REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA LABORAL

Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

Catorce (14) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

Proceso:	Ordinario Laboral de Primera Instancia
Radicación:	19-573-31-05-001-2021-00016-01
Juzgado Primera Instancia	JUZGADO LABORAL DE PUERTO TEJADA
Demandante	FERNANDO GIRALDO VELASCO
Demandado	EDNA JULIANA CUNDA SILVA
Asunto:	Contrato de trabajo-Confirma la sentencia apelada
Sentencia escrita No.	10

I. ASUNTO

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, que convirtió en legislación permanente el Decreto 806 de 2020, pasa la Sala a proferir sentencia escrita que resuelve el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Tejada.

II. ANTECEDENTES

1. La demanda.

Procura el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido desde el mes de marzo de 2009 hasta el 1º de enero de 2019, entre él y la señora EDNA JULIANA CUNDA SILVA. En consecuencia, solicita se condene a la accionada al reconocimiento y pago de los derechos señalados en el acápite de pretensiones de la demanda[1].

2. Supuestos fácticos.

Las anteriores pretensiones se fundamentan en los siguientes hechos:

---

[1] *cesantías, intereses de cesantías, prima de servicios, vacaciones, horas extras, dotación, subsidio familiar, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., indemnización por no consignación de cesantías ni intereses, indexación, oficiar a la UGPP para que adelante el proceso de pago y sancionatorio por los aportes al Sistema de Seguridad Social integral y lo que se determine según las facultades extra y ultra petita, así como las costas del proceso.*

Informa el actor que se vinculó al establecimiento de comercio de propiedad de la demandada, desde el mes de marzo de 2009 mediante contrato verbal de trabajo, inicialmente en el cargo de mesero y por último de administrador, en el horario de 5:00 p.m. hasta las 2:30 a.m. siendo despedido el 1º de enero de 2019 sin mediar una justa causa y sin recibir prestaciones sociales ni demás acreencias sociales que reclama; por lo que el 20 de febrero de 2019 citó a diligencia de conciliación a la demandada ante la Inspección de Trabajo de Santander de Quilichao, siendo declarada como fracasada.

2. Contestación de la demanda.

2.1. La demandada se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, sosteniendo que las partes nunca celebraron contrato de trabajo ni verbal ni escrito, pues lo que pactaron fue un contrato comercial de cuentas en participación, que inició en el año 2013, conforme al cual se asociaron para generar ganancias de la venta de licores en el establecimiento de comercio "la Casa de la Cerveza", en el que la demandada aportaba el establecimiento y el demandante su actividad personal directa o a través de otras personas, pues gozaba de autonomía en cuanto al horario de funcionamiento del negocio: pues solo acordaron abrir sábados y domingos (cuando el lunes era festivo), su asistencia al local y en la escogencia del personal que lo reemplazaba cuando no asistía; mientras que la remuneración que recibía se pactó de acuerdo con las ganancias que producía el negocio; motivo por el cual, no se le canceló ninguna retribución de carácter laboral. Y la terminación del vínculo contractual fue unilateral debido a que el demandante no continuó con la actividad. Finalmente formuló excepciones de fondo[2].

3. Decisión de primera instancia.

Mediante sentencia del 23 de marzo de 2022, el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Tejada, absolvió a la convocada al litigio de todas las pretensiones del actor, a quien condenó en costas.

Para adoptar tal determinación, consideró que respecto al vínculo que unió a las partes se presentan tres tesis: un contrato laboral, un contrato de prestación de servicios o un contrato de participación; sin embargo, las pruebas practicadas no logran acreditar los tres elementos esenciales del contrato de trabajo del artículo 23 del CST, pues ningún testigo afirmó que el actor prestara personalmente el

[2] *AUSENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO, COBRO DE LO NO DEBIDO, BUENA FE y PRESCRIPCION*

servicio para la demandada porque ella nunca se presentó por el negocio y aunque recibió un estipendio no se puede afirmar sea un salario, pues los testigos no dieron razón si el dinero recibido correspondía al concepto de salario pues se manejaba un porcentaje del 70% y 30% mensuales por la actividad realizada los días sábados y excepcionalmente los domingos cuando el lunes era festivo y no se demostró la subordinación con la accionada (artículo 22 CST), no se probó que era ella la empleadora porque las órdenes nunca las dio directamente la persona a quien se demandó sino su esposo, sin que el contenido del acta de conciliación pueda tenerse como declaración no puede constituirse en una prueba porque las partes pueden expresarse libremente en la audiencia, en ese sentido no constituye una declaración sino un indicio que puede ser derrumbado como efectivamente sucedió dentro del proceso; quedando demostrada la autonomía del demandante en las labores de surtir el negocio, distribución y atenderlo; por lo tanto se desvirtuó la presunción del artículo 24 del CST al no existir subordinación, acreditándose la existencia de un contrato de prestación de servicios, pero no el contrato de participación en los términos del artículo 507 del Código de Comercio debe hacerse entre comerciantes, calidad que no ostenta el demandante (artículo 10 del Código de Comercio).

4. La apelación.

El apoderado judicial de la parte demandante, argumentó al recurrir la decisión de primera instancia que existe una conciliación en que se acepta la existencia de un contrato verbal. Que no existe un contrato de cuentas por participación el cual no se aportó, ni planillas de liquidación de dicho contrato, teoría que no se defendió en la audiencia de conciliación; mientras que la subordinación si se demostró, pues si el demandante no trabajaba nunca le iban a pagar, siendo el encargado de abrir el local, entregar y hacer todo.

5. Trámite de segunda instancia

De acuerdo con la constancia expedida por la Secretaría de la Sala Laboral, el 4 de agosto de 2022, el término de traslado para presentar alegatos en esta instancia, venció en silencio.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Consonancia.

El artículo 35 de la Ley 712 de 2001, por medio del cual se adicionó el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., regula el principio de consonancia. El cual consiste en que

la decisión que resuelva la apelación de autos y sentencias deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso, lo cual significa que la Sala no podrá tocar aspectos que no fueron objeto de la alzada.

2. Problemas jurídicos.

Le corresponde a la Sala establecer:

2.1. ¿Hay lugar a revocar la sentencia que absolvió de todas las pretensiones a la demandada y condenó en costas al demandante?

3. Solución a los problemas jurídicos planteados

3.1. La respuesta al interrogante es **negativa.** El material probatorio resulta insuficiente para acreditar con certeza una relación de trabajo entre las partes, bajo las reglas del contrato verbal a término indefinido dentro de los extremos temporales alegados en la demanda, pues a la parte actora le correspondía acreditar la prestación personal del servicio en favor de la accionada, para así quedar cobijado con la presunción del artículo 24 CST, siendo una carga probatoria del recurrente conforme lo prevé el artículo 51 del CPTSS, la cual no fue cumplida, circunstancia que conduce a confirmar la sentencia de primer grado.

Los fundamentos de la tesis son los siguientes:

3.2. Contrato de trabajo y elementos para su configuración:

El artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo define el contrato de trabajo como: "*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…".*

A su turno, el artículo 23 *ibidem* señala que el vínculo contractual laboral se caracteriza por la concurrencia de tres elementos de forzosa existencia para su configuración, a saber: **i)** La actividad personal desplegada por el trabajador, entendida como la ejecución, de manera directa de una labor en favor del empleador; **ii)** La continuada subordinación o dependencia, como aquella potestad que tiene el empleador de impartir órdenes, directrices o instrucciones al trabajador en cuanto al tiempo, modo y lugar para la ejecución de la actividad contratada, y el deber correlativo de éste de acatarlas; y **iii)** Un salario como contraprestación económica a la labor realizada.

De tal forma que: *"Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo,*

se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen".

Importa aclarar que la jurisprudencia consolidada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que al darse por demostrada la prestación personal del servicio se presume la existencia de un contrato de trabajo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, lo cual acarrea como consecuencia que el trabajador se vea relevado de la obligación de acreditar la subordinación jurídica, en virtud de la inversión de la carga de la prueba.

"En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".[3]

Corresponderá entonces en cada caso examinar si del conjunto de los hechos y de los diferentes medios probatorios que reposan dentro del plenario, se deriva la existencia de un contrato laboral y la aplicación de la presunción legal prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y si obra prueba con la cual dicha presunción sea desvirtuada.

De igual forma la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el trabajador además asume otras cargas procesales, como probar los extremos temporales, jornada de trabajo, trabajo suplementario, entre otros, en el siguiente sentido:

"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

[3] Sala de Descongestión Laboral No. 3 de la Sala de Casación Laboral, CSJ. Sentencia SL3099 del 12 de septiembre de 2018. Rad. 57933. MP Jorge Prada Sánchez.

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".[4]

3.3. Libre convencimiento.[5]

El artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, confiere al juzgador la posibilidad de formar libremente su convencimiento *«[…] inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y la conducta procesal observada por las partes»*, sin someterse a una tarifa legal para la valoración de las pruebas. Sobre este particular la jurisprudencia laboral en providencia CSJ SL, 1° febrero 2011, radicación 38336, señaló: *También se ha entendido que dentro del marco de libertad valorativa que el artículo 61 del ordenamiento adjetivo del trabajo le confiere, el fallador de instancia puede escoger cuáles de los elementos demostrativos incorporados al expediente le ofrecen mayor credibilidad, e incluso puede restarle todo mérito de convicción a otros, sin que ello comporte una decisión discrecional equivocada, ni arbitraria. […] Dilucidar la Corte cuál de las pruebas aportadas al proceso tendría un mayor grado de convicción para el Tribunal respecto de los hechos litigiosos, desconocería la facultad de apreciar libremente las pruebas y formarse el convencimiento que tienen los falladores de instancia.*

3.4. Caso en concreto:

El actor pretende se declare la existencia de un contrato verbal de trabajo a término indefinido con la demandada, desde el mes de marzo de 2009 hasta el 1º de enero de 2019 cuando fue despedido sin mediar una justa causa; periodo en el que desempeñó el cargo de mesero y posteriormente de administrador del establecimiento de comercio "la Casa de la Cerveza" de propiedad de la accionada y, en consecuencia, se le paguen las acreencias laborales reclamadas. Pretensiones a las que se opone la demandada, quien sostiene que nunca celebró un contrato de trabajo ni verbal ni escrito, sino un contrato comercial de

---

[4] Sala de Casación Laboral, C.S.J., Rad. 36549, Sentencia del 5 de agosto de 2009.

[5] Corte Suprema de Justicia. Sala De Casación Laboral. SL11325-2016 Radicación n.° 45089 Acta No. 19. Mag. Ponente Gerardo Botero Zuluaga. Bogotá, D.C., 1° de junio de 2016.

cuentas en participación desde el año 2013, esto es, una asociación para generar ganancias de la venta de licores en dicho establecimiento y cuya terminación se debió a que el demandante no regresó para continuar con la actividad.

el A quo luego de analizar la demanda, su contestación, practicar y valorar las pruebas aportadas, absolvió a la demandada de todos los cargos formulados en su contra, al considerar que el actor no corrió con la carga de la prueba que le correspondía; decisión que fue objeto de apelación por el apoderado judicial del demandante, quien afirma que la teoría del contrato por cuentas por participación no fue defendida en la audiencia de conciliación, ni se aportó prueba alguna del mismo, quedando demostrada la subordinación.

De acuerdo con la prueba documental aportada, se puede constatar que la demandada como persona natural es propietaria del establecimiento de comercio "la Casa de la Cerveza Miranda", pues de ello da cuenta el Certificado de Existencia y Representación expedido por la Cámara de Comercio del Cauca[6]; igualmente, se puede constatar que las partes intentaron una conciliación ante la Inspección de Trabajo de Santander de Quilichao, diligencia que se declaró fracasada, según acta No. 027 del 20 de febrero de 2019.[7]

En desarrollo del proceso se escucharon en declaración a **LUZ ISMENIA SOTELO LUGO, EDITH YASLEN MARTINEZ, LUIS FERNANDO REYES VIVAS, JORGE ANDRES ARANGO y EDWARD JAIR PARRA OROZCO.**

LUZ ISMENIA SOTELO LUGO afirmó que conoce al demandante por ser cliente de la discoteca cuyo nombre inicial era "Bar Moe" y después "La Casa de la Cerveza", lugar al que asistía cada ocho días los sábados y los domingos siendo el actor quien atendía como mesero y ponía la música desde las 7:00 u 8:00 pm hasta las 3:00 am que cerraban. Que el demandante se vinculó laboralmente a esa discoteca más o menos desde 2009 pero desconoce hasta que fecha estuvo allí, mediante qué tipo de relación se vinculó, ni la causa de terminación, tampoco sabe si le pagaban salarios o prestaciones sociales, porque solo era cliente. Nunca vio a la demandada en el local, solo al actor quien era el que atendía y cerraba el establecimiento.

EDITH YASLEN MARTINEZ adujo conocer al demandante desde 2009, cuando el citado trabajaba en la taberna "La casa de la cerveza" y era quien colocaba la música, era mesero y cerraba el lugar, época para la cual ella estaba en embarazo

[6] *Carpeta 01PrimeraInstancia.02. Poder-Anexos-Demanda-expediente digital*

[7] *Ibidem*

de su hija. Que según le contó la esposa del actor, el citado trabajó en el lugar hasta 2018. No sabe la clase de vinculación que tuvo ni el motivo de su retiro. Informó que en una oportunidad lo vio acomodando las sillas a las 5:30 pm y cerrando el lugar a las 2:45 am hora en la que más o menos cierran los negocios. Que nunca vio a la demandada en el lugar, pero que el dueño del establecimiento es un señor Edward e imagina que el pago del actor lo hacía el dueño del negocio y que la relación laboral fue continua porque fue el único lugar en el demandante trabajaba y lo veía continuamente cumpliendo esas labores.

LUIS FERNANDO REYES VIVAS informa que trabajó en La casa de la cerveza desde 2011 hasta finales de 2014 como administrador y DJ del negocio, lo surtía y se encargaba de contratar al personal. Que el demandante ingresó más o menos en 2013 como portero del sitio y mesero, no era constante, pues a veces se llamaba cada 8 días y otras cada 15 porque tenían otro portero en un horario de 7:00 pm hasta las 2:00 o 3:00 am, los sábados y domingos o a veces festivos, la vinculación del actor fue por intermedio suyo, no se firmó documento, se le contrataba por turnos, y desconoce la causa de su desvinculación. En cuanto a la remuneración manifestó que se le pagaba por turno cumplido y el valor del turno estaba en más o menos $30.000 o $35.000. Que el demandante no estuvo afiliado a la seguridad social integral, siendo el administrador quien le daba las órdenes, surtía el negocio y cuadraba con el señor Edward Parra esposo de Juliana, y dueño del negocio. Un porcentaje de 70% y 30% dependiendo de cómo les iba y cuando no había ganancia le cancelaba el turno a $45.000. que el testigo era socio y se desvinculó porque en ese tiempo su esposa estaba enferma y debía estar pendiente de ella.

JORGE ANDRES ARANGO quien ingresó a laborar como DJ en 2014 en la discoteca “Casa de la cerveza” época para la cual el demandante estaba a cargo de todo el negocio, era quien surtía, abría, cerraba, contrataba y pagaba a los meseros, y vigilantes, además cuadraba cuentas, daba órdenes; y fue quien contrató al testigo. Que el actor estuvo en el lugar más o menos hasta 2018, porque cuando regresó en 2019 el actor ya no se encontraba laborando. Desconoce cómo se le retribuía la labor al accionante y que clase de sociedad tenía el citado con el señor Edward Parra, que el testigo solamente laboraba los sábados y el domingo cuando el lunes era festivo. Que en varias ocasiones reemplazó al demandante abriendo el negocio y asumía la labor de dirigirlo y al día siguiente cuadraban cuentas, no sabe cómo era el pago que recibía el demandante, ni por qué terminó la relación con el establecimiento. En cuanto a la demandada afirmó que es vecina del municipio y se conoce que es la dueña del

negocio. Explica que el demandante lo contrató a él ya que el actor tenía autonomía para contratar a meseros y vigilantes, siendo igualmente quien cuadraba los turnos, pero no sabe si recibía ordenes de alguien más.

EDWARD JAIR PARRA OROZCO informa que es el esposo de la propietaria del establecimiento de comercio, siendo el encargado del mismo para la fecha en que el demandante ingresó en 2013. Que desde el momento que inició la relación con el actor, quedó claro que eran socios, estaban en igualdad de condiciones y no lo veía como un trabajador ni era su patrono porque él tenía autonomía en todo el establecimiento; manejaba sus propias llaves y si el testigo o su esposa necesitaban entrar al establecimiento tenían que llamarlo, no tenía horario porque abría a la hora que él quisiera entre 5:00 a 7:00 pm los sábados o el domingo cuando el lunes era festivo y tomaba la decisión de la hora de cierre, el demandante era autónomo en la contratación y pago del personal. Sostiene que acordaron un porcentaje de 70% para el esposo de la propietaria y 30% para el demandante, dependiendo de las ganancias del negocio y cuando no había gente o no se vendía se le reconocían $60.000. Que previo a repartir el porcentaje, se reunían para cuadrar, sacando primeramente los gastos como arrendamiento y demás, nunca se le trató como un empleado pues reitera que el demandante tenía control del establecimiento, de los empleados, de cualquier daño, si sucedía cualquier inconveniente con la Policía o una riña, era quien estaba al frente del problema. Manifiesta que su esposa no frecuenta el lugar y él tampoco ya que tiene otra profesión, esa es la razón por la cual, los testigos dicen que nunca los veían por el negocio.

Explica que a finales de 2018 empezaron a colocar muchos establecimientos de comercio en Miranda, entonces ese diciembre no hubo buenas ganancias por lo que el demandante no estuvo de acuerdo con el porcentaje que se le dio y la primera semana de enero no regresó, la segunda semana tampoco, entonces le toco conseguir otra persona; resalta que en ningún momento le dijo hasta aquí llegamos, ni lo despidió, porque eran socios: el declarante colocaba el montaje ya que el local no es propio sino arrendado y la persona que él encargaba del establecimiento colocaba el trabajo. Finalmente aclaró que lo dicho por su esposa en la audiencia de conciliación en Santander de Quilichao, no constituye una declaración y por tanto no es una prueba, ella en ese momento trataba de no llegar a estas instancias y quería conciliar, que lo que hubo fue un contrato de cuentas por participación.

Del análisis de la prueba testimonial recaudada en desarrollo del proceso se puede concluir que en efecto el demandante prestó sus servicios en el establecimiento de comercio denominado la casa de la cerveza al menos desde 2013 y hasta finales de 2018, pues ello se deduce del dicho de los señores LUIS FERNANDO REYES VIVAS, JORGE ANDRES ARANGO y EDWARD JAIR PARRA OROZCO, lo cual puede dar paso a la presunción contemplada en el artículo 24 del C.S.T. Sin embargo, la prueba testimonial en su conjunto da cuenta que el demandante era autónomo en el ejercicio de sus labores y aun cuando el señor PARRA OROZCO, esposo de la demandada advierte la existencia de un contrato de cuentas por participación, que de conformidad con el artículo 508 del Código de Comercio, no está sujeto a solemnidad alguna, pero se pacta entre comerciantes, calidad que no está demostrada ostentara el actor; y según el dicho de LUIS FERNANDO REYES VIVAS, quien en su momento también fue socio de la demandada, estuvo vinculado con la citada mediante una vinculación similar a la del actor, no podríamos afirmar que dicho vínculo estuvo regido por un contrato de naturaleza laboral. Y si aún en gracia de discusión pudiera afirmarse que entre el demandante y la accionada hubo un contrato de trabajo, en autos no se tiene claridad de cuántos sábados o domingos durante el periodo en mención desarrolló las funciones que aduce haber cumplido, sin que esté permitido para el juez hacer cálculos acomodaticios respecto a las circunstancias de hecho que le correspondía demostrar a la parte actora, haciendo uso de los medios de prueba previstos en el artículo 51 del C.P.T.S.S.

Lo anterior conduce a la Sala a confirmar la sentencia de primera instancia objeto de apelación.

4. Costas

Atendiendo el resultado del recurso de apelación, se impondrá condena en costas en esta instancia a cargo del demandante y a favor de la demandada, dado el fracaso del recurso de apelación. Las agencias en derecho se fijarán en auto aparte.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

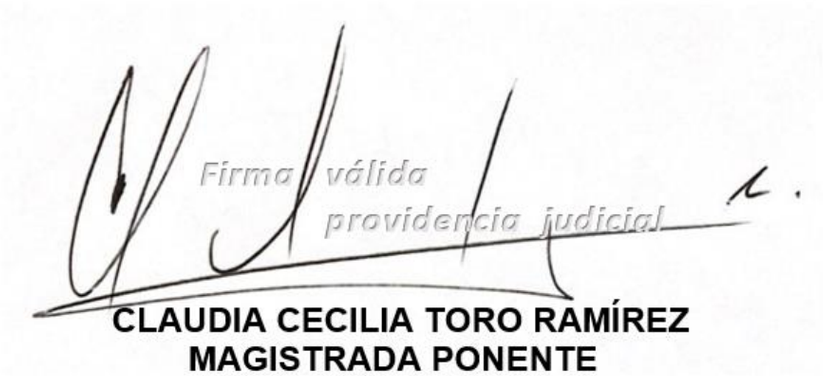
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022 por el Juzgado Laboral del Circuito de Puerto Tejada, conforme a las razones indicadas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de segunda instancia al apelante y en favor de la parte demandada. Las agencias en derecho se fijarán en auto aparte.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme con lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inclusión de esta providencia. Asimismo, por edicto, el que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C.P.T. y de la S.S.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE



CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
MAGISTRADA PONENTE

CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA
MAGISTRADO SALA LABORAL

LEONIDAS RODRIGUEZ CORTES
MAGISTRADO SALA LABORAL