



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Hoy **18 DE MAYO DE 2023**, siendo las 2:00PM, la Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por el suscrito quien la preside *CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA en compañía de los magistrados Dra. YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO y el Dr. FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA*, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, y previa discusión y aprobación en sala virtual, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 81**, dentro del **Proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia** adelantado por **ANA MARIA VIVAS CUENE** en contra de **YENI MARIA CARVAJAL y ARBELAIN AVILES PEÑA**, bajo radicación N° 760013105-018-2016-00602-01.

En donde se resuelve recurso de **APELACIÓN** interpuesta por la demandante en contra de la *sentencia N° 120 del 06 de julio de 2018, proferida por el Juzgado 18° Laboral del Circuito de Cali*, mediante la cual **ABSOLVIÓ** a los demandados de la existencia de un contrato de trabajo y el pago de las prestaciones sociales, trabajo suplementario, indemnizaciones y sanciones del art. 65 CST, ley 50 de 1990 y despido injusto.

Razones del juzgado: i) las pruebas aportadas como documentales por el actor fue una constancia de ministerio del trabajo y certificado de cámara y comercio que da cuenta de que el restaurante es de propiedad del demandado, ii) los testimonios -Harol- afirmó que almorzaba en el restaurante y veía a la demandante pero no sabe quiénes son los dueños, no sabe desde cuando laboraba la actora allí, que conoce a la demandante hace 15 años por medio de una de las hijas de la demandante, que la actora salía de la casa de las 5.30 a 7pm pero que no sabe si tenía contrato ni que salario devengaba, no sabe el nombre del restaurante ni la fecha en que dejó de trabajar. El señor -Roger- dijo ser vecino de la demandante durante dos años, que ella trabajaba en le restaurante rinconcito opita y que la dejaba cerca al centro comercial de camino al trabajo, que varias veces la vio realizar actividades en el restaurante, pero no sabe en qué fechas trabajó y que no recibió ningún tipo de liquidación al finalizar el contrato. Declaraciones que para el despacho resultaron vagas e imprecisas y su razón de conocimiento fue por información de la misma demandante pero no por percepción directa, iii) el testimonio de Yeni dijo ser hija de la actora, da detalles de que la mama trabajo en el restaurante como cocinera desde el 2011 que después se retiró a trabajar aclaro y a solicitud de Yeni Rojas regresó a trabajar al restaurante en el año 2013 al 2016, pero para el juzgado esta última fecha no coincide con lo afirmado en la demanda. La testigo dijo no saber porque terminó el contrato y en llamada le dijeron a la mamá que no volviera a trabajar; la testigo dice que conoció el restaurante porque trabajo como mesera en el año 2015, dice el horario que cumplía la mamá y quien maneja el restaurante como dueño que es el demandado,, pero para el juzgado no coincide en los extremos de la relación, iv) no se puede remitir el juzgado a los testigos porque los otros testigos son de oías y así se hace imposible aplicar los postulados de la inmediación de la prueba y se desestima esa prueba, v) esta evidenciada la inactivada probatoria de la demandante pese a tenerse por cierto unos hechos susceptibles de convención en cuanto a la fecha de inicio de la relación laboral, el horario y el salario, pues no obra prueba documental que respalde lo anterior y el testimonio fue insuficiente porque con ellos no se probó la relación laboral en los extremos que dijo la demandante en especial a la fecha de finalización y si bien se dijeron había una prestación de servicio, no se logró generar convencimiento al juzgado de la existencia del contrato a término indefinido y que hubiese mantenido en el tiempo desde el 05/sep/13 al 13/dic/15 como tampoco de las horas extras y recargos alegados, debiendo recordar que en esto deben precisar cuáles son los días laborales en esa condición, vi) la desvinculación laboral no fue acreditado fehacientemente y por eso no eso no prosperan las pretensiones y están probadas de oficio las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación conforme el CGP.

Apelación Demandante: **a)** Son dos los yerros del despacho, primero la no aplicación de la presunción del art. 24 CST como del procesal art. 77CPTS y demás normas probatorias y procesal del CGP, el segundo yerro la valoración probatoria porque no se valoró y dio poder suficiente a la declaración de los testigos que dieron la declaración en el proceso sobre todo a YENI MAMIAN que dicho trabajó junto con su madre en el restaurante en el periodo del 2013 en adelante, **b)** de la presunción es cierto que a la parte le corresponde probar los hechos afirmados, pero esa es la regla general, pero hay excepciones que son las presunciones, y cuando existan se rompe la presunción de la carga de la prueba porque se invierte la carga y es la contra parte quien debe hacerlo por recaer la presunción como el art. 24 CST con la prestación personal del servicio que está probada con la testigo Yeni, **c)** hay elementos adicionales que se pueden inferir con los demás testigos como el traslado de su casa al restaurante y si se hace esa correlación es evidente que trabajaba en el restaurante, pues una persona no va todos los días con el mismo horario de 5.30 am a 6pm en el periodo manifestado, y de ello no se puede inferir cosa distinta a una actividad que realizaba que trabajaba como cocinera, **d)** la presunción del art. 77CPTSS por presunción e indicio y el despacho tuvo como cierto el hecho 1º que habla de la contratación, el cargo de cocinera y que el restaurante es propiedad del demandado, el hecho 4º del horario, el 6º que es del salario, y por eso si se le da aplicación a los efectos de esa inasistencia, la única posibilidad que tiene el demandado es aportar prueba el demandado y si no lo hace el juez debe entender que hay un contrato con esas características y por ningún medio de prueba fue desvirtuado por el demandado y es problema de él que no haya contestado ni haya aportado pruebas, pues lo que busca la norma es que las partes sean activas en el proceso y al juez no le está dado decir cosa distinta a tenerlo como probado.

Situación procesal que ha sido plenamente discutida y conocida por las partes, así como teniendo de presente los escritos presentados por las partes en esta instancia, por lo que procede la Sala de decisión a dictar la siguiente providencia.

SENTENCIA No. 61

2

La sentencia APELADA debe **REVOCARSE**, son razones: aflorar dentro del proceso el contrato de trabajo dando aplicación a la valoración probatoria legislativa de los artículos 31 y 77 CPTSS y del 24 CST frente a la prestación del servicio, sin haberse derruido con lo demostrado, la presunción del **art. 24 CST**, veamos:

Sea lo primero decantar que en materia contractual laboral por mandato del **art. 3 del C. S. T.** las relaciones del sector particular se atienen a las precisiones de la codificación legal sustancial, en particular para el caso, las del art. **24 del CST**¹ por ser esa la base legal de toda contratación social del sector privado, en el sentido de establecer presuntivamente que toda relación laboral es gobernada por un contrato de trabajo, presunción que favorece a quien alegue cualquier modalidad de esfuerzo humano continuado y remunerado, por lo que quien se oponga a esa presunción está obligado a acreditar no ser la subordinación existente la del contrato de trabajo. De ahí que le corresponda a la judicatura examinar o preguntarse si está desvirtuada la subordinación laboral presumida.

Nótese lo referenciado, con la adición del **art. 24 CST** propuesto en la **ley 50 de 1990**, queriéndose con esa adición invertir la carga de la prueba, debiendo ser el trabajador a quien le corresponde acreditar ser la subordinación del tipo laboral, lo que fuere declarado inexecutable (**C-665/98**), inexecutable que traduce para quien afirme lo contrario a lo presumido, la obligación de desvirtuarla.

Pero es de ver, que la aplicación de la mentada presunción, no es lo mismo o igual, al examen formal de la situación, propia del juez civil: en materia laboral impera la materialidad del servicio y las

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCION.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

condiciones bajo las cuales se ejecuta, dado que, en el mundo laboral tiene preeminencia la teoría del contrato realidad (**Art.53 C.N.**). que reclama la materialidad de las cosas por encima de las formas.

Aclarado lo anterior: la presencia de la presunción del contrato de trabajo y la exigencia constitucional de no dar auspicio a la realidad formal o documental, es preciso señalar que también tiene lugar en el evento bajo estudio, la aplicación de otra prerrogativa social establecida o causada por la inasistencia del demandado a la audiencia de conciliación del **art. 77 CPTSS**, que fuere dispuesto por el juez de instancia (folio 41), donde aplicando la procesabilidad laboral, presumió como ciertos los hechos 1º 2º, 4º y 6º de la demanda (**C731 de 2005**²) (fl 3 y 4), contentivos de la existencia de una prestación personal de un servicio por la demandante en el **restaurante RINCONCITO OPITA**, la fecha de inicio de la relación laboral el **05 de septiembre de 2013**, un horario de lunes a viernes de 6am a 4pm y sábados de 6am a 5pm y el pago de un salario de \$25.000 pesos días.

Con esta imposición legal, que da muestra de la preocupación del legislador y de la constitución de dar brillo al hecho social del trabajo, le corresponde al demandado desvirtuar esos hechos que el juez presumió.

C-731 de 2005:

“Por medio de las presunciones ocurre una de dos posibilidades: o bien que quien alega la presunción para fundar su derecho desplace la carga de la prueba en cabeza de su adversario o bien que quien alega la presunción le niegue a su adversario por entero la facultad de acudir a prueba alguna que demuestre la no existencia del hecho decisivo³.

De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En virtud de la presunción legal, se tiene una prueba completa desde el punto de vista procesal y es esa exactamente la finalidad jurídica que cumplen las presunciones y sin la cual carecerían de sentido⁴.”

Y como en este proceso los demandados notificados personalmente tal y como se ve a folios 27 y 28, no hicieron despliegue probatorio alguno en pro de esa desvirtuación, no le queda a la Sala más que tener como cierta la prestación personal del servicio. Así las cosas, debe declararse la existencia de una relación laboral entre la actora y el propietario del restaurante donde presto servicio, este es el señor **ARBELAIN AVILEZ PEÑA**, tal y como se desprende de la certificación de cámara y comercio de folio 11 y del centro comercial en el que opera este establecimiento.

² **C-731 de 2005: “4.1.- El papel de las presunciones en materia jurídica**

Para una parte de la doctrina, la palabra presumir viene del término latino “*praesumere*” que significa “tomar antes, porque por la presunción toma o tiene por cierto un hecho, un derecho o una voluntad, antes de que la voluntad, el derecho o el hecho se prueben².” También se ha dicho que el vocablo presumir se deriva del término “*prae*” y “*umere*” y entonces la palabra presunción sería equivalente a “prejuicio sin prueba”². En este orden de cosas, presumir significaría dar una cosa por cierta “sin que esté probada sin que nos conste².” “

³ González Velásquez, ob. Cit. p.

⁴ Ibidem, p. 282

Sobre la determinación de los extremos temporales, presumido por cierto como lo está el hecho 1º se da cuenta de haberse iniciado contrato el 05 de septiembre de 2013, que, por no haber sido derrumbado por el demandado, es esta la data a tener como fecha inicial.

En la fecha de terminación, el hecho 5 (fl. 3) afirma haber sido la señora **YENI MARIA** quien dio por terminado el contrato el día **13 de diciembre de 2015**, supuesto fáctico que cuenta con los efectos de indicio grave en contra al tenerse por no contestada la demanda tras la ausencia de subsanación de los demandados (**art. 31 parágrafo 3 CPTSS**).

Sumado a lo anterior, no puede desconocerse en el proceso la prueba testimonial recaudada en el proceso, que no solo dio cuenta de la prestación personal del servicio, como incluso lo aceptó la juez de instancia, sino que contrario a lo manifestado por el juzgado, el señor **HAROLD LOPEZ** sí afirmó al juzgado conocer a la demandante aproximadamente hace unos 15 años por intermedio de la hija de la actora, incluso el testigo afirmó haber ido al restaurante donde la demandante trabajaba, es decir, su percepción de la prestación del servicio de la actora no es de oídas, el testigo afirmó frecuentarlo día de por medio (registro audio 2:56 fl. 49).

Por su parte la señora **JENNY MAMIAN VIVAS** (registro audio 13:54 fl. 49) hija de la demandante, dijo haber trabajado con su madre en el restaurante, es decir, fue testigo directo de la relación laboral, al tiempo frente a la terminación de la relación laboral dijo fue en el **año 2016**, que incluso dijo fue testigo del momento en que le dijeron a su madre que no regresara a laborar.

Con esta información, si bien no determinó mes y día del **año 2016** del finiquito contractual, debe entenderse como mínimo, que laboró el último día del último mes de esa anualidad, tal y como lo ha interpretado la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia (**SL2096-2021**⁵), sin embargo, fue la demandante quien limitó con fecha anterior a esa el fin del contrato -**13 de diciembre de 2015** fl. 3- en lo que no encuentra la Sala reparo alguno, es decir, tener esa data como extremo final, menos, cuando se encuentra dentro de la línea de tiempo expuesta por la testigo.

Así las cosas, sí se cuenta con elementos necesarios para la declaratoria del contrato de trabajo que, al no haberse estipulado por escrito entre las partes, deviene en indefinido (**art. 47**), así como las

⁵ Rad. **SL2096-2021 Radicación N.º 79564 del 18 de mayo de 2021**: “Ahora, a la última conclusión se le agrega que examinadas las declaraciones testimoniales al tenor de la regla decantada, entre muchas otras, en las sentencias CSJ SL17547-2017; CSJ SL5068-2020 y CSJ SL5180-2020, según la cual, es viable acudir a estas si como sucedió, se demuestra el error fáctico con las pruebas de fuente calificada, halla la Sala, que los señores Barrera Capote, Viveros Zapata y Morales Restrepo anunciaron que laboraron junto con el recurrente, desde el 2006 hasta el 2013.

Sin embargo, como no precisaron el extremo final de esa anualidad, pues solo uno de los declarantes anunció que el finiquito ocurrió el 13 de agosto de 2013, pero sin que ninguno indicara las circunstancias de tiempo, modo y lugar de lo acontecido o el motivo por el cual recordaban con precisión que el recurrente e inclusive, ellos mismos, laboraron hasta esa fecha, era dable acudir a la regla de aproximación sentada por la jurisprudencia en las providencias CSJ SL, 22 mar. 2006, rad. 25580; CSJ SL, 28 abr. 2009, rad. 33849; CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 42167; CSJ SL905-2013; CSJ SL14032-2016 y CSJ SL1181-2018.

Ciertamente, en casos como el presente, cuando se tiene certeza sobre la **prestación de un servicio en un determinado período, la Sala ha indicado perentoriamente que los jueces deben procurar por desentrañar de los elementos de persuasión, los extremos temporales de la relación laboral, asumiendo, por lo menos, que ello ocurrió en el primer día del año o en el último, según el caso.**

De donde, en relación con los documentos de folios 16 y 17 del expediente y las declaraciones de terceros, valoradas indebidamente por el sentenciador, en contraposición a lo que dedujo, si estaban demostrados los extremos del servicio del actor al accionado, por lo menos, entre el 6 de noviembre de 2006 y el 1º de enero de 2013.” Negrilla fuera del texto

prestaciones sociales pedidas, esto es, cesantías y prima de servicios que de él se derivan, frente a las cuales no hay lugar a estudiar excepción al haberse dado por no contestada la demanda.

Máxime cuando la testigo **JENNY MAMIAN VIVAS** (registro audio 15:56 fl. 49) afirmó que a la actora nunca le fue cancelada prestación social alguna, se le cancelaba en forma diaria su salario en **\$25.000**, cifra que mensualmente da un salario de **\$750.000**, suma superior al salario mínimo de la época (año 2015 salario de \$644.350).

AUXILIO DE CESANTIAS	PRIMA
\$ 1.722.917	\$ 1.722.917

Establecida la relación laboral, deviene resolver si existió un despido, y de serlo, si fue injusto, para ello es del caso manifestar que en los eventos de despido y en el camino de la acreditación de su justeza, es responsabilidad del trabajador demostrar el hecho de darse por terminada la relación laboral, mientras que, al empleador, de contarse con una carta o misiva resciliatoria, ella debe contener las razones del despido, correspondiéndole a éste probar dentro del proceso su justeza, con fundamento en alguna de las causales del **literal A del artículo 62 CST (SL363-2021 Radicación n.º 78740 del 09 de febrero de 2021⁶, SL10137-2015 del 22/07/2015 y SL3317-2019)**.

En este caso el hecho 5º da cuenta de haber sido la señora **YENI MARIA ROJAS** quien le informó a la demandante no volviera a trabajar, hecho que cuenta con la carga sancionatoria del parágrafo 3º del **artículo 31 CPTSS**, que sumado al testimonio de la señora **JENNY MAMIAN VIVAS** (registro audio 15:00 y 16:00 fl. 49) quien afirmó que la **señora Yeni Maria Rojas** laboraba en el restaurante, era la esposa del **señor Arbelain** y fue quien terminó el contrato a la demandante porque necesitaba darle ese empleo a otra persona; quedando con esta declaración acreditada la terminación por parte del empleador, y al no encontrarse probada una justa causa para el finiquito, procede la indemnización por despido injusto por valor de **\$1.400.000**, pero ante la ausencia de facultades extra y ultra petita, se limita a la pretendida en la demanda de **\$1.325.000**.

Respecto la indemnización moratoria del **art. 65 CST** y la sanción por no consignación de las cesantías, para la Sala, sí se constituye en mala fe el actuar del demandado (**Radicación No. 30868 del 08 de julio de 2008⁷ y Rad. 59749 del 07 de noviembre de 2018⁸**), quien pese a tener bajo su

⁶ **SL363-2021: i) Desconocimiento del parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo.**
En materia de despidos, gravita sobre el trabajador la carga de demostrar que ello acaeció, y al empleador, la de probar que la terminación del contrato se fundó en las justas causas invocadas (CSJ SL592-2014; CSJ SL17728-2016).

En este punto, conviene recordar, que lo manifestado en la carta de despido constituye el motivo de la decisión para finiquitar la relación laboral, el cual, por sí solo, no convalida la justificación allí plasmada, pues es necesario que las imputaciones al trabajador estén probadas (CSJ SL, 26 ago. 2008, rad. 33535).

⁷ **Radicación No. 30868:** “De otro lado, no es que la norma establezca una presunción de mala fe del empleador como lo plantea el censor, sino que, ante la prueba fehaciente del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, para lo cual generalmente basta una negación indefinida del trabajador, es el deudor quien corre con la carga de la prueba de demostrar que su omisión en el pago, obedeció a causas atendibles que le impidieron cumplir oportunamente. Carga que de no cumplirse se resuelve desfavorablemente para quien la soporta, conforme se desprende del artículo 177 del C. P. C “

⁸ **Rad. 59749:** “Lo anterior, sin incertidumbre, confirma un estado de cosas irregulares y de precariedad laboral en la contratación de la actora, favorecida por el Instituto de Seguros Sociales, entidad que consiente de su conducta, acudió a una figura jurídica *prima facie* legítima, para ocultar bajo una aparente legalidad la relación jurídica que inequívocamente era subordinada.

mando y orden las funciones de la demandante en un restaurante de su propiedad, pretendió desdibujar el contrato laboral, pero sin perder el control no solo de los beneficios que le traía para su negocio la prestación de servicio de la actora, dejó de cancelar los derechos prestacionales a que tenía derecho la trabajadora.

Es por ello que el no pago de las prestaciones sociales acarrea la indemnización como lo ordena la codificación laboral, la que se establece en un día de salario por cada día de retardo en su pago, y por ser el salario superior al mínimo, se liquida el día de salario (\$25.000) desde el **14 de diciembre de 2015 hasta el 14 de diciembre de 2017**, a partir del **15 de diciembre de 2017** se liquidan los intereses moratorios causados sobre la suma adeudada por cesantías y prima de servicios hasta la fecha de su pago; teniendo de presente que ante la ausencia de facultades extra y ultra petita, la suma a cancelar por este concepto no puede sobrepasar los **\$3.500.000** a la que se limitó la demandante en su escrito (fl. 5).

Igual desenlace tiene la sanción por no consignación de las cesantías, pues siendo claro, con indicio grave en contra y probado con el testimonio de la señora JENNY y no acreditado en el proceso la realización de consignación o pago de ellas, hay lugar a imponer la sanción del **art. 99 de la ley 50/90**, la que recae sobre las cesantías causadas en los **años 2013 y 2014**, liquidándose con el día de salario desde el **15 de febrero de 2014**, fecha en que debió consignarse las cesantías del **año 2013**, condena que va hasta el **13 de diciembre de 2015**, siendo su condena por valor de **\$16.625.000**.

Finalmente en lo que no prospera la demanda es en la condena de un tiempo extra y trabajo suplementario, pues para ello, incluso con ayuda de las presunciones e indicios que carga la ausencia de contestación y de la presencia en la audiencia de conciliación, la demandante solo afirma haber laborado del **2011 al 2015 (05 de septiembre de 2013 al 13 de diciembre de 2015)**, sin precisar cuáles fueron esas fechas de ese laboreo, día, mes y año; información fundamental para efectos de cuantificar y determinar cuál fue el tiempo suplementario alegado, sin que pueda la Corporación llegar a dar por sentado que los turnos fueron diurnos o nocturnos, menos cuantas horas trabajó en cada uno de esos días y si fueron o no en forma consecutiva, carga informativa, y fáctica que le corresponde a la trabajadora, para luego proceder a su probanza (**Sent., 2 marzo 1949**, “G. del T.”, t. IV, p. 151⁹, **SL 2736 de 2021**¹⁰, **SL 2645-2021**¹¹). Falencia informativa no revelada o suplida con la prueba testimonial aportada en la demanda.

Con todo lo anterior, queda demostrado que no erró el Tribunal al confirmar la condena impuesta por indemnización moratoria, pues con las pruebas legalmente allegadas al proceso, se demostró la ausencia de buena fe por parte del empleador. “

⁹ “Cuando el trabajador alega que trabajó en los días de descanso obligatorio, debe probar que efectivamente los ha trabajado, porque debe presumirse que el patrono da cumplimiento a los preceptos legales que le prohíben exigir y aceptar trabajo en esos días, y esa presunción ha de destruirse por medio de prueba directa” (Cas., 4 septiembre 948, “G del T.”, t. III, p. 518; 18 marzo 1960, “G.J.” XCII, 677)”

“Cuando se reclama el pago de trabajo suplementario y de dominicales y festivos, es indispensable acreditar exactamente el número de horas y los domingos y días festivos que se hubieren laborado” (**Sent., 2 marzo 1949**, “G. del T.”, t. IV, p. 151)”

¹⁰ **SL 2736 de 2021**: “Frente a los dos primeros debe decirse, en primer lugar, que el material probatorio allegado al plenario no permite esclarecer qué días efectiva y realmente laboró el accionante al servicio de la fundación accionada, el tiempo suplementario o complementario que reclama, ni los horarios en que lo trabajó, razón por la que no es posible acceder a dicha pretensión, pues como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia, las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria, demandan de quien lo reclama el despliegue de una actividad tendiente a demostrar con claridad y precisión que este se realizó, como se razonó en la sentencia CSJ SL3009-2017.”

¹¹ **SL 2645-2021**: “Por su parte, se alega que la llamada al proceso aportó cuatro cuadernos, pero que no allegó las planillas correspondientes a los días trabajados por el actor y, de

Por último, no hay lugar a condena en contra de la señora YENI MARIA ROJAS por cuanto el establecimiento de comercio en el que se prestó el servicio si bien ella cumplía funciones en él, no es de su propiedad, como lo certifica cámara y comercio a folio 11.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia apelada y en consecuencia se declara la existencia de un contrato de trabajo realidad entre la señora **ANA MARIA VIVAS CUENE** y el señor **ARBELAIN AVILES PEÑA** como propietario del establecimiento de comercio **Bar Restaurante El Rinconcito Opita** desde el **05 de septiembre de 2013 al 13 de diciembre de 2015**. El cual fue terminado en forma unilateral e injusta por el empleador, por las razones expuestas en la motiva de la sentencia.
2. **CONDENAR** al señor **ARBELAIN AVILES PEÑA** como propietario del establecimiento de comercio **Bar Restaurante El Rinconcito Opita** a reconocer liquidar y pagar a la señora **ANA MARIA VIVAS CUENE** la suma de **\$3.445.833** por prestaciones sociales causadas en el periodo laboral indicado en el numeral anterior, conforme se dijo en la motiva de esta sentencia.
3. **CONDENAR** al señor **ARBELAIN AVILES PEÑA** como propietario del establecimiento de comercio **Bar Restaurante El Rinconcito Opita** **REVOCAR** a reconocer liquidar y pagar a la señora **ANA MARIA VIVAS CUENE** las siguientes indemnizaciones:

7

esa manera: «*le bastó sustraerse de la obligación de aportar los documentos requeridos aportando los de su propia conveniencia para burlar a la justicia y obtener los resultados ya obtenidos*». Aun así, revisada la documental, en especial los cuadernos anexos, se aprecia que figura el nombre del actor, sin que se evidencie alteración o sustracción alguna en la prueba. Ahora bien, si la demandada no aportó la totalidad de pruebas documentales en su poder, o cercenó de algún modo su contenido, tal como se argumenta, debió manifestar esta circunstancia en su debida oportunidad, es decir, en las instancias, sin esperar el trámite extraordinario para pretender subsanar tales falencias, pues como se reiteró en la providencia CSJ SL1705-2021, la casación no se erige en una tercera instancia, ni es propicia para un replanteamiento de la posición de las partes ni revive el debate probatorio.

...

En apoyo de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha sostenido reiteradamente que la prueba del tiempo suplementario debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los horarios y días 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 suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo. Se rememora a propósito, lo expresado por la Corporación, que en sentencia CSJ SL, 9 de ago. de 2006, rad. 27064, ante planteamiento similar al antedicho, indicó:

[...]

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”.

- a) indemnización moratoria del art. 65 CST, liquidada con un día de salario de \$25.000 desde el **14 de diciembre de 2015 hasta el 14 de diciembre de 2017**, a partir del **15 de diciembre de 2017** se liquidan los intereses moratorios causados sobre la suma adeudada por cesantías y prima de servicios hasta la fecha de su pago; teniendo de presente que este rubro no puede sobrepasar los **\$3.500.000**
- b) Pagar por sanción por no consignación de las cesantías años **2013 y 2014** la suma de **\$16.625.000**, conforme se explicó en la considerativa de esta providencia.
4. **ABSOLVER** al señor **ARBELAIN AVILES PEÑA** de las demás pretensiones incoadas en su contra. Por las razones expuestas en la parte considerativa de la sentencia.
5. **ABSOLVER** a la señora **YENI MARIA CARVAJAL** de las pretensiones incoadas en su contra. Por las razones expuestas en la parte considerativa de la sentencia.
6. **SIN COSTAS** en esta instancia. Costas en primera instancia a favor del demandante a cargo del demandado condenado. Fíjese por el aquo.

NOTIFIÍQUESE EN ESTRADOS

Los Magistrados,



CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA

Firma digitalizada para
Acto Judicial
Cali/Vello
YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO

Firma digitalizada para
Acto Judicial
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA
SALVO VOTO PARCIAL

Periodo		13/12/2015	829,00	
Laborado:	5/09/2013			2,30
SALARIOS:	PRESENTACION DDA:		20/06/2016	

AÑO 2015 \$ 750.000 salario diario \$ 25.000

DESDE	HASTA	SALARIO	DIAS TRABAJADOS	AUXILIO DE CESANTIAS	INTERESES CESANTIAS	PRIMA
5/09/2013	31/12/2013	\$ 750.000	117	\$ 243.750	\$ 9.506	\$ 243.750
1/01/2014	31/12/2014	\$ 750.000	364	\$ 758.333	\$ 91.000	\$ 758.333
1/01/2015	13/12/2015	\$ 750.000	346	\$ 720.833	\$ 83.400	\$ 720.833

TOTAL AUXILIO DE CESANTIAS E INTERESES

\$ 1.722.917	\$ 183.907	\$ 1.722.917
--------------	------------	--------------

SANCIÓN NO CONSIGNACIÓN CESANTÍAS

CESANTÍAS AÑO	DESDE	HASTA	SALARIO	SALARIO DIARIO	DIAS	SANCIÓN
2013	15/02/2014	14/02/2015	\$ 750.000	\$ 25.000	364	\$ 9.100.000
2014	15/02/2015	13/12/2015	\$ 750.000	\$ 25.000	301	\$ 7.525.000

TOTAL SANCIÓN \$ 16.625.000

indemnización despido	
1er año	\$ 750.000
2 años subsi	\$ 650.000
total	\$ 1.400.000

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Si bien el establecimiento de comercio es de propiedad del señor Arbelain Áviles Peña, lo manifestado por la accionante en la demanda, y que es declarado como indicio grave en contra de la parte demandada, señala que la señora Yeni María Rojas la contrató y le dio por terminado su contrato de trabajo. Por tanto, debió tenerse, junto con el señor Arbelain, como empleadores de la accionante, puesto que no existe medio de prueba que indique que sea trabajadora o intermediaria del dueño del establecimiento.

Firma digitalizada para
actos judiciales



FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA

Cali-Vale

FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

Magistrado