deberá equivaler al salario mínimo legal vigente, en proporción al número mínimo de días reportados en cada ciclo.

En consecuencia, se modificarán el numeral primero de la sentencia apelada para señalar que el contrato de trabajo estuvo vigente desde el 28 de diciembre de 2013 hasta 07 de enero de 2017; el numeral tercero para corregir el valor de la condena por recargos nocturnos; y el numeral quinto para precisar los periodos que deben pagarse y el número mínimo de días que debe reportarse en cada uno de ellos. Así mismo se revocará la condena al pago de horas extras.

En lo restante la sentencia será confirmada.

Sin costas en esta instancia en atención que el demandante goza de amparo de pobreza y dada la prosperidad parcial del recurso formulado por el demandado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira,

**RESUELVE:**

**PRIMERO. MODIFICAR** el numeral PRIMERO, de la sentencia de origen y fecha conocidos, el cual quedará así

*PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JOSE ARLEY BETANCUR GARCIA, en su condición de trabajador y el señor ORLANDO RIVERA TORO, en calidad de empleador, existió un contrato de trabajo verbal, a término indefinido, vigente desde el 28 de diciembre de 2013 hasta el 07 de enero de 2017.*

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral TERCERO de la sentencia de origen y fecha conocidos, el cual quedará así:

*TERCERO: CONDENAR al señor ORLANDO RIVERA TORO a pagar a JOSE ARLEY BETANCUR GARCIA, las siguientes sumas y conceptos:*

*Recargos nocturnos $ 745.500*

*Auxilio de cesantías $ 151.865*

*Intereses a las cesantías $ 12.194*

*Prima de Servicios $ 88.360*

*Vacaciones $ 62.286*

**TERCERO: REVOCAR** la condena al pago de horas extras para en su lugar ABSOLVER de dicha condena, conforme las consideraciones vertidas en esta decisión.

**CUARTO: MODIFICAR** el numeral QUINTO de la sentencia de origen y fecha conocidos el cual quedará así:

*QUINTO: ORDENAR al señor ORLANDO RIVERA TORO que proceda a cancelar el cálculo actuarial por los aportes en pensión a favor de JOSE ARLEY BETANCUR GARCIA, en fondo que él le indique, por los periodos correspondientes entre el 28 de diciembre de 2013 y el 07 de enero de 2017 de la siguiente manera:*

*Por el período comprendido entre el 28 de diciembre de 2013 hasta el 31 de enero de 2014; deberá reportar 3 días del mes de diciembre del 2013 y 30 días del mes de enero de 2014.*

*A partir del 01 de febrero de 2014 y hasta el 07 de enero de 2017, deberá efectuar las cotizaciones por semanas, reportando un mínimo de 07 días para cada periodo mensual. El ingreso base de cotización deberá corresponde al salario mínimo legal vigente, en proporción a los días reportados.”*

**QUINTO: CONFIRMAR** en la sentencia en lo demás.

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

La anterior decisión se notifica en estados.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Magistrada

Salva voto parcial

1. Cfr. Constitución Política, Art. 83. [↑](#footnote-ref-1)