

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA Y AMAZONAS
SALA LABORAL**

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25286-31-03-001-2015-01034-01
Demandante: **MARLON JAIR HOMEN**
Demandado: **JAIME ENRIQUE LUGO BOSA**

En Bogotá D.C. a los **8 DIAS DEL MES DE JULIO DE 2021** la sala de decisión que integramos **MARTHA RUTH OSPINA GAITAN, EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien la preside como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2020, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Funza.

Previa deliberación de los magistrados que integramos esta Sala, y conforme los términos acordados en Sala de Decisión, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

MARLON JAIR HOMEN demandó a **JAIME ENRIQUE LUGO BOSA**, como propietario del establecimiento de comercio **PANADERÍA Y PASTERIA ANGYE MILENA**, para que previo el trámite del proceso ordinario se declare la existencia de contrato de trabajo a término indefinido con vigencia entre el 17 de septiembre de 2008 hasta el 18 de agosto de 2012 que terminó sin justa causa, en consecuencia se condene a pagar cesantías, primas de servicios, vacaciones, intereses, indemnización por no pago de intereses a las cesantías, sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, cotizaciones al sistema general de pensiones, indemnización por despido, ultra y extra petita, y costas del proceso.

Como fundamento de las peticiones, expuso que se vinculó con el demandado mediante contrato de trabajo verbal, estuvo sujeto a subordinación y recibía remuneración de \$800.000, tal como se indicó en la certificación laboral expedida el 23 de junio de 2009; las labores encomendadas en los cargos de panadero y pastelero, fueron ejecutadas de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo señalado de lunes, miércoles, viernes y sábado de 10:00 a.m. a 10:00 p.m; el 15 de noviembre de 2012, ante el Ministerio de Trabajo, se intentó llevar a cabo conciliación para el pago de los derechos laborales, sin embargo la conciliación fracasó; agregó que el demandado adeuda cesantías, primas de servicios, vacaciones, intereses, indemnización por no pago de intereses a las cesantías, aportes al sistema de seguridad social en pensiones, indemnización por despido, sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria.

La demanda fue presentada el 17 de noviembre de 2015 (fl. 17). El Juzgado de conocimiento mediante auto del 21 de enero de 2016 la admitió y ordenó notificar al demandado (fl. 18). Por no haberse logrado la notificación personal, en providencia del 19 de enero de 2017, el juzgado de conocimiento ordenó emplazar al demandado y designó curador ad litem (fl. 32), el cual se notificó del auto admisorio de la demanda y presentó escrito de contestación (fls. 34 – 37). Por reunir los requisitos del artículo 31 del CPTSS, el juzgado de conocimiento tuvo por contestada la demanda y citó a las partes para audiencia del artículo 77 del CPTSS, la que se llevó a cabo el día 29 de noviembre de 2017 (fls. 41 – 42).

El 24 de septiembre de 2018, el juzgado declaró la nulidad de la audiencia del 29 de noviembre de 2017, por no haber quedado registro de la grabación de la audiencia y ordenó rehacer la actuación (fls. 46 – 47). El 16 de octubre de 2018, se realizó la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio (fl. 48).

Mediante providencia de 14 de agosto de 2018, por advertir irregularidades en el trámite de envío de citatorio y aviso al demandado, declaró la nulidad de lo actuado y ordenó al demandante a intentar nuevamente la notificación (fl. 62).

El 7 de noviembre de 2019, se llevó a cabo la notificación personal al demandado (fl. 63). En el término de traslado, el demandado a través de apoderado presentó escrito de contestación en el cual negó los hechos y se opuso a las peticiones con fundamento en que no existió la relación laboral sino un contrato de prestación de servicios. Propuso como excepciones la inexistencia del contrato laboral, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica. (fls. 68 – 80).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Civil del Circuito de Funza, mediante sentencia de 10 de noviembre de 2020, declaró la existencia del contrato de trabajo entre el 17 de septiembre de 2008 hasta el 1 de diciembre de 2011, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó al demandado a pagar al fondo al cual se encuentre afiliado el demandante con un salario de \$800.000 mediante cálculo actuarial. (fls. 92 y archivo 05Audiencia10deNoviembrede 2020art.80).

III. RECURSO DE APELACIÓN

Contra la sentencia de primera instancia el apoderado del demandado, el cual sustentó afirmando:

" Su señoría la sustentación del recurso se basa, básicamente que pese a que existe una certificación sí, la misma se explicó por parte, en la contestación, fue motivada o fue de buena fe de parte de mi cliente, pero ello no indica, porque no se cumplieron los requisitos que habla el artículo 23 del código sustantivo del trabajo, en cuanto si bien se demostró la prestación personal del señor Marlon, lo mismo no indica que se trate de un contrato laboral, si no estaba basado en el mismo contrato de prestación de servicios, y como ya se dijo en los testimonios, y también por parte del interrogatorio de parte de mi cliente, pues era más fácil para él, que él realizara su labor dentro de la panadería, porque el allá contaba con los hornos sí, pero el mismo el demandante acepto, que él podía realizar esa labor en cualquier panadería, como también lo demostró el testigo el día de ayer donde dijo que él señor cumplía su labor en otra panadería, entonces el fácilmente podía cumplirle en otro lado, pero le quedaba por facilidad en la misma panadería de propiedad de mi cliente de otra forma pese a que, no se haya acreditado de la parte que el cumplía un horario, porque también se demostró de momento que él, que podía a las 10, 11 de la mañana y hacia su labor en 3 horas y eso está demostrado, que él está ejerciendo su labor de manera independiente y autónoma, que no debía cumplir un horario, ni pedir permiso, para su salida. Respecto a las instrucciones eso también quedo demostrado dentro del plenario, puesto que a él simplemente se le daba un listado, para que cumpliera su labor, pero en ningún momento de acuerdo a su oficio o de acuerdo de su capacidad de intelecto o de la labor que el ejerce, él tenía total autonomía, si a él no se le dio ningún direccionamiento aparte del que tenía que hacer en determinado producto. Entonces, bueno aparte de eso, lo del porcentaje, tampoco está constituyendo un salario, por era un porcentaje del mismo labor que estaba cumpliendo el señor Marlon, tampoco se están constituyendo los elementos del contrato de trabajo, a su vez, el mismo demandante, no tuvo claridad en su interrogatorio, no afirmo como desarrollo su labor en qué momento, no

tuvo claridad en eso, lo mismo no se tuvo en cuenta manifestado por el mismo mediante el acta, si bien es cierto una certificación el también hizo una manifestación el día de la audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, donde no hubo claridad tampoco los días que él iba y hablo de un porcentaje que hablaba de 650 si y fue una fecha posterior a la certificación que se había expedido de buena fe de parte de mi cliente, que esa fue en el año 2012, si entonces es importante tener en cuenta ese valor que el mismo demandante está diciendo, él mismo fue el que manifestó que el libremente podía irse a visitar a su familia, entonces es importante lo que el señor declaró ese día en la audiencia de conciliación. Cabe anotar también, como ya lo dije ayer lo manifestado en la corte donde ellos dicen, por medio de línea jurisprudencial han manifestado que, pese a que compartan ciertas características tanto el contrato de prestación de servicios o en el contrato laboral, no quiere decir que, si se dan ciertos elementos, se esté constituyendo un contrato laboral. Por esto básicamente estoy sustentando mi recurso de apelación ante su señoría."

La juez de conocimiento concedió el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada. Recibido el expediente por la Secretaría del Tribunal fue asignado por reparto al despacho del Ponente, el 28 de abril de 2021.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido para alegar en segunda instancia, la parte demandada presentó escrito en el cual manifestó:

"I. Si bien en sentencia de fecha del 10 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Funza Cundinamarca, se declaró la prosperidad de la excepción de mérito denominada prescripción negando así casi la totalidad de las pretensiones de la parte actora es decir las prestaciones sociales, indemnizaciones, pero esto no ocurrió en cuanto a los aportes de pensión por tratarse de prestaciones imprescriptibles. II. Por lo tanto, la suscrita apoderada interpuso recurso de apelación en relación básicamente a la declaración de existencia del contrato laboral entre las partes, ya que en la misma se negó la excepción de mérito propuesta y denominada como INEXISTENCIA DE CONTRATO LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y EL SEÑOR JAIME ENRIQUE LUGO BOSA, pues la Juez de conocimiento sustento su sentencia, básicamente en certificación otorgada por mi representado, certificación que fue otorgada por el demandado de buena fe pues el mismo demandante se lo solicito como un favor para que este pudiera solicitar crédito ante entidad bancaria o recibiera subsidio de vivienda, pero la misma no coincide con lo manifestado por el demandante MARLOS JAIR HOMEN, tanto en interrogatorio de parte como en conciliación del 15 de noviembre de 2012, ante oficina de trabajo pues no coincide la fecha en la que supuestamente ingreso a trabajar a la PANADERIA ANGIE MILENA, en certificación de fecha 23 de junio de 2009, se dice que ingreso hace aproximadamente un año antes, es decir sería en junio de 2008 en el supuesto que existiera un contrato laboral que nunca existió, y según consta en acta de conciliación fallida "ingrese a trabajar el 17 de septiembre de 2008", lo mismo sucede con el salario que figura en la certificación es de \$800.000 mensuales en el año 2009 y en el año 2012, según acta era de \$650.000 pesos y que era un porcentaje, no es lógico pensar que ganaría por su trabajo, con el pasar del tiempo menos que al inicio, lo que probaría que lo manifestado en dicha certificación no obedece a la realidad si no a lo que manifestó mi porhijado que la misma fue suscrita de buena fe para que este solicitará un beneficio para obtener vivienda propia. III. En segundo lugar, la Juez solo tuvo en cuenta a la hora de decidir la existencia del contrato laboral, lo manifestado por la cónyuge del demandado, la señora DIANA SATID MURCIA, persona que tan y como se puede evidenciar en audiencia y por la inexperiencia en los tribunales entro en un estado de nervios en los cuales su declaración no fue clara, contestaba lo que no se le preguntaba, pero esto no quiere decir que esta hubiera aceptado la existencia de dicho contrato, pero la señora Juez no tuvo en cuenta los demás testigos y lo manifestado por el mismo demandante MARLON JAIR HOMEN, pues este no fue claro al manifestar ni el horario que cumplía ni sus funciones, pues una persona que trabajo supuestamente en un lugar por más de 4 años no recuerda lo que tenía que hacer el dicho lugar, no acreditando la subordinación, en ningún momento. IV. En el presente caso no se dieron los elementos constitutivos de un contrato de trabajo según el artículo 23 del CST, ya que estamos frente a un contrato de prestación de servicios que no se desdibujó en ningún momento, ya que con el elemento probatorio recaudado, el demandante MARLON JAIR HOMEN, como pastelero tenía completa autonomía e independencia en el desarrollo de sus funciones. V. Dentro del contrato de prestación de servicios se dan unas indicaciones o listados de los productos a elaborar (tal y como se demostró con las testimoniales e interrogatorios de parte), para que se desarrolle esa labor pero no implica una subordinación, lo que se trata es de indicaciones para el cumplimiento de sus labores en virtud de contrato de prestación de servicios, pero no se trata de instrucciones u órdenes, porque el mismo demandante manejaba su labor de acuerdo a su tiempo y de lo que quería hacer, podía ser en la mañana o tarde, tan es así que en su declaración no recuerda con claridad cuantos productos realizaba al día puesto esto dependía de las existencias o no de pasteles, pues si no se habían vendido simplemente no iba a laborar o se podía ausentar en cualquier momento, por lo que se probó que no cumplía horario, en cuanto a lo que él denomina salario tampoco existió ni se probó pues el acepto que el recibía por concepto de la prestación de servicio es decir por honorarios un porcentaje del 20%, y eso dependía de lo que se requería. VI. También debe resaltarse tal y como lo aseveraron los testigos el desarrollaba su labor en cualquier momento de acuerdo a su disposición, podía salir en cualquier momento, ponerse a ver televisión etc., a su vez en acta de conciliación manifestó que él dijo al demandado JAIME LUGO, que consiguiera otro pastelero porque él se iba a visitar a su familia en diciembre de 2011, indicando así que este no

estaba subordinado y que podía ausentarse en cualquier momento. VII. El hecho a que hace referencia que el desarrollaba su labor en la PANADERIA, esto no indica que este NO pudiera realizarlo en otro lugar, lo que sucedía es que al encontrarse el horno para este era más fácil elaborar los productos requeridos, pero como se probó este desarrollaba la misma actividad en otras panaderías, esto sin perjuicio que sea considerado como subordinación, tal como ha establecido la corte en sentencia Corte Suprema de Justicia Sala Laboral del fecha 04 de mayo de 2001, con numero de radicación No. 15678, en la que precisa “en que el hecho de que el actor prestara su servicio dentro de la empresa o que supuestamente cumpliera un horario no son de por si elementos sobre los cuales pueda basarse o fundamentarse una subordinación de índole laboral”. VIII. Además, si bien existiese alguna supervisión y vigilancia dentro del contrato de prestación de servicios, pues el demandante al desarrollar el objeto del contrato civil en las instalaciones de la panadería, no implica subordinación. IX. De igual forma, en sentencia sala de Casación de la sala laboral estableció que “es definitivamente la vigilancia, el control y supervisión el contratante de un convenio mercantil o civil realiza sobre la ejecución y las obligaciones derivadas de tal relación, en ningún caso es equiparable a los conceptos de subordinación y dependencia propios del contrato de trabajo, pues estas últimas son de naturaleza distinta de aquellos.” y en todo caso las instrucciones específicas hay que valorarlas en el entorno específico y no hay que descontextualizarlas, pues son esas circunstancias distintivas las que permiten definir si estas instrucciones corresponden a qué tipo de contrato u otro. X. En sentencia de la Sala Laboral No. 9801-2015. MP. JORGE MAURICIO BURGOS de fecha 29 de julio de 2015. el Tribunal anotó que la Jurisprudencia era reiterativa en que la característica principal que diferenciaba el contrato de trabajo con otros de naturaleza jurídica distinta, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, en el entendido de que los demás elementos normalmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial e incluso del sector solidario.” XI. Es importante mencionar, igualmente que la parte actora solicito en la demanda la declaración de tres testigos de los cuales si no es por la suspensión solicitada por la apoderada no se hubiera recepcionado el testimonio del único testigo el Señor MAURICIO MEDINA BEDOYA, testimonio que no fue contundente para que el a quo declara la existencia del contrato de trabajo, pues no fue un testigo directo si no que manifestó que ocasionalmente visitaba como cliente la PANADERIA de propiedad del demandado JAIME LUGO, o que su padre, pero este no podía dar fe si el demandante tenía alguna subordinación, o prestaba constantemente su servicio en la panadería o devengara algún salario, cumpliera algún horarios, por lo tanto su declaración carece de contundencia y veracidad, pues esta hace afirmaciones que no podía realizar siendo un cliente ocasional. XII. Por último he de referirme al hecho de que el demandante en los más de tres años que supuestamente presto su servicio, nunca reclamo o se extrañó que no le hicieran sus pagos de carácter laboral como lo pretende con la demanda ordinaria, lo que denota la mala fe de su parte, al pretender unos pagos o beneficios siendo este consiente en nunca ha tenido derecho a ellos, porque nunca tuvo una vinculación laboral con mi representado. XIII. Por lo anterior, me permito solicitar a su Honorable despacho, que se revoque la sentencia en lo que respecta a la declaración existencia de contrato laboral entre el demandante MARLON JAIR HOMEN con mi representado el señor JAIME LUGO, en consecuencia se absuelva a la condena del pago de aportes a pensión, pues nunca se demostró la existencia de aquel.”

Por su parte la apoderada del demandante presentó escrito solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, para lo cual afirmó:

“Se solicita de manera comedida al Juez de instancia la desestimación de la pugna propuesta por el extremo llamado a juicio, teniendo que el a quo no erró en su decisión, por cuanto la misma propende por la protección de los beneficios y obligaciones generados por el sistema de seguridad social de que es acreedor el demandante y que debe cumplir el demandado en virtud de los designios legales aplicados a la materia. Dentro de la cuerda procesal auscultada, se encuentra plenamente acreditado la existencia del vínculo laboral surgido entre las partes, por medio del cual, el demandante prestó sus servicios al demandado, bajo la continuada subordinación ejercida por este y recibiendo una remuneración como contraprestación del servicio prestado, circunstancias que acreditan ipso iure la existencia de un contrato de trabajo en los términos establecidos en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo. De la existencia de la relación laboral se generaron las obligaciones en cabeza del demandado, dentro de otros, de efectuar la afiliación y cotizaciones conforme estriba en el literal a contenido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1.993; así como el pago de las cotizaciones al subsistema pensional, en la administradora y Régimen al que se encontrara vinculado el trabajador. Dentro del acopio probatorio no obra medio de convicción que acredite el cumplimiento de las obligaciones a cargo del demandado como empleador y en favor de mi prohijado como trabajador al servicio de este, puesto que omitió dentro de otros, el deber de afiliación y cotizaciones al sistema pensional, cohibiendo al demandante de los beneficios emanados del sistema y propender por consolidar a través de dichos aportes, una protección para su vejez. Son los anteriores criterios los que tuvo en cuenta el a quo y por los cuales, administrando justicia, profirió la condena con la que el demandado y precursor de la pugna expresa inconformidad, aun cuando no existe ningún medio de convicción en que se soporte y que acredite fehacientemente el cumplimiento de sus obligaciones como empleador. Sustenta erradamente la llamada a juicio sus argumentos en el fenómeno de la prescripción extintiva como aquel paso del tiempo que extingue el cumplimiento de las obligaciones por vía judicial, fenómeno que al pago de aportes al sistema de seguridad social le es indiferente, puesto se ha reconocido de antaño que en tratándose de este tipo de prestaciones, las mismas perduran en el tiempo como garantía a los derechos fundamentales que respalda. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido y predicado los criterios anteriormente expuestos, dentro de otros, en las sentencias SL106- 2021; SL4358-2020; SL2590-2020; SL233-2020 y de manera preferente, la sentencia del 18 de febrero de 2004, Rad. 21.378, M.P. Francisco Javier Ricaurte Gómez, en donde se estableció de manera clara: “(...) No debe desconocerse que para su formación, el derecho de pensión requiere de la confluencia de dos circunstancias que necesariamente implica el transcurso de un lapso de tiempo bastante prolongado, que supera ampliamente los términos de prescripción de las acciones que emanan de las leyes sociales, en la medida que desde su iniciación hasta su culminación, deben transcurrir, por lo menos, 20 años de servicios o haberse cotizado al Seguro durante mínimo 1.000 semanas. Mientras el derecho está en formación, se ha dicho igualmente por la jurisprudencia,

la prestación está sometida “...a condición suspensiva, que solamente se perfecciona como derecho cuando concurren los requisitos que la ley exige...” (Cas. 31 de oct. De 1957 G. J., LXXXVI, núms. 2188 a 2190, 2ª parte, p. 747), lo que implica necesariamente que durante ese lapso no es exigible y, por lo mismo, que no opere en su contra plazo extintivo alguno, pues es solo a partir de que adquiere este atributo, que comienza a contarse el término de prescripción de las acciones tendientes a su protección, como lo tiene dicho esta Sala de tiempo atrás. A pesar de ser complejo en su formación el derecho de pensión, no pueden mirarse aisladamente sus elementos constitutivos, en lo que respecta especialmente al tiempo de servicio o semanas de cotización que se requieren como condición para su exigibilidad, de modo que no puede predicarse, en este caso específico, que aunque el derecho en sí no prescribe, si prescriben los elementos que lo conforman, porque en la práctica sería imposible su gestación, dado lo prolongado de los términos. Así no cabría entender que un empleador quedaría liberado de su obligación pensional con respecto a un trabajador, que no reclamare por el tiempo laborado, dentro de los tres años siguientes a la terminación de la relación de trabajo, cuando apenas su derecho a reclamar la pensión se perfeccionó en un tiempo posterior muy superior. Exp. No. 08- 200800883-01 12 Ahora bien, si el derecho a la pensión es imprescriptible y durante su formación está sometido a la condición suspensiva de que confluyan los requisitos mínimos exigidos en la ley, no puede afirmarse contrariamente, que las acciones encaminadas a obtener su conformación, mediante el pago de las semanas dejadas de cotizar, estén sometidas al término trienal ordinario de prescripción, pues ello haría nugatorio su reconocimiento, toda vez que solo serían exigibles, tanto frente al empleador, como frente a la entidad de seguridad social, sino aquellas causadas durante este último lapso. (...)”1 Subrayas propias. Criterios que no pueden ser desconocidos por el Juez de instancia en la resolución del asunto, máxime cuando se debe tener un respeto al precedente judicial proferido por los máximos órganos de cierre, para lo que nos concierne, el proferido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así lo ha establecido la misma jurisprudencia al decantar: “(...) El respeto al precedente judicial de los máximos tribunales de cierre guarda una estrecha relación con el derecho a la igualdad, en tanto garantía constitucional que le permite a los ciudadanos obtener decisiones judiciales idénticas frente a casos semejantes. Paralelamente, el respeto de los jueces a los precedentes sentados por las Altas Cortes tiene un carácter ordenador y unificador, en tanto asegura una mayor coherencia del sistema jurídico, seguridad, confianza y certeza del derecho. Sobre el particular, la Corte Constitucional en sentencia SU-053- 2015, refirió: En la práctica jurídica actual, las instancias de unificación de jurisprudencia son ineludibles, debido a que el derecho es dado a los operadores jurídicos a través de normas y reglas jurídicas que no tiene contenidos semánticos únicos. Por tanto, el derecho es altamente susceptible de traer consigo ambigüedades o vados que pueden generar diversas interpretaciones o significados que incluso, en ocasiones deriva de la propia ambigüedad del lenguaje. Eso genera la necesidad de que, en primer lugar, sea el juez el que fije el alcance de éste en cada caso concreto y, en segundo lugar, de que haya órganos que permitan disciplinar esa práctica jurídica en pro de la igualdad. De esta forma, el respeto al precedente es una condición necesaria para la realización de un orden justo y la efectividad de los derechos y libertades de los ciudadanos, dado que solo a partir del cumplimiento de esa garantía podrán identificar aquello que el ordenamiento jurídico ordena, prohíbe o permite (C884-2015). (...)” 2 Subrayas propias. Son los anteriores argumentos, en los que se sustenta este extremo para solicitar a este Honorable Tribunal, mantener incólume la decisión proferida en primera oportunidad por el Juzgado Civil del Circuito del municipio de Funza (Cundinamarca), llamando a la condena en costas al extremo demandante en esta instancia.”

V. CONSIDERACIONES:

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación, en armonía con el principio de consonancia previsto en el 66 A del CPTSS, la Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad pues carece de competencia para pronunciarse sobre aspectos diferentes a los planteados en el momento en que se interpuso el recurso de apelación.

Así las cosas, con base en lo expuesto en el momento de sustentar el recurso de apelación la controversia en esta instancia resulta de determinar si entre las partes existió el contrato de trabajo en la forma que fue declarado por la juez a quo.

Para resolver lo correspondiente, debe tenerse en cuenta que el artículo 23 del CST, consagra los elementos esenciales del mismo, tales como la actividad personal del

trabajador, la continuada subordinación o dependencia, y el salario; respecto a la subordinación y dependencia, se debe advertir que el artículo 24 del CST, consagra la presunción consistente en que *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*, la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario al presumido. Igualmente, se debe tener en cuenta el artículo 53 de la CP, que consagra el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación de trabajo, por lo tanto, el juez debe aplicar este principio para darle primacía a lo que se deriva de los hechos, de la realidad, sobre las formas, documentos suscritos por las partes.

En relación con la prestación personal del servicio, se observa que con la demanda y la contestación de allegaron los siguientes documentos: (i) certificación expedida por el demandado el 23 de junio de 2009 en la cual se afirmó: *“Que el Señor, MARLON JAIR HOMEN, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.240.055, labora en esta empresa hace aproximadamente un (1) año, desempeñando el cargo de panadero y pastelero devengando un salario de Ochocientos Mil Pesos (\$800.000) MCTE. Destacándose como una persona responsable, honesta y cumplidora de sus deberes.”*, y (ii) Constancia de diligencia celebrada ante el Ministerio del Trabajo el 15 de noviembre de 2012, en la cual se intentó conciliación entre la partes y en esta se observa que luego de realizar el demandante el relato de los hechos y peticiones, el demandado manifestó: *“no es cierto lo del horario como él trabajaba al porcentaje el era el que decidía la hora de llegada y salida, el se hacía cargo a su overo (sic) y seguridad social, el no tenía horario fijo muchas veces se trabajaba dos días en la semana, otros 3 otros 4, dependiendo si se necesitaba producción, no se despidió se le dijo que madrugara porque el día anterior no hubo trabajo porque había producción, se llamó varias veces, el se fue el 27 de diciembre de 2011 y volvió en febrero de 2012, así hacía siempre, el no tenía horario, considero que no tengo nada que conciliar, a él se le debe de un porcentaje de trabajo \$90.000, el trabajaba como al contrato, no era por nómina, si quería venía y si no no, nada más.”*

Al absolver interrogatorio de parte, el demandado negó que el actor estuviese vinculado con contrato de trabajo, que le impartiera órdenes y que cumpliera horario de trabajo y sobre la relación que existió entre ellos aclaró: *“yo lo distinguí a él, aproximadamente en el año 2008, pues el llegó a colaborar, para hacer unos pasteles, una cosa de panadería, ahí lo distinguí a él” (...)* *“pues igual él llegaba y hacía lo que tenía que hacer, siempre trabajo al porcentaje, lo que hacía se le cancelaba y eso era todo, por eso digo a él que yo no le debo un peso de nada, no sé porque él me está cobrando, no se mejor dicho porque él hace eso, cuando puedo jurar*

que yo no le debo un centavo a él". Al preguntársele como fue el acuerdo celebrado con el demandante relató: "yo tengo un negocio pequeño, un negocio de panadería en el cual yo hago el pan y pues el llevo a trabajar a hacer lo que... todo lo de pastelería, las mantecadas, los junior, galletas, esas cositas pero se le paga como trabajan los pasteleros a pagarle un 20% de lo que ellos hagan, él hace sus cosas se le totaliza y de ahí se saca un 20% y es de él, igual si se va no pasa nada, si vuelve se hace lo mismo, entonces no sé por qué él me cobra, que es que, es lo que yo no entiendo." Agregó que esa actividad la hizo el actor desde finales de 2008 hasta diciembre de 2011.

El demandante en el interrogatorio de parte, relató que prestó servicios para el demandado en la panadería de su propiedad desde el 17 de septiembre de 2008 hasta el 18 de agosto de 2012, desarrollaba labores de pastelería y en ocasiones de panadería, iba los lunes, miércoles, viernes y sábados, recibía como remuneración el 20% de los productos que se vendieran y que en promedio recibía en el mes entre \$800.000 y \$850.000. Negó que pudiera realizar el mismo oficio en otras panaderías.

La parte demandada llamó como testigo a **DIANA MURCIA PANTOJA**, esposa del accionado, manifestó que conoció a **MARLON JAIR HOMEN**, cuando llegó a la panadería **ANGYE MILENA**, a pedir que del dieran trabajo, la labor desarrollada por el actor fue hacer lo de pastelería, pasabocas, galletas, bizcochos, que el entró en el año 2008 no recuerda el mes y estuvo hasta noviembre de 2011 porque pidió permiso para irse a visitar la familia en Neiva. Aclaró que el demandante no cumplía horarios, iba dependiendo de lo que se vendiera, a veces iba un día, otras veces dos en quince días. Se le pagaba el 20% de lo que hiciera; al indagársele si él podía hacer los pasteles que se le encargaban en otro lugar dijo respondió que no, éstos se hacían en la panadería con los aparatos del establecimiento; que la certificación que aportó el demandante la expidió su esposo para hacerle un favor para un préstamo.

MARLENE SUTA FORERO, testigo de la parte demandada manifestó que conoce a Jaime Lugo hace 19 años y al demandante lo conoció en el año 2008 cuando llegó a trabajar en la panadería del accionado, lo que le consta porque ella siempre pasaba ahí, llegaba siempre después de que salía del trabajo a las dos de la tarde. Aclaró que el actor no iba todos los días, sino una o dos veces a la semana y que

no tenía un horario fijo y sobre la labor que realizaba relató: *“yo llegaba, entraba lo saludaba, hola, Marlon como está, le decía que está haciendo y me decía, voy a hacer unos liberales, me estaba un rato ahí y ya me iba para mi casa, a veces volvía por la tarde y él ya se había ido o a veces estaba, no ve, no sabía si él hacía más o hacía menos, pero a veces llegaba que estaba haciendo galleta”* (...) *“hacia las galletas, esos pasteles de pollo, los liberales, los negritos, lo que hacen en una pastelería y los ponqués”*.

HENRY HUGO PINZÓN, testigo de la parte demandada, manifestó que conoció al demandante cuando llegó a trabajar a la panadería de Jaime Lugo a quien conoce desde hace 20 años; que el actor llegó a trabajar en el año 2008, le consta porque también trabajó en el mismo sitio como panadero, él ya estaba ahí cuando entró el demandante y laboró como dos meses más y se retiró, sabe que el demandante trabajó hasta finales del año 2011, lo que le consta porque siguió visitando la panadería cada tercer día. Sobre el horario que cumplía el actor manifestó: *“ese no tenía horario, ese llegaba, a la hora que llegaba a las 10 de la mañana, 11 de la mañana, 12 del día, iba y trabajaba 3 horas y se iba, se iba a trabajar a otro lado”*. le consta que iba a laborar a otro sitio porque cuando él se retiro fue a trabajar a otra panadería y el demandante también iba a hacer turnos en el mismo sitio.

MAURICIO MEDINA BEDOYA, quien fue llamado por el demandante, manifestó que lo conoce porque trabajaba en la panadería del barrio desde finales del año 2018 hasta finales de 2012, le consta porque iba a la panadería porque llevaba a su padre que es minusválido y lo veía laborar ahí como pastelero hacía postres y la panadería la hacía otra persona.

De los medios de prueba antes mencionados, analizados en conjunto atendiendo la libre formación del convencimiento y la sana crítica (Art. 61 del CPTSS), con la documental allegada, particularmente con la certificación expedida por el demandado, lo manifestado por éste en el interrogatorio de parte en el que aceptó que el actor prestó servicios como pastelero y por el dicho de los testigos, se encuentra demostrada la prestación personal del servicio del accionante al demandado. Se ratifica además la prestación del servicio con el contenido de la diligencia celebrada ante el Ministerio del Trabajo el 15 de noviembre de 2012, en

la cual el demandado no negó la prestación del servicio y por el contrario manifestó que trabajaba por porcentajes.

Estando demostrada la prestación personal del servicio del demandante desde el año 2008 hasta el año 2011, en aplicación del artículo 24 del CST, se presume que estuvo regida por contrato de trabajo y si bien la parte demandada manifestó en la contestación que la demandante estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios, no logró demostrar por ningún medio que esa prestación de servicios fuera autónoma y con ausencia de subordinación, pues de la revisión de los restantes medios de prueba practicados, no encuentra la Sala que de estos se deduzca tal situación, pues si bien los testigos manifestaron que el actor no cumplía horarios porque no iba todos los días a laborar y también prestaba servicios en otros sitios, estas afirmaciones no logran desvirtuar la presunción del artículo 24 del CST, pues es posible que un trabajador preste servicios por días y se remunere su labor en proporción al tiempo trabajado o lo producido, y al respecto se observa que en la demanda se afirmó que el actor no laboraba todos los días de la semana. También era posible que prestara servicios a empleador diferente de acuerdo como se encuentra establecido en el artículo 26 del CST, máxime cuando ni si quiera se demostró a qué personas o en que sitios prestaba servicios y mucho menos si tenía pactada exclusividad.

Sobre el salario y la jornada de trabajo, debe recordarse que el artículo 127 del CST, establece o define el concepto de salario, señalando expresamente como ejemplos del mismo “... porcentaje sobre ventas o comisiones ...”. A su turno, el artículo 132 del CST, modificado por el artículo 18 de la ley 50 de 1990, establece que las partes pueden convenir la modalidad del salario, y en efecto la norma dispone: “El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc. ...”. Y con relación a la jornada la normatividad sustantiva laboral, distingue la jornada ordinaria, la maxima legal y las especiales; el artículo 158 del CST, define la ordinaria como “La jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes, o a falta de convenio será la maxima legal.” Con base en la normatividad anterior, se reitera que la forma de remuneración del servicio establecida por las

partes, esto es por porcentajes, sin lugar a dudas constituye una modalidad de salario, y respecto a la forma como se prestaba el servicio fue la voluntad de las partes que se realizara sólo en los días convenidos, lo que corresponde al concepto de jornada ordinaria.

Por último, no sobra señalar con relación a la certificación emitida por el demandado, que el contenido de la misma no fue desvirtuado, no siendo suficiente la manifestación del mismo o como lo hace un testigo que fue expedida por un favor, sino que tiene la carga probatoria de acreditar que los hechos narrados en la certificación no corresponden con la realidad lo que no se acreditó en el asunto bajo examen.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la Sala Casación Laboral se ha pronunciado sobre el valor probatorio de los certificados laborales y en sentencias como la SL14426 de 2014 y en la SL6621-2017 radicado 4934, indicó la Corte:

“Es oportuno resaltar que esta corporación, respecto a los hechos expresados en los certificados laborales, ha sostenido que deben reputarse como ciertos, a menos que el empleador demandado acredite contundentemente que lo registrado en esas constancias no se aviene a la verdad. Por ejemplo, en sentencia SL14426-2014, en la que se reiteró el criterio expuesto en los fallos SL 8360, 8 mar. 1996, SL 36748, 23 sept. 2009, SL 34393, 24 ago. 2010 y SL 38666, 30 abr. 2013, señaló:

[...]

Sobre el valor probatorio de los certificados laborales, esta Sala de Casación en sentencia CSJ SL, 8 mar. 1996, rad. 8360, reiterada en CSJ SL, 23 sept. 2009, rad. 36748, CSJ SL, 24 ago. 2010, rad. 34393, CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38666, señaló:

El juez laboral debe tener como un hecho cierto el contenido de lo que se exprese en cualquier constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el contrato de trabajo, ya sea, como en este caso, sobre el tiempo de servicios y el salario, o sobre otro tema, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad patrimonial o que el juez cohoneste este tipo de conductas eventualmente fraudulentas. Por esa razón, la carga de probar en contra de lo que certifique el propio empleador corre por su cuenta y debe ser de tal contundencia que no deje sombra de duda, de manera que, para destruir el hecho admitido documentalmente, el juez debiera acentuar el rigor de su juicio valorativo de la prueba en contrario y no atenerse a la referencia genérica que haga cualquier testigo sobre constancias falsas de tiempo de servicios y salario o sobre cualquier otro tema de la relación laboral.”

Sobre los extremos se advierte que la juez a quo declaró que el contrato de trabajo empezó el 17 de septiembre de 2008 y terminó el 1º de diciembre de 2011, decisión que no fue objeto de apelación por la parte demandada y si bien en el escrito de alegatos la parte demandada indicó que no coincide la fecha de inicio con la indicada

en la certificación expedida por el demandado, lo cierto es que por no haberse planteado este punto en el recurso, la Sala no puede hacer ninguna consideración al respecto. No obstante, si se tomara como fecha de inicio la que se indica en la mencionada certificación, sería esta el 23 de junio de 2008, pues fue expedida el 23 de junio de 2009 y en esta se afirmó que el demandante laboraba aproximadamente hacia un año, decisión que haría más gravosa la situación de la parte demandada pues en primera instancia se declaró como fecha inicial el 17 de septiembre de 2008 posterior a la que se deduce de la certificación.

En cuanto al salario, la parte demandada en la apelación afirmó que el actor manifestó que el salario había sido por la suma de \$650.000 suma inferior a la indicada en la certificación que fue expedida y que además debe tenerse en cuenta que esta manifestación la realizó en fecha posterior a aquella en que se expidió el documento por parte del demandado.

Para resolver este punto, debe recordarse que el demandante manifestó que el salario era por porcentajes y sobre su monto se observa que en la certificación expedida por el demandado el 23 de junio de 2009 se indicó que el salario devengado era de \$800.000; sin embargo en la diligencia celebrada ante el Ministerio del Trabajo el día 15 de noviembre de 2012, el actor afirmó: *“Ingresé a trabajar el 17 de septiembre de 2008 al 18 de agosto de 2012, en el cargo de pastelero de la empresa PANADERÍA Y PASTELERÍA ANGIE MILENA, con un horario de 10:00 am a 10:00 pm trabajando lunes, miércoles, viernes y sábado, ganaba al porcentaje más o menos \$650.000 mensual, reclamo pago de cesantías, interés de cesantías, prima, vacaciones, sanción moratoria, seguridad social, salarios pendientes, dotaciones, horas extras, auxilio de transporte, indemnización por despido sin justa causa. No es más.”.*

Así las cosas y existiendo dos documentos que dan cuenta del valor del salario, que corresponden a fechas diferentes, se tendrá que desde el inicio de la relación laboral hasta el 23 de junio de 2009, el demandante devengó un salario de \$800.000 tal como fue indicado por el demandado en la certificación expedida, máxime si se advierte que este documento no fue tachado por la parte demandada y por el contrario al contestar la demanda solicitó que se tuvieran como medios de prueba los documentos allegados con la demanda. A partir del 24 de junio de 2009 y hasta la

finalización del contrato el salario ascendió a la suma de \$650.000 mensuales de acuerdo con la propia afirmación del demandante, ya que la misma adquiere la connotación de confesión, de conformidad con el inciso 2 del artículo 191 del CGP.

Respecto de la condena por concepto de aportes al sistema de seguridad social en pensiones, debe recordarse que el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, establece la obligación del empleador de pagar las cotizaciones de los trabajadores a su servicio y como en el presente caso el demandado no demostró haber afiliado al actor a este sistema, procede la correspondiente condena por concepto de cotizaciones por el tiempo que estuvo vigente la relación laboral, mediante cálculo actuarial. Sin embargo, se modificará la condena teniendo en cuenta los salarios declarados anteriormente, por lo que el cálculo actuarial deberá elaborarse teniendo en cuenta que el salario desde el 17 de septiembre de 2008 hasta el 23 de junio de 2009 fue de \$800.000 y desde el 24 de junio de 2009 hasta el 1º de diciembre de 2011 fue de \$650.000 mensuales. Agotados los temas de apelación, se confirma la decisión apelada.

Por haber prosperado parcialmente el recurso de la parte demandada, no se proferirá condena en costas en la segunda instancia.

Por lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca y Amazonas, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia dictada el 10 de noviembre de 2020 por el Juzgado Laboral del Circuito de Funza, dentro del proceso ordinario promovido por **MARLON JAIR HOMEN** contra **JAIME ENRIQUE LUGO BOSA**, en el sentido de indicar que para la condena de aportes al sistema de seguridad social en pensiones el cálculo actuarial deberá elaborarse teniendo en cuenta que el salario desde el 17 de septiembre de 2008 hasta el 23 de junio de 2009 fue de \$800.000 y desde el 24 de junio de 2009

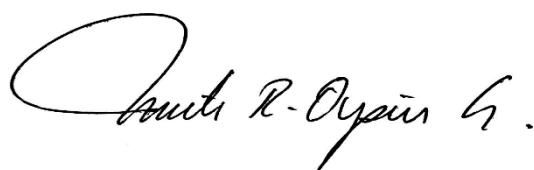
hasta el 1º de diciembre de 2011 fue de \$650.000 mensuales, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia.

2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en sus demás partes.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFIQUESE MEDIANTE EDICTO Y CUMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA