

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**



SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ

Aprobado acta No. 110 Agosto 9/2013

En Bogotá D.C., siendo las 9:15 de la mañana del 9 de agosto de 2013, hora y fecha señalada en auto anterior, los magistrados integrantes de la sala séptima de decisión se constituyeron en audiencia pública con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la partes contra la sentencia de fecha 22 de abril de 2013, proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso en referencia. Abierto el acto, previa discusión, se pronuncia el siguiente **FALLO:**

I. EL LITIGIO

SOLFIRA JOVEN CALDERON, convoca a juicio a FEDCO S.A, para que se declare que entre las partes existió contrato de trabajo desde el 18 de marzo de 2010 hasta el 4 de noviembre de 2011. En consecuencia, solicita se condene al pago de las prestaciones e indemnizaciones relacionadas en la demanda.

Funda sus pretensiones en los hechos que para efecto de la apelación, se resumen de la siguiente manera:

- Se vinculó con la demandada el 18 de marzo de 2010.
- Prestaba sus servicios de manera personal desarrollando labores propias de un manicurista y otras, cumpliendo un horario de 8 horas diarias y recibiendo una remuneración promedio mensual de **\$ 890.000.**
- Al terminar el contrato de trabajo el 4 de noviembre de 2011, no le fue cancelado la prima de servicios, vacaciones, cesantías e intereses.
- Por su parte, **la demandada se opuso a las pretensiones.** Formuló excepciones de fondo.

II-. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo en sentencia del 22 de abril de 2013, resolvió: 1:16 44

*PRIMERO: DECLARAR que entre la empresa demandada FEDCO S.A (...) y la señora SOLFIRA JOVEN CALDERON, existió un contrato de trabajo que tuvo vigencia entre el 18 de marzo de 2010 hasta el 4 de noviembre de 2011. SEGUNDO: Como consecuencia (...) CONDENAR a la sociedad FEDCO S.A (...) a pagar a la señora SOLFIRA JOVEN CALDERON las siguientes sumas de dinero: a) \$ 1.448.722,21 por cesantías b) \$ 156.185,92 por intereses a las cesantías c) \$ 1.448.722,21 por prima de servicios d) \$ 724.361 por compensación por vacaciones. TERCERO: CONDENAR a FEDCO S.A a pagar a la demandante (...) **la indexación de las sumas anteriores** (...) CUARTO: **Declarar probada la excepción de buena fe** (...) QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones (...) SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada (...) se fija como agencias en derecho la suma de \$ 566.698*

Fundamentos

- Encontrándose acredita la prestación personal por parte de la demandante para la pasiva, surge la presunción contemplada en el artículo 24 del C.S del trabajo, presumiéndose que tal vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo; presunción que con las pruebas traídas por la demandada, no fue desvirtuada.
- El contrato de prestación de servicios pactado entre las partes, en su desarrollo se convirtió en un verdadero vínculo laboral.
- Se probó que la actividad desarrollada por la demandante fue en forma continua e ininterrumpida.
- Se encuentra acreditada la buena fe de la demandada, pues esta actuó bajo la convicción de que con la actora existía un contrato de prestación de servicios.

III-. IMPUGNACIÓN

Apela la parte demandante y demandada, cuyos argumentos se resumen así:

Parte demandante

- El único fundamento con base en el cual se considera probada la buena fe de la demandada, es la declaración del señor Neftaly Prado y la señora Patricia Moreno, en razón a que ellos consideran que se desarrolló un contrato de prestación de servicios; fundamento que no es admisible, puesto que estos no presenciaban como se ejecutaba el contrato, por lo que su criterio está desprovisto de realidad.
- No es necesario para que la indemnización moratoria proceda, que haya un requerimiento del trabajador.
- El contrato de prestación de servicios demuestra la mala fe, pues denota que desde el principio se desconoció el contrato laboral, por lo que hay lugar a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y el artículo 65 del C.S del T.

Parte demandada.

- El despacho le dio plena validez a una prueba testimonial presentada por la parte demandante, a pesar de sus inconsistencias y declaraciones de carácter general que no tenían que ver de manera directa con la demandante.
- La prueba documental y testimonial presentada, desvirtuó la existencia de un contrato laboral.

IV.- RAZONAMIENTOS QUE FUNDAMENTAN LA CONCLUSIÓN

a.- Marco de la decisión

Lo constituyen los puntos planteados por los recurrentes, a saber:

- En efecto lo que se verificó fue un contrato de prestación de servicios y no un contrato laboral?
- Proceden las indemnizaciones moratorias consagradas en artículo 65 del C.S del T y 99 de la ley 50 de 1990?

b.- Consideraciones legales y doctrinarias

En el presente asunto, la parte demandada, no controvertió la prestación del servicio en los extremos determinados por el juez *a quo*, como tampoco lo atinente al salario que

devengaba la demandante y los montos de las condenas emitidas. Su inconformidad la centra en que no existió entre las partes un contrato de trabajo, toda vez lo que se dio fue un contrato de prestación de servicios.

Conforme lo señaló la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 22 de julio de 2009, radicación 35581, *en virtud del artículo 66 A del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, la sentencia de segunda instancia debe ir en consonancia con las materias objeto del recurso, en consecuencia, es deber del recurrente en apelación sustentar todos los puntos de la decisión de primera instancia que son objeto de inconformidad si pretende que sobre todos ellos se decida.* Así, al tenor del artículo 66A del C.P. del T y la S.S., la alzada resolverá la inconformidad planteada frente a lo antes anotado.

- El contrato realidad.

Dado que, el tema a tratar se relaciona con la existencia del contrato realidad, acudiremos entonces a la definición de trabajo al tenor de la norma laboral sustantiva. En efecto, el artículo 5 del C. S. T. lo hace como *“toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo”*.

De otro lado, el artículo 22 *ibídem* define el contrato de trabajo como *“1...aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración... 2. Quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”*.

Como se puede ver, el contrato de trabajo es acuerdo de voluntades, lo que implica un consentimiento mutuo; en tanto que, la relación de trabajo se ha definido como un fenómeno jurídico que surge de la prestación efectiva y real del servicio.

El artículo 24 del C. S. del T., establece: *se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.* Para ello, solo se exige la prueba del hecho a partir

del cual, se infiere la conclusión, aquel no es otro que: **“la actividad personal del trabajador a favor del demandado”** (sentencia 36.549 C.S.J. 5 ago. 2009).

Pero, el trabajador debe probar algunas situaciones relacionadas con esa prestación. Así lo sostiene la alta corporación en la providencia aludida:

*“(…) Más sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, **pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.***

Conviene decir, que de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.” (negrilla y subrayas fuera de texto)

Probada la actividad personal del trabajador, en su favor surge la presunción del contrato de trabajo; correspondiéndole entonces al accionado desvirtuarla. Vale decir, aportar elementos probatorios tales que, conduzcan al juez a concluir que esa prestación o actividad personal, no fue bajo continuada subordinación.

Entonces, primeramente debe precisarse, si, la demandante logró demostrar la relación de trabajo personal, para, a partir de tal evento, presumir que estuvo regida por un contrato de trabajo. Frente a este aspecto, la demandada no discutió la prestación del servicio, situación que se desprende de la contestación de la demanda y la apelación presentada, lo que

controvierte es que la misma no se presentó en virtud de un contrato de trabajo, sino de un vínculo civil (prestación de servicios) en donde la actora realizaba sus labores de forma independiente; por lo que pesaba sobre ésta(demandada) la carga de desvirtuar que la relación no estuvo gobernada por un vínculo laboral; vale decir, que en la misma no se presentó la subordinación, elemento determinante para distinguir entre un contrato de prestación de servicios y el de trabajo, lo cual, de conformidad a las pruebas obrantes, no lo consiguió.

Y es así, toda vez que el solo hecho de que se aporte al expediente contrato bajo la denominación de prestación de servicios, no hace presumir que tal vínculo contractual se llevó a cabo bajo dicha modalidad; situación esta ya definida por la jurisprudencia de la H Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (Sent. Marzo 22/2000, Rad. 12960).

Con la prueba testimonial traída por la parte demandada, no se logra desvirtuar la presunción que surgió a favor de la demandante. Lo anterior, por cuanto las declaraciones de Neftaly Prada Moreno y Patricia Moreno, en criterio de la Sala, no ofrecen claridad y certeza sobre la relación que se dio entre las partes, pues estas personas, tal y como lo manifestaron, no desarrollaban su labor para la pasiva en donde la actora lo hacía; es decir, no pudieron observar de manera directa la forma como se desarrolló dicho vínculo.

Amén de lo anterior, la prueba testimonial traída por la demandante, la cual corresponde a personas que desarrollaban labores en el mismo sitio donde lo hacía la actora, refiere que esta tenía que cumplir horario; que los elementos con los que desarrollaba su labor eran de propiedad de la pasiva y que para ausentarse tenía que pedir permiso; con lo cual se reafirma el dicho de la parte actora de la existencia de un vínculo laboral.

La actora demostró el servicio y, a partir de ello, el juez liquidó las prestaciones y, como no se presentó ninguna inconformidad frente a los extremos temporales, las prestaciones y cuantías por las que se impartió condena, **se confirmarán.** (Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral No 29.982 del 14 de agosto de 2007)

De la sanción por la no consignación oportuna de cesantías y sanción moratoria.

En relación con tales sanciones moratorias, el criterio jurisprudencial indica que para que el empleador sea exonerado de ellas, debe aflorar en el proceso que obró de buena fe; que

siempre estuvo presto a pagar las acreencias laborales al trabajador o que le fue imposible cumplir con sus obligaciones por hechos o circunstancias ajenas a su voluntad (fuerza mayor o caso fortuito); o dicho de otra manera, para imponer las sanciones moratoria se requiere que en el proceso aflora la mala fe por parte del empleador, es decir, que no exista exculpación alguna para no realizar la consignación de las cesantías a un fondo y pagar las prestaciones sociales al trabajador, a la culminación de la relación laboral.

Siempre la buena fe debe demostrarse (C.S.J. Cas.5070, julio 15/92), más no es obligación del trabajador probar la mala fe. Aun, si el empleador no aporta elementos para demostrar su obrar, el juez puede deducir si aflora o no la buena fe para exonerar de la sanción.

En el presente asunto, en criterio de la Sala, no se encuentra acreditada la buena fe de la pasiva, pues nótese que a lo largo del proceso se dedicó a negar la existencia de la relación laboral, basando la omisión en el pago de prestaciones en el hecho de existir un vínculo de carácter civil, allegando documento firmado por las partes bajo tal denominación; hecho este que por sí solo no denota buena fe, pues atendiendo las funciones que desarrollaba la demandante, el objeto social de la pasiva, y la forma como se desarrolló la relación, tal creencia no resulta seria, razonable y atendible.

Por lo anterior, se emitirá condena por estas sanciones de la siguiente manera:

Sanción por no consignación de las cesantías a un fondo.

Como quiera que la demandada omitió consignar las cesantías del año 2010, estando en mora desde el 15 de febrero de 2011 hasta el 4 de noviembre de ese año un total de 260 días y, como el salario diario fue \$29.666,66, se ordenará el pago de **\$7.713,333**

De la sanción moratoria del artículo 65 del C.S. del T.

Conforme la referida preceptiva, dado que la demandante acreditó como último salario suma superior al salario mínimo mensual vigente para el año 2011; su indemnización se regula por el siguiente texto: *“si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, 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, hasta por veinticuatro (24)*

meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique”

En el caso de autos, se demostró que la demandante **prestó sus servicios hasta el 4 de noviembre de 2011** y, que, **instauró la demanda el 18 de mayo de 2012**, es decir, antes de transcurridos 24 meses desde la terminación de la relación laboral; por lo que, le asiste el derecho al pago de 1 día de salario \$29.666,66 diarios, a partir del día 5 de noviembre de 2011 y hasta por 24 meses; a partir del mes 25 y en caso de que la mora persista, al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy financiera, sobre los valores insolutos, correspondientes a prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios).

Ahora, como quiera que la sanción moratoria conlleva la corrección monetaria de las prestaciones sociales, se revocará la condena impuesta por concepto de indexación de las mismas; no así, en lo que tiene que ver con la compensación por vacaciones.

Por lo anterior, se modificará la decisión de primera instancia en el sentido de impartir condena por los conceptos señalados y lo referente a la indexación; se confirmará en lo demás. Costas en esta instancia a cargo del demandado. Agencias en derecho la suma de \$ 300.000

En mérito de lo expuesto, **LA SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- MODIFICAR la sentencia impugnada, en el sentido de:

- a) **CONDENAR** a la demandada FEDCO S.A, a pagar a la demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del fallo, la suma de \$7.713,333, por

concepto de indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo.(Art 99 Ley 50 de 1990)

- b) **CONDENAR** a la demandada FEDCO S.A, a pagar a la demandante, a título de indemnización por falta de pago de prestaciones (Art 65 del C.S del T) 1 día de salario \$29.666,66 diarios, a partir del día 5 de noviembre de 2011 **y hasta** por 24 meses; a partir del mes 25 y en caso de que la mora persista, al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy financiera, sobre los valores insolutos, correspondientes a prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios).
- c) **REVOCAR** la condena impuesta por concepto de INDEXACION de las sumas que por concepto de cesantías, intereses y prima de servicios, le asisten a la demandante.
Se confirma en lo demás.

SEGUNDO.- Costas en esta instancia a cargo del demandado. Se fijan agencias en derecho en la suma de \$ 300.000

Las partes quedan notificadas en estrados. En firme, devuélvase el proceso al juzgado de origen.

Se termina la audiencia con la constancia que se deja grabación en C. D., con destino al proceso. Se levanta acta.

Los Magistrados,

JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ

MARTIN E GUTIÉRREZ RODRIGUEZ

SANTANDER BRITO CUADRADO