

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA LABORAL

EDUARDO JOSE CABELLO ARZUAGA
Magistrado ponente

Valledupar., Cesar, primero (1°) de junio dos mil veintidós (2023)

Referencia: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUIS FERNANDO PEDROZO CASTILLO
Demandado: ELEYNE YASETH ARIAS PALLARES
Radicación: 200113105001 2018 00185-01
Decisión: REVOCA SENTENCIA

SENTENCIA

De conformidad con lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022, decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Aguachica., el 1° de febrero de 2019.

I. ANTECEDENTES

El demandante a través de apoderado judicial, promovió demanda laboral en contra de Eleyne Arias Pallares, para que se declare la existencia de una relación laboral a partir del 1° enero del año 2015 hasta el 15 de octubre del mismo año. En consecuencia, sea condenada a pagarle los salarios, dotación, auxilio de transporte, indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo, cesantías, interés de cesantías, vacaciones, primas de servicios, indemnización moratoria por

falta de pago, horas extras diurnas y dominicales, aportes a seguridad social integral y demás derechos que haya lugar a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra petita, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 1° de enero de 2015 se vinculó mediante contrato de trabajo verbal con Eleyne Yaseth Arias Pallares, propietaria del establecimiento de comercio denominado “*Estación de Servicios Fredymax*”, para cumplir funciones de “*Islero*”, realizando funciones de suministro de gasolina y ACPM, con un horario que imponía la empleadora de 7:00a.m a 7:00pm por el cual recibía un pago mensual de \$350.000 pesos cancelados en 2 quincenas.

Adujo que sus servicios eran realizados en la estación de servicio “*Fredymax*” ubicado en el kilómetro 4 vía gamarra, en donde recibía ordenes e instrucciones por parte de la demandada hasta el 15 de octubre de 2015, día que la demandada de forma injustificada dio por terminado la relación laboral.

Manifestó que la demandada nunca le pagó los salarios, las prestaciones sociales, horas extras diurnas, vacaciones, ni las cotizaciones pertinentes al sistema de seguridad social integral.

Al contestar la demanda Eleyne Yaseth Arias Pallares, negó la totalidad de los hechos, oponiéndose a las pretensiones de la misma, alegando que nunca ha suscrito un contrato de trabajo con el actor. Para enervar las pretensiones de la demanda propuso en su defensa las excepciones de “*falta de presupuestos procesales*” y “*falta de legitimación en la causa*”.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Aguachica, mediante fallo del 1° de febrero de 2019, resolvió:

“Primero: negar las suplicas de la demanda, con fundamento en lo considerado.

Segundo: Ordenar el grado jurisdiccional de la consulta, en caso de no ser apelada la sentencia

Tercero: condenar en costas al actor, con fundamento en lo expuesto”.

Como sustento de su decisión, señaló que si bien fue acreditada la prestación personal de los servicios en propiedad de la demandada y que el demandante recibía un salario por dichos servicios, no se demostró que esos servicios fueran subordinados a la demandada, ni se acreditaron los extremos temporales en que se prestaron los servicios, lo que impide declarar el contrato de trabajo pretendido.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación, con el que imploró la revocatoria total de la sentencia, al considerar que se requiere un estudio más detallado de las pruebas que se arrimaron al proceso manifestando que se tengan en cuenta el interrogatorio de parte de Luis Fernando Pedrozo Castillo, así mismo el testimonio allegado por Antonio Fernandez Bastidas y el de Yesith Torres García quienes manifestaron que Luis Fernando Pedrozo Castillo prestaba el servicio en la estación de servicio “FREDYMAX” bajo la subordinación de la demandada.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación. Por lo que corresponde determinar **i)** si entre las partes existió un contrato de trabajo en virtud del

principio de prevalencia de la realidad sobre las formas. En caso positivo, **ii)** verificar si son procedentes las pretensiones de condena imploradas por el actor.

1. Del contrato de trabajo y principio de primacía de la realidad sobre las formalidades en las relaciones laborales.

Con el fin de determinar los presupuestos de la norma que configuran un contrato de trabajo, resulta importante remitirnos a lo preceptuado en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala que para que se estructure, se requiere la concurrencia de tres elementos, a saber: i) la actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo; ii) la dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo, cantidad, calidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato, y iii) la retribución de la prestación del servicio, pues el mismo tiene un carácter retributivo y oneroso.

Igualmente, ha señalado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación o dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia (CSJ rad. 24476 de 7 de julio de 2005; SL 16528-2016, SL2480-2018 y SL2608-2019, SL3345 de 2021).

De otro lado, a efectos de tenerse por desvirtuada la presunción de existencia del contrato de trabajo, no basta las denominaciones que una o

ambas partes asignen al vínculo, atenerse al rótulo que aparece en los documentos suscritos o creados para tal fin, sino que es necesario acudir a la naturaleza misma de la relación y la forma como se ejecuta el servicio personal para hallar lo esencial del contrato en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas previsto en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

En paralelo, la Sala Laboral de H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4479-2020, con el fin de establecer o descartar la existencia de relaciones laborales subordinadas, ha acudido a los indicios consagrados en la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, en especial: **i)** la integración del trabajador en la organización de la empresa y; **ii)** que el trabajo sea efectuado única o principalmente en beneficio del contratante.

La anterior regla jurisprudencial ha sido reafirmada en las sentencias SL5042-2020; SL1439-2021; SL2955-2021; SL2960-2021; SL3345-2021 y SL3436-2021. Destaca la Sala la última providencia citada, en la cual la citada Corporación ha puntualizado que solo algunos de los indicios o criterios de configuración de la relación de trabajo subordinada fueron consagrados en el artículo 23 CST (cumplimiento de órdenes sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imposición de reglamentos), por tanto, dicho precepto hace una mención enunciativa y no taxativa de los mismos, muchos de los cuales fueron recogidos en la precitada Recomendación 198 de la OIT, usando la Corte varios de ellos para resolver los conflictos donde se reclama la existencia de un contrato de trabajo, a saber:

- a) Que el servicio se preste según el control y supervisión de otra persona (SL4479-2020).
- b) La exclusividad (SL460-2021).
- c) La disponibilidad del trabajador (SL2585-2019).
- d) La concesión de vacaciones (SL6621-2017).
- e) Aplicación de sanciones disciplinarias (SL2555-2015).
- f) **Cierta continuidad del trabajo** (SL981-2019).

- g) **El cumplimiento de una jornada u horario de trabajo** (SL981-2019).
- h) **La realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio** (SL4344-2020).
- i) El suministro de herramientas y materiales (SL981-2019).
- j) **El hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios** (SL4479-2020).
- k) **El desempeño de un cargo en la estructura empresarial** (SL Rad 34.393 del 24 de agosto de 2010).
- l) La terminación libre del contrato (SL6621-2017).
- m) **La integración del trabajador en la organización de la empresa** (SL4479-2020 y SL5042-2020).

Finalmente, en la sentencia SL3436-2021, analizó el criterio de integración en la organización de la empresa y concluyó que es un indicador abierto y complejo, el cual parte de considerar la empresa como una actividad que combina factores humanos, materiales e inmateriales al mando de un titular, siendo un indicio de subordinación cuando el empresario organice de manera autónoma sus procesos productivos y luego inserta al trabajador para dirigir y controlar su labor en pro de esos fines laborales, por cuanto si el colaborador no tiene un negocio propio ni una organización empresarial con una propia estructura, medios de producción, especialización y recursos, se puede inferir que carece de autonomía porque no se trata de una persona que *“realice libremente un trabajo para un negocio”* sino que aporta *“su fuerza de trabajo al engranaje de un negocio conformado por otro”*.

1.2. Caso en concreto

En el *sub examine* para acreditar la prestación personal de sus servicios en favor de Eleyne Yaseth Arias Pallares, en su condición de propietaria del establecimiento de comercio denominado *“Estación de Servicios Fredymax”*, Luis Fernando Pedrozo Castillo, trajo al proceso el testimonio de Antonio Luis Fernández Bastidas, quien fue enfático en

manifestar que en efecto el actor prestó sus servicios como Islero en la estación de servicios Fredymax, exponiendo además que le consta esa situación debido a que era a Luis Fernando a quien le recibía el turno a las 7:00 pm y a quien se lo entregaba a las 7:00 am y que este desempeñaba sus mismas funciones y que por esa labor el actor recibía la suma de \$350.000.

Declaró además ese testigo que le consta que Pedrozo Castillo prestó esos servicios en favor de la demandada entre el mes de enero al 25 de julio de 2015, dado que él ingresó a trabajar desde el año 2011 y finalizó su vínculo laboral el 25 de julio de 2015.

A ese testimonio se le otorga pleno valor probatorio como quiera que fungió como compañero de trabajo del actor.

También se recibieron los testimonios de Yesid Torres García y Walfran Enrique Lima Rojas, decretados de manera oficiosa por la *a quo*; estos testigos coincidieron en manifestar que Luis Fernando Pedrozo Castillo prestó sus servicios en la estación de servicios Fredymax, de propiedad de la demandada, el primero de los deponentes afirmó que ingresó como Islero en esa estación de servicios desde el 16 de julio de 2015 para remplazar a “Antonio” en el turno de la noche de 7:00 pm a 7:00 am y que dicho turno lo recibía y entregaba a Luis Fernando, quien estuvo hasta el mes de agosto de ese año, pues luego este fue reemplazado por “Yeny”.

El segundo de los testigos adujo que fue él quien buscó a Luis Fernando Pedrozo Castillo para que trabajara en la estación de servicios y que este se encargaba de vender y anotar en una libreta lo vendido entre las 7:00 am a 7:00 pm y que le pagaban lo mismo que a él, es decir la suma de \$300.000

A esas declaraciones se les otorga valor probatorio debido a que también fueron trabajadores de la demandada, el primero entre el 16 de julio de 2015 hasta el año 2017 y el segundo afirmó haber laborado

también en el año 2015, sin manifestar un periodo en concreto, por lo que percibieron de manera directa los hechos declarados.

Asimismo se escucharon las declaraciones de Jhenis Chávez Torrez y Celsa Aura Vargas, quienes manifestaron que el demandante nunca trabajó en la estación de servicios de propiedad de la demanda, pues la primera aseguró haber ingresado el 1° septiembre de 2015, para suplir el turno de 7:00 am a 7:00 pm y que nunca conoció al demandante y la segunda si bien aseguró haber visto a Luis Fernando En la cafetería de la estación de servicios, al indagarle a Walfran este le aseguró que era un amigo de él.

Respecto de esas declaraciones, vale precisar que nada aportan al proceso por cuanto la primera de las deponentes afirmó haber ingresado a laborar para la demandada a partir del 1° de septiembre de 2015, es decir luego de que el trabajador dejó de prestar sus servicios en la estación de servicios, pues los anteriores testigos afirmaron que esos servicios se prestaron hasta agosto de ese año; y la segunda solo le consta haber visto al actor en la cafetería del establecimiento de comercio.

Al analizarse en su conjunto esas pruebas, para Sala está acreditado que el actor prestó sus servicios personales en favor de la demandada, pues lo hizo en el establecimiento de comercio denominado “*Estación de Servicio Servicentro Fredymax*”, cuya propietaria es Eleyne Yaseth Arias Pallares, tal y como consta en la copia de la matrícula mercantil aportada a folio 12 de la demanda y como lo confesó ella en su interrogatorio de parte.

Se precisa en este punto que lo manifestado por la demandada en su interrogatorio de parte no tiene acogida en esta instancia, por cuanto el hecho que para las fechas en que el actor aseguró haber prestado sus servicios personales en la estación de servicios de su propiedad, ella se encontraba en la ciudad de Bogotá y que el establecimiento de comercio era administrado por un familiar no la exime de responsabilidad frente a aquel, como quiera que en todo caso de conformidad con el artículo 32 del

Código Sustantivo del Trabajo, la administradora actuó en su representación, situación que se predica igualmente respecto de Walfran Lima Rojas, quien por el hecho de haber este afirmado que fue él quien “buscó” al demandante, se comprobó que el beneficiario de esos servicios no era otro sino la demandada, pues las actividades desplegadas por Pedrozo Castillo como “Islero” en las instalaciones de la estación de servicios Fredymax, consistente en el despacho de combustible a vehículos que circulaban por esa vía, iba dirigidas a la explotación de la actividad económica de la demandada pues ante la Cámara de Comercio de Aguachica – Cesar, esta registró como su principal actividad económica “el comercio al por menor de combustible para automotores” (fº 12 Vto).

Ante ese panorama, al estar acreditada la prestación personal de servicios de Luis Fernando Pedrozo Castillo en favor de Eleyne Yaseth Arias Pallares, propietaria del establecimiento de comercio denominado “Estación de Servicios Servicentro Fredymax”, corre a su favor la presunción contenida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, esto es, se presume que esos servicios personales estuvieron regidos por un contrato de trabajo; presunción que no fue derruido a través de ningún medio probatorio, toda vez que los recibos de caja menor en donde consta la entrega de dinero a “Walfran E. Lima Rojas” por concepto de sueldos entre los meses de enero a agosto de 2015 (fº 33 a 35), así como la liquidación de prestaciones sociales pagada a este por los servicios prestados entre el 1 de enero de 2015 al 31 de agosto del mismo año (fº 36), no tienen el alcance demostrativo para acreditar que los servicios prestados por el demandante lo fueron de manera autónoma e independiente.

Tampoco tiene ese alcance demostrativo el documento aportado con la contestación de la demanda titulado “ENTREVISTA”, en donde el 16 de octubre de 2018, Walfran Enrique Lima Rojas en su condición de entrevistado “RELATÓ”: “Que el señor Luis Fernando Pedrozo castillo, no trabajaba directamente con la ESTACIÓN DE SERVICIO “FREDYMAX”, toda vez que quien trabaja allí directamente era yo, de 7:00AM a 7:00PM: No es

cierto el entro en enero de 2015 v se retiró en octubre de 2015. Porque soy testigo directo ya que yo entre en enero de 2015 y me retire en agosto de 2015 y como prueba está mi respectiva liquidación de servicio, quien me reemplazo fue la señora JHENIS CHÁVEZ TORRES. con esto quiero decir que el señor Luis Fernando está mintiendo al manifestar lo que dice, lo que si es cierto es que por la amistad que teníamos me acompañaba hacer mis laborales v que por esto mismo le colaboraba con algo, nunca fue trabajador directo de la ESTACIÓN DE SERVICIO "FREDYMAX, sino que como la estación era sola él iba hablar conmigo, pero nunca trabajo como empleado. En la estación siempre ha existido 2 turnos estando cada uno a cargo de una sola persona, en el turno que estaba yo. cuando termine entro la señora JHENIS CHÁVEZ TORRES a reemplazarme, y en el turno de 7:00 PM a 7:00AM estaba el señor LUIS ANTONIO BASTIDAS y reemplazado por el señor YESID TORRES GARCIA. Esta declaración la doy bajo la gravedad de juramento porque conozco los hechos en modo, tiempo y lugar por lo que fui trabajador directo, como tampoco no es cierto que nunca había dos personas en un solo turno". Como quiera que al ponerle en su conocimiento el mismo, este manifestó desconocer su contenido, afirmando no saber leer ni escribir.

En este orden de ideas, al no desvirtuarse la presunción de existencia del contrato de trabajo y por el contrario dada la integración del demandante en la estructura empresarial dispuesta por la demandada para desarrollar su actividad económica principal en el establecimiento de comercio "Estación de servicios Servicentro Fredymax", el cumplimiento de un horario de trabajo y la continuidad en el trabajo, se puede establecer que en verdad los servicios prestados por el promotor del demándante fueron subordinados, pues esos indicios de laborabilidad son propios de un contrato de trabajo, razón esa por la que se revoca lo decidido en la primera instancia para en su lugar declarar la existencia del contrato de trabajo pretendido con la demanda.

En cuanto a los extremos temporales en que se ejecutó el contrato de trabajo, se tendrá el referido por los testigos quienes coinciden

manifestar que Luis Fernando Pedrozo Castillo inició a laborar para la demandada en enero de 2015 y terminó en agosto del mismo año, por lo que siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para efectos de liquidación se tendrán como extremo temporal inicial de la relación laboral el último día del mes de enero de 2015 y como extremo final se tendrá el primer día del mes de agosto del mismo año.

Al respecto ha de traerse a colación lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL-905-2013, en la que en lo pertinente se dijo:

*“La jurisprudencia adoctrinada de esa Sala ha fijado el criterio según el cual, **en estos casos, en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales** que le correspondan al trabajador demandante.*

*(...) 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 tales condiciones, **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”. **(Negrilla y Subrayado por la Sala)**. Postura reiterada entre otras en la SL17981-2017.*

En este orden de ideas, como se dijo se revoca la sentencia confutada para en su lugar declarar la existencia de un contrato de trabajo

a término indefinido que indicó el 31 de enero de 2015 y terminó el 1° de agosto del mismo año.

1.2.1. De los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y auxilio de transporte.

En el plenario no obra prueba que demuestre el pago de las prestaciones sociales, vacaciones y auxilio de transporte al demandante, razón por la que se condenará a la parte demandada a pagarlos así:

- Primas de servicios: **359.175**
- Auxilio de cesantías: **359.175**
- Intereses sobre las cesantías: **43.101**
- Vacaciones: **161.087**
- Salarios: **\$3.866.100**
- Auxilio de transporte: **444.000**

Para la liquidación se tuvo como salario base de liquidación el valor equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2015, que lo fue en la suma de \$644.350 y del auxilio de transporte \$74.000

1.2.2. De la sanción moratoria

El artículo 65 del CST, modificado por el artículo 29 de la ley 789 de 2002, establece que: *“si a la terminación del contrato, el {empleador} no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo”*.

Sin embargo, esa sanción no opera de forma objetiva y automática, puesto que habrá de valorarse la conducta del empleador que no cumplió con su obligación legal de pagar los salarios y prestaciones del trabajador (SL1012-2015, SL1920- 2019 y SL593-2021).

En el caso bajo estudio, es evidente la mala fe del empleador, al mantener oculta una verdadera relación laboral subordinada con el demandante dado que siempre negó su existencia y conforme a los medios probatorios obrantes en el proceso se evidenció que su relación estaba regida por una verdadera relación laboral que se empleó para despojar al trabajador de sus derechos laborales.

Al ser lo anterior de esa manera, la sanción moratoria debe reconocerse en el valor diario de \$21.478, a partir del 2 de agosto de 2015 y hasta por 24 meses, a partir del mes 25 se le reconocerá el interés corriente vigente establecido por la superintendencia financiera, esto al haberse presentado la demanda el 10 de septiembre de 2018 (f° 16), es decir 24 meses luego de terminada la relación laboral.

1.2.3. De la indemnización por despido injustificado

En los eventos como el presente, se ha dicho reiteradamente que corresponde al trabajador demostrar la ocurrencia del despido y, al empleador, probar que el finiquito laboral estuvo amparado en una justa causa establecida por la ley o en un modo legal.

Al respecto, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral en sentencia SL1680-2019, señaló:

*“No debe perderse de vista que esta Corporación ha sostenido en innumerables oportunidades que en estos asuntos **conciérne a la parte accionada la carga de demostrar la justeza del despido. Es decir, que una vez probado por el demandante el hecho del desahucio –lo cual se cumplió cuando adosó la carta de despido y el demandado asintió tal hecho en la contestación-, a la parte accionada le compete acreditar la ocurrencia de los motivos argüidos como justa causa para la terminación del vínculo laboral, no siendo suficiente para dichos efectos lo previsto en la carta de despido, en la medida en que este elemento probatorio por sí solo, no es capaz de demostrar la existencia de los hechos allí invocados, razón por la que es menester que se complemente con otros medios de convicción:***

(.....) para la autoridad judicial ello no es suficiente para acreditar los hechos que allí se le atribuyeron al actor, y esta aserción, además de

que no es desvirtuada por la censura, la comparte íntegramente la Corte, toda vez que, como se ha dicho en otras oportunidades, lo manifestado allí constituyen los motivos de la decisión del empleador, pero por sí solo, no demuestra la existencia de los mismos, sino que las imputaciones al trabajador deben estar soportadas en otras pruebas del proceso que acrediten la existencia de los hechos. (CSJ SL33535, 26 ago. 2008)". (Negrilla y subrayado por esta Sala).

En el *sub examine*, no se verifica elemento de prueba que acredite que la decisión de terminar el contrato de trabajo provino de la empleadora, lo cual resulta razón suficiente para no acceder a la pretensión indemnizatoria implorada.

1.2.4. Del trabajo suplementario y recargos.

La jornada laboral ordinaria es la que convengan las partes, o a falta de convenio la máxima legal (Artículo 158 CST) y el trabajo suplementario o de horas extras es el que excede de la jornada ordinaria y en todo caso el que excede la máxima legal (art 159 CST), y en aplicación del artículo 161 del código sustantivo del trabajo, subrogado por el artículo 20 de la ley 50 de 1990, aplicable para la época en que se ejecutó el contrato de trabajo suscrito por las partes *“la duración máxima legal de la jornada ordinaria de trabajo es de ocho (8) horas al día y cuarenta y ocho (48) a la semana”*.

Por su parte el artículo 168 *ibidem*, dispone que:

“2. el trabajo extra dinero se remunera con un recargo del veinticinco por ciento (25%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno.

2. El trabajo extra nocturno se remunera con un recargo del setenta y cinco (75%) sobre el valor del trabajo ordinario diurno”

Asimismo, para el reconocimiento de trabajo suplementario y recargos, resulta necesario recordar que la pretensión del reconocimiento y pago de trabajo suplementario (horas extras) y recargos por servicios prestados en jornada nocturna y días dominicales o festivos, imponen al demandante la carga de probar, más allá de cualquier duda razonable, las

horas que fueron laboradas en exceso de la jornada ordinaria o en condiciones extraordinarias y que se denuncian impagadas.

La jurisprudencia vertical de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene adoctrinado que el trabajo suplementario y horas extras, no pueden estar sometidos a suposiciones y su probanza debe despejar cualquier duda respecto de las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que tuvieron ocurrencia, tesis esta que comparte esta sala y que se encuentra vertida en las sentencias de dicha Corte SL3009-2017, SL10418-2017 y SL10597-2017, reiterada más recientemente en la SL 5264-2019.

En esas sentencias se dejó sentado que:

“...para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas, como sucedió en el sub examine”.

Teniendo en cuenta la anterior postura jurisprudencial y aterrizando al caso bajo estudio, observa la Sala que el actor no aportó medio de prueba alguno para demostrar los servicios por él prestados en jornada y tiempo extraordinario, únicamente mencionó sus horarios de trabajo, planteamiento que no comparte la Sala, por cuanto la simple fijación de horario y disponibilidad no permite dar por acreditado el trabajo efectivamente realizado por el actor¹.

Como se viene explicando, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido reiteradamente que la prueba del tiempo suplementario, debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los días y las horas en que se ejecutó, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o

1 CSJ SL866-2020

suposiciones, efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo.

Entonces, al no estar acreditada la prestación de servicios por parte del ex trabajador más allá de las jornadas reconocidas y pagadas por la demandada, conlleva a no reconocer esta pretensión por parte del despacho.

1.2.5. Del Calzado y vestido de labor correspondiente al año 2015.

Esta prestación tiene como objeto su utilización en vigencia del contrato de trabajo, luego solo es procedente la indemnización por perjuicios causados ante su falta de entrega. Pero como no se probó perjuicio alguno al demandante, tampoco hay condena por este concepto. (CSJ SL5107-2018).

1.2.6. De la Falta de afiliación al sistema de seguridad social en pensiones.

La Jurisprudencia vertical de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL14388-2015, reiterada en la SL2885-2018, tiene decantado que cuando se declare judicialmente la existencia de un contrato realidad, al omitir el empleador afiliar a su trabajador al sistema de seguridad social en pensión, lo procedente no es el pago de las cotizaciones dejadas de efectuar junto a los intereses previstos en el artículo 23 de la ley 100 de 1993, sino el traslado del valor del cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social. En palabras del alto Tribunal señaló:

*“La Corte también ha tenido la oportunidad de analizar situaciones en las que se solicita **la declaración de contratos de trabajo, por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades**, y, como consecuencia de su declaración, surge la obligación del empleador de afiliación del trabajador al sistema de pensiones, así como su consecuente incumplimiento.*

*Ante dicho panorama, valiéndose de las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, **la Corte ha optado por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la***

condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social, que mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes. (Negrilla fuera del texto original).

Posición reiterada recientemente en sentencias CSJ SL2236-2021 y SL3956-2021.

Así las cosas, al haberse declarado en el *sub examine* la existencia de un contrato de trabajo en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, conforme a la línea jurisprudencial señalada, la Sala condena a la demandada a pagar el valor del cálculo actuarial correspondiente a la reserva de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, correspondientes al período del 31 de enero de 2015 al 1° de agosto del mismo año, teniendo como salario base de cotización, el valor equivalente al salario mínimo vigente para cada periodo, previa liquidación que del mismo efectúe el ente de seguridad social que asuma el reconocimiento de la pensión de vejez del actor.

1.2.7. Aportes a seguridad social en salud.

No resulta procedente el pago de los aportes al sistema de la seguridad social en salud, por tratarse de un hecho consumado, pues, aquella contingencia que cubría el régimen contributivo cesó del mismo momento en finiquitó la relación laboral con el empleador demandado. Bajo ese derrotero, lo único que procedería sería el pago de los perjuicios generados con esa omisión de la empresa en la no afiliación y pago de aportes. De la misma manera, ante ausencia de una obligación legal tampoco es posible en este caso disponer la solvencia directamente al trabajador de los aportes en salud no efectuados.

Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como la CSJ SL297-2018 reiterada en la SL1393-2019, recordó que:

“Ahora bien, en lo que tiene que ver con los aportes a la salud, la Sala ha considerado que no es dable cancelar directamente al trabajador

los aportes a la seguridad social que en su oportunidad no efectuó el empleador, porque únicamente en casos previamente definidos en la ley se pueden devolver aquellos efectuados de más, pero no puede ordenarse el pago directo de los que debieron hacerse y no se realizaron. Del mismo modo, tiene adoctrinado la Corte que lo procedente frente al hecho consumado de la no afiliación a las contingencias de salud y riesgos laborales es la reparación de perjuicios que el trabajador acredite haber sufrido por esa omisión del empleador, o el reintegro de los gastos que se vio obligado a llevar a cabo por no tener la atención y cubrimiento de tales riesgos.

Lo anterior significa que los aportes en salud implican que la correspondiente EPS hubiera asumido los pagos propios del subsistema de salud en caso de haberlo requerido el trabajador, pero como en el sub lite no se invocó ni acreditó que se haya producido daño a la salud que irrogara pago alguno, al igual que un perjuicio por la falta de afiliación al riesgo de salud, como tampoco que se hubiera dado erogación alguna por parte del demandante por este concepto, no se impondrá condena alguna”.

2. Excepciones.

Dadas las resultas del proceso, al declararse la existencia del contrato de trabajo pretendido por el actor, se declara no probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por la demandada.

Al revocarse en su totalidad la sentencia acusada, conforme al numeral 4° del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable al trámite laboral en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se condena a la parte vencida a pagar las costas por ambas instancias.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR – SALA N°1 CIVIL-FAMILIA-LABORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida por el juzgado laboral del circuito de Aguachica expedida el 1° de febrero de 2019.

SEGUNDO: Declarar que entre Luis Fernando Pedrozo Castillo y Eleyne Yaseth Arias Pallares propietaria del establecimiento de comercio denominado “*Estación de Servicio Servicentro Fredymax*”, existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 31 de enero de 2015 y terminó el 1° de agosto del mismo año.

TERCERO: Condenar a Eleyne Yaseth Arias Pallares propietaria del establecimiento de comercio denominado “*Estación de Servicio Servicentro Fredymax*”, a pagarle a Luis Fernando Pedrozo Castillo, los siguientes valores y conceptos:

- 3.1. Primas de servicios:** \$359.175
- 3.2. Auxilio de cesantías:** \$359.175
- 3.3. Intereses sobre las cesantías:** \$43.101
- 3.4. Vacaciones:** \$161.087
- 3.5. Salarios:** \$3.866.100
- 3.6. Auxilio de transporte:** \$444.000
- 3.7.** El valor del **cálculo actuarial** correspondiente a la reserva de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, correspondientes al período del 31 de enero de 2015 al 1° de agosto del mismo año, teniendo como salario base de cotización el valor equivalente al salario mínimo vigente para cada periodo, previa liquidación que del mismo efectúe el ente de seguridad social que asuma el reconocimiento de la pensión de vejez del actor.
- 3.8. Sanción moratoria** debe reconocerse en el valor diario de \$21.478, a partir del 2 de agosto de 2015 y hasta por 24 meses, a partir del mes 25 se le reconocerá el interés corriente vigente establecido por la superintendencia financiera, hasta que se cancelen los salarios y prestaciones sociales adeudadas.

CUARTO: Absolver a la demandada de las restantes pretensiones de la demanda.

QUINTO: Declarar no probada la excepción propuesta por la demandada.

SEXTO: Condenar a la demandada a pagar las costas del proceso, fijese por concepto de agencias en derecho por esta instancia la suma equivalente a 1 SMLMV. Líquidense concentradamente en el juzgado de origen.

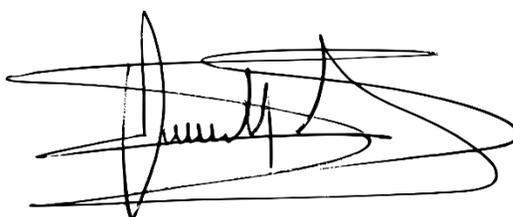
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



EDUARDO JOSE CABELLO ARZUAGA

Magistrado Ponente



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURT

Magistrado