



SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sala virtual

Demandante: ALEJANDRO PALACIO ACOSTA
Demandado: PROMOTORA PICCOLO S.A.
Radicado: 05001 31 05 001 2017 00241 01
Sentencia: S-153

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

En la fecha indicada, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por los Magistrados JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ quien obra en éste acto en calidad de ponente, FRANCISCO ARANGO TORRES y JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ, procede a resolver los recursos de apelación presentados por ambas partes, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado el día 8 de junio de 2021.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la presente decisión se profiere mediante sentencia escrita, aprobada previamente por los integrantes de la Sala.

PRETENSIONES:

ALEJANDRO PALACIO ACOSTA demandó a la sociedad PROMOTORA PICCOLO S.A., para que, una vez se declare la existencia de una relación laboral regida mediante un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de noviembre de 2005 al 17 de diciembre de 2015,

sea condenado al reconocimiento y pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social por todo el tiempo que duró la relación laboral, así como el aguinaldo y auxilios reconocidos a los demás empleados, los recargos nocturnos, dominicales y festivos, las horas extras laboradas, los premios, comisiones y propinas, subsidio de transporte, calzado y vestido de labor y las costas del proceso.

LOS HECHOS:

Expone como fundamento de sus peticiones, que se vinculó para prestar sus servicios personales a la sociedad PROMOTORA PICCOLO S.A. a partir del 1 de noviembre de 2005 y hasta el 17 de diciembre de 2017; que tenía un salario mensual de \$966.000, incluidas comisiones por propinas; que la labor era desempeñada de forma personal y bajo continua subordinación, atendiendo las instrucciones del empleador; que tenía un horario variable entre los días jueves a domingo, además de los lunes festivos; que como contraprestación recibía la suma de \$4.025 por cada hora de trabajo; que durante todo el tiempo que duró la vinculación laboral no le pagaron las prestaciones sociales, vacaciones, aguinaldos, incentivos, premios y comisiones causadas; y que tampoco le reconocieron las horas extras, los recargos dominicales, nocturnos y festivos o el subsidio de transporte.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar, el demandado se opuso a todas las pretensiones por carecer de soporte o sustento jurídico debido a que jamás existió relación laboral o contrato de trabajo con el demandante. En cuanto a los hechos, explica que lo que existió fue un contrato de prestación de servicios suscrito el 12 de agosto de 2012 y la labor fue desarrollada de forma discontinua e intermitente, además de que era él quien llamaba a la empresa para indicar qué días tenía disponibilidad. Acepta que en esas condiciones desarrollaba la actividad de mesero, pero que

nunca tuvo el status de trabajador de la empresa, cuya actividad era desempeñada por espacio de 4, 5 o 6 horas, sin que tuviera jefes o existiera subordinación. Señala además que el valor de la hora pagada era de \$3.815 y reiterada que la labor era ocasional, ya que podían pasar meses sin que se presentara a prestar el servicio por estar dedicado a sus actividades de estudiante. Como excepciones de fondo propuso prescripción, inexistencia de la obligación, carencia de derecho sustantivo y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia del 8 de junio de 2021, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Envigado, DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por el periodo comprendido entre el 21 de agosto de 2012 y el 17 de diciembre de 2015 y CONDENÓ, como consecuencia, al pago de las siguientes sumas: cesantía, \$2.031.223; intereses a la cesantía, \$225.366; prima de servicios, \$2.0131.223; vacaciones, \$1.071.231; y cotizaciones a la seguridad social al riesgo de vejez entre el 21 de agosto de 2012 y el 17 de diciembre de 2015 con el SMLMV. Así como las costas del proceso, fijando como agencias en derecho la suma de \$1`500.000. De las demás pretensiones ABSOLVIÓ a la entidad demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandante recurre en apelación parcial, en tanto no admite que el despacho reconozca la vinculación laboral solo a partir del 21 de agosto de 2012. Considera que la relación laboral inició el 1º de noviembre de 2005 según lo indicado por los testigos, con base en el contrato de prestación de servicios aportado, el cual fue desconocido en la sentencia en la medida que la prueba testimonial lo que demuestra es otra cosa, como por ejemplo lo que dice el testigo aportado por la empresa cuando reconoce al demandante laboraba allí por más de 15 años. En igual sentido,

agrega que el reconocimiento de las prestaciones sociales debe operar desde esa misma fecha, sin que sea admisible la procedencia de la prescripción, al menos para los valores correspondientes a cesantías e intereses a las cesantías. También resulta contradictorio que se aplique una prescripción parcial que está afectando conceptos habidos antes del 21 de agosto de 2012.

A su turno, el apoderado de la sociedad demandada no comparte la declaratoria de la relación laboral entre las partes porque el vínculo era prestación de servicios. En el tiempo que el demandante prestó sus servicios, no hubo una relación prestada bajo subordinación, pues siempre estuvo a elección del demandante los horarios y días a laborar; tanto así que aquel frecuentemente se ausentaba por días e incluso meses, quedando demostrada la libertad que tuvo durante todo el tiempo, fundamento de peso que desvirtúa la existencia de un vínculo laboral tal y como fue indicado por los testigos allegados al proceso. Además, expresa que no hubo a lo largo del proceso sustento probatorio suficiente que le permitiera a la parte actora acreditar la existencia de la relación laboral y los extremos en que se pudo haber desarrollado, siendo su responsabilidad cumplir con la carga de la prueba en los términos del artículo 167 del CGP. Está demostrado con los testimonios y documentos aportados, que hubo una prestación de un servicio esporádico; fue más el tiempo que no se prestó el servicio que el tiempo que sí lo hizo. No es posible que con fundamento en especulación o hipótesis se proceda a imponer condenas por prestaciones sociales. No entiende de qué manera el Juzgado concluyó la existencia de una relación laboral continua e ininterrumpida desde el 21 de agosto de 2012 hasta el 17 de diciembre de 2015, y mucho menos que hubiera sido desarrollada por 48 horas a la semana, cuando lo que ocurría era que el demandante iba y volvía y podía ausentarse hasta meses sin prestar el servicio, sin que exista soporte para imponer las condenas por prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema General de Pensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta instancia, una vez surtido el traslado respectivo, el apoderado de la demandada presentó alegatos de conclusión indicando que se remite a los argumentos expuestos al presentar el recurso de apelación e insistiendo en que la vinculación entre las partes, fue a través de un contrato de prestación de servicios, desarrollada por días y de forma discontinua e intermitente, tal y como quedó acreditado con el material probatorio que obra en el expediente. Asegura que el demandante tenía plena discrecionalidad y autonomía para decidir qué días iba a prestar su servicio y que jamás se le impusieron turnos, no lo citó a reuniones, no se le pedían informes escritos o verbales, ni dependía de algún superior jerárquico en particular. Tampoco se le exigió exclusividad, nunca le llamó la atención y no lo requirió por sus ausencias prolongadas, además de que no se encuentran acreditados los extremos temporales de la vinculación.

El apoderado del demandante también hizo uso de dicha oportunidad indicando haber cumplido con la carga de la prueba que la ley le impone, lo que no ocurrió en el caso de la sociedad demandada. Sostiene que está plenamente demostrado que entre las partes se celebró un contrato de trabajo que inició el 1 de noviembre de 2005 y terminó el 17 de diciembre de 2015 para desempeñar el cargo de mesero, labor que fue ejecutada de manera personal y totalmente subordinada al empleador, atendiendo a sus instrucciones y al horario establecido, todo lo cual fue descrito por los testigos.

CONSIDERACIONES:

El señor ALEJANDRO PALACIO ACOSTA alega que laboró al servicio de la sociedad PROMOTORA PICCOLO S.A. y cuyas funciones de mesero habría desempeñado entre el 1 de noviembre de 2005 y el 17 de diciembre de 2015. Sobre esta base solicita la declaratoria de una

relación laboral y el consecuente pago de prestaciones sociales legales y extralegales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social.

Ahora, según los recursos de apelación presentados por ambas partes, que son los que marcan la pauta para el conocimiento que se asume en segunda instancia en virtud del principio de consonancia, discuten las partes: i) la conclusión central en cuanto a la calificación de la naturaleza jurídica de la relación laboral, que el juez consideró esencialmente subordinada, al paso que la empresa sostiene que no fue más allá de una prestación de servicios ocasional; ii) en el evento de que el anterior cuestionamiento salga adelante a los intereses de la parte actora, se examinará lo concerniente a los extremos inicial y final de esa vinculación; y iii) de acuerdo a lo que se decida, pasará la Sala a establecer la posibilidad de concretar las condenas teniendo en cuenta además la excepción de prescripción propuesta.

1.- De la naturaleza de la relación jurídica.

Es sabido que de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, para que exista contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, esto es, realizada por sí mismo, b) la continuada dependencia o subordinación del trabajador con respecto al empleador, y c) un salario como retribución del servicio.

El segundo de los elementos enunciados, esto es, la continuada dependencia o subordinación, es el que determina la diferencia entre el contrato de trabajo y otras formas de contratación jurídica, en las cuales, por darse una relación igualitaria o no subordinada entre los sujetos de la relación contractual, no se causan, como en aquél, prestaciones sociales.

La norma últimamente citada describe tal dependencia o subordinación jurídica como la facultad que tiene el empleador para exigirle al

trabajador el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, y la correlativa obligación de este de acatar dichas órdenes o reglamentos. Como facultad que es, no es necesario que el empleador de hecho la ejerza en todo momento, pues basta la potestad de poder usarla en cualquier tiempo.

De otro lado, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que: *Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.* La expresión "relación de trabajo" se caracteriza por la prestación personal de un servicio, de manera que, una vez demostrado este hecho, se presume la existencia del contrato de trabajo. Lo anterior representa una ventaja probatoria para el pretendido trabajador, en tanto no le incumbe preocuparse por demostrar la subordinación jurídico laboral, ya que la existencia de ésta, por hallarse inserta de la noción del contrato de trabajo, también está afianzada dentro de la misma presunción.

Naturalmente, se trata de una presunción legal o *iuris tantum*, que como tal puede ser desvirtuada mediante libre prueba en contrario, esto es, le concierne a la parte opositora derribar la presunción, acreditando que, por el contrario, la relación contractual estuvo marcada por un vínculo independiente y un comportamiento autónomo del prestador del servicio, ejecutado en un rango de igualdad jurídica, sin sujeción alguna a la facultad dispositiva de la energía de trabajo por parte del beneficiario del servicio que caracteriza el nexo laboral subordinado.

Lo anterior, que en teoría puede ser fácilmente discernible, no siempre lo es en la práctica, dada la existencia de no pocas situaciones que se hallan en las denominadas "*zonas grises*", o lo que los doctrinantes españoles describen como el "*ángulo de la duda*", cuyo deslinde es necesario efectuar a partir del examen conjunto de las circunstancias que envolvieron la relación, examinada de manera contextualizada, en contraste con lo que significaría el examen individualizado de una

prueba determinada. Es lo que la jurisprudencia nacional ha descrito como la necesidad, en orden a esclarecer la subordinación, de “... *analizar el conjunto de factores determinantes del núcleo de la vinculación laboral, y no aisladamente alguno de sus elementos, porque es precisamente ese contexto el que permite detectar tanto la real voluntad de los contratantes como la primacía de la realidad sobre las formalidades*” (Sent. de mayo 4 de 2001, rad. 15.678).

Como pauta interpretativa y con este fin, también la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia dijo al respecto, en sentencia con Rad. 34223 de 2010, citada recientemente en la N° 47.044 del 15 de febrero de 2017, lo siguiente:

“Para la Corte es claro que si el Tribunal tuvo por probado que el actor le trabajó a la demandada, no tenía por qué verificar si esa actividad laboral se hizo bajo subordinación laboral, pues ese hecho debió considerarlo debidamente acreditado por razón de la presunción consagrada en la norma legal que infringió directamente. Toda vez que esa presunción es de naturaleza legal y, por lo tanto, susceptible de ser desvirtuada, ha debido entonces el fallador indagar si la presunción se desvirtuó por la parte demandada, acreditando que los servicios se prestaron de manera independiente, esto es, su labor de análisis de las pruebas se debió orientar a encontrar la autonomía en la prestación de los servicios, mas no la subordinación, que, en principio, estaba acreditada por ministerio de la ley.”

Planteado así el pleito, incumbía al demandante la carga de probar sus aseveraciones de manera que pueda el juez arribar a la conclusión certera acerca de la existencia del contrato de trabajo, para lo cual sería suficiente la demostración, al menos, de la relación laboral que se caracteriza por la prestación personal de un servicio, para que en virtud de lo normado en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, se presuma la existencia del nexo laboral subordinado, trasladándose la carga de desvirtuar la presunción a la parte opositora.

En el caso bajo examen y contrario a lo que sostiene el apoderado de la empresa en su recurso de apelación, a juicio de la Sala la relación de trabajo personal está suficientemente demostrada con base en las pruebas del proceso, pues ninguna duda surge en cuanto que el Sr. ALEJANDRO PALACIO ACOSTA prestó sus servicios personales como mesero, cajero e incluso administrador encargado en los puntos de venta de PIZZAS PICCOLO en Medellín y principalmente en Envigado, actividad está que es el objeto social principal de la compañía. Así se infiere del conjunto de la prueba recolectada y es, de hecho, aceptado por la propia empresa, frente a quien corresponde analizar si logra o no desvirtuar la presunción de subordinación laboral.

1.- Desde el punto de vista de las formas, las partes suscribieron un contrato de prestación de servicios el día 21 de agosto de 2012, mediante el cual se dijo que el demandante se obligaría a prestar sus servicios independientes al contratante como *“servicio al cliente”* en los establecimientos de PIZZAS PICCOLO, la que desarrollaría de manera alterna con su condición prevalente de estudiante y con autonomía para establecer los horarios de prestación de servicio. Naturalmente, en desarrollo del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, ésta sola circunstancia no define la contienda, pues debe estarse a lo que muestre la fuerza de los hechos.

2.- Se observa prueba por confesión proveniente del propio demandante, en punto a que, de manera simultánea, prestó servicios en una empresa de transporte por espacio de aproximadamente un año y durante algún tiempo también trabajó como dependiente judicial de un abogado, actividades que desempeñó de manera simultánea con la de mesero en PROMOTORA PICCOLO S.A.

Esta opción, desde el punto de vista del derecho laboral, está permitida en nuestro ordenamiento jurídico en los términos de los artículos 25 y 26 del C.S.T., que contemplan tanto la concurrencia como la

coexistencia del contrato de trabajo; especialmente cuando como en este caso ocurrió, no hubo pacto de exclusividad.

3.- Como confesión derivada del interrogatorio de parte practicado a la representante legal de la empresa, se destacan situaciones como cuando afirma que: i) la función que el demandante desempeñaba era “... *atender los clientes en la mesa*”, es decir, hubo una prestación personal de un servicio; ii) que todos los trabajadores, incluyéndolo a él “*Tenían un delantal por imagen de la empresa, para atender a los clientes, no se usa que llegue la persona vestida con su propia ropa, por imagen se les entregaba el delantal, que tiene el logo de la empresa*”, esto es, portaban elementos distintivos alusivos a la empresa; iii) había un jefe inmediato que era “*el administrador; cada punto de venta tiene un administrador diferente*”; iv) la persona que decidía en cuál de las sedes y en que turno podía trabajar, era el “... *supervisor general, HÉCTOR GIRALDO*”; y v) debía seguir directrices de un superior, lo que se advierte cuando informa que: “*En el punto de venta el administrador les da las indicaciones de cómo atender al cliente*”. De estos tres últimos aspectos se desprende, básicamente, el elemento subordinación.

4.- De la prueba testimonial se destaca, en síntesis, lo siguiente:

Al proceso se presentaron a declarar cinco testigos, tres de ellos que acompañan a la parte actora y dos más que fueron presentados a instancia de la empresa demandada.

En el primer caso, se trata de LUZ DARY GIRALDO GALVIS, PABLO ANDRÉS GONZÁLEZ RESTREPO y JULIÁN DAVID JARAMILLO SOLÓRZANO, quienes en diferente época compartieron espacios dentro de la actividad que cada uno de ellos desempeñó al servicio de la PROMOTORA PICCOLO S.A.

La señora GIRALDO GALVIS, por ejemplo, quien laboró en la empresa entre los años 1995 y 2010, aseguró conocer al demandante

desempeñando las funciones de mesero, cajero y administrador encargado, indicando que cuando ella se retiró *“él todavía trabajaba ahí”*. Advierte que como trabajador que era de la empresa debía acatar las órdenes e instrucciones que en su jornada de trabajo le daban *“el supervisor general y el administrador, el señor HÉCTOR DARÍO GIRALDO (...) les daban indicaciones de lo que tenían que ofrecer a los clientes”*; que como a todos los empleados de la PIZZERÍA *“Le entregaban un delantal y una escarapela con el nombre, todo el personal lo debía usar”*; agregando más adelante que *“... él no se podía retirar a no ser que el administrador lo autorizara”* y que es cierto que inicialmente podía decidir qué días trabajaba, pero que eso fue el primer año o año y medio, ya que *“... después ya les imponían el horario y el turno de trabajo”*.

Por su parte, el testigo PABLO ANDRÉS dijo haber ingresado a laborar a la empresa en el año 2011 desempeñando las mismas funciones del demandante, es decir, mesero, cajero o encargado de punto de venta. El testigo asegura que otras personas estaban vinculadas como trabajadores de planta, a quienes no les pagaban el día sino que tenían una nómina, informando que en cuanto a funciones no había diferencias, pero sí les pagaban horas extras, dominicales, festivos y demás. Adicionalmente, coincidió con los demás en cuanto a que le suministraban delantal, camiseta y una escarapela que lo identificaba.

Testigo que se refiere a las instrucciones que le daba su empleador de la siguiente manera: *“A él le indicaban las funciones; si era mesero, la cajera, el encargado de los puntos de venta, los 3 supervisores generales y eventualmente cuando estaban en un punto de venta las socias, las dueñas...”*. Incluso, asegura que, como todo trabajador de la empresa, estaba en la obligación de *“... ir a las capacitaciones de manipulación de alimentos, de atención al cliente...”*

Y a propósito de lo que plantea la empresa en la contestación de la demanda sobre la supuesta flexibilidad y libertad en la escogencia de

horarios y días de trabajo, o en general en el desempeño de sus funciones, dijo el testigo que ninguno de ellos *"... se podía retirar en la mitad de la jornada, eso no se podía y si en algún momento necesitábamos un permiso para salir, tenía que ser con una orden explícita, bien sea del administrador de punto de venta o los supervisores, de lo contrario había una jornada de trabajo y había que cumplirla"*.

Finalmente, el testigo JARAMILLO SOLÓRZANO indicó haber laborado en PICCOLO desde el año 2006 hasta el 2012, señalando que cuando él entró el demandante ya estaba trabajando y que generalmente lo veía de mesero, o lo podía encontrar de cajero o administrador encargado. Más adelante reitera lo que los demás testigos dijeron en cuanto que había varias personas que se encargaban de darle las órdenes o instrucciones: *"El principal era el supervisor, el administrador de punto de venta o encargado o las dueñas de PICCOLO que estuviera ahí, uno tenía que seguir las indicaciones o las órdenes de ellas."* También repitió lo relacionado con la dotación que les entregaban, que no se podían ausentar de sus funciones sin previa autorización, que los horarios eran asignados por el supervisor HÉCTOR GIRALDO y que les daban capacitaciones en manipulación de alimentos.

Lo visto hasta este punto sirve a la Sala para inferir con suficiente claridad el hecho de que el demandante no desempeñaba una actividad libre e independiente y mucho menos que no estuviera caracterizada por el elemento subordinación respecto de su empleador PROMOTORA PICCOLO S.A.

Contrario sensu, la empresa no cumplió con la carga probatoria de desvirtuar la presunción del contrato de trabajo, ante la evidencia respecto de la prestación personal del servicio. Y no lo hace como se acaba de ver según la prueba testimonial que trajo al proceso la parte actora, e incluso, según lo que informan los propios testigos que aquella trae al proceso.

Si bien es cierto en términos generales el discurso de tales testigos está enfocado en la prestación de un servicio con libertad de escogencia de horarios e intermitencia en el desarrollo de sus funciones, lo cierto del caso es de que de su dicho también se pueden rescatar algunas afirmaciones que comprometen y dejan en evidencia la calidad de verdadero empleador con que obraba PICCOLO en sus relaciones con el actor.

Así, el señor HÉCTOR DARÍO GIRALDO GÓMEZ, tantas veces mencionado por los demás testigos debido a su calidad de Supervisor en la compañía, con una vinculación a ella desde el año 1988, además de explicar que el demandante era libre en la escogencia de sus horarios y que el hecho de ausentarse no tenía ninguna consecuencia en su contra, también señaló que esos días laborados dependían de la disponibilidad que el trabajador pudiera tener y de la disponibilidad de la empresa y según eso *"... se programaba en caso de que si se necesitara (...) Él pedía el horario y de acuerdo a la disponibilidad de él y a la necesidad de la empresa, uno lo ponía temprano, a las 12, a las 2 o el mismo pedía su horario y en esos días no le ponía el horario."*

Es decir, no es tan cierto como se quiere hacer notar que la decisión sobre la prestación del servicio fuera del propio demandante los días que él quisiera. Esa descripción da a entender que se trataba de un acuerdo entre las partes en el que finalmente la empresa, según su necesidad, era la que disponía y programaba el turno respectivo.

Incluso, en el tema de horario de trabajo coincide con la prueba testimonial de la parte actora cuando afirma que *"Él podía entrar desde las 2 de la tarde hasta el cierre o desde las 12 hasta las 10, dependiendo del flujo de gente; si no había trabajo o no se necesitaba se iba más temprano."*

De otro lado, en lo que tiene que ver con el cumplimiento del horario, el testigo informó que según las condiciones del día eventualmente

podía irse más temprano, que no había problema con eso; sin embargo, para ello requería una autorización previa: *"... él debe avisar si tenía una dificultad para poderse ir, si se había no había tampoco ninguna dificultad uno entendía. Él me informaba que se tenía que ausentar y no había dificultad, yo mandaba un reemplazo."*

Por si fuera poco, también queda claro de esa declaración, que el demandante PALACIO ACOSTA recibía órdenes de sus superiores, de modo que, contrario a desvirtuar esa subordinación, lo que hace la empresa es corroborarla: *"En el momento, las primeras veces que él llegó, se le dieron las indicaciones de cómo se atendía al cliente, el administrador le decía, pero capacitaciones como tal no recuerdo."* Y más adelante, sobre ese mismo aspecto señaló: *"El administrador era el que le indicaba que era lo que tenía que hacer, muchas veces había que hacer un aseo, lo hacían entre todos y el administrador le decía hagamos esto, o la apertura por lo regular siempre es el acomodo y limpieza de mesas"*.

En igual sentido, el señor JOSÉ ALEXANDER MURILLO GUTIÉRREZ, quien también ha cumplido funciones de supervisor en la empresa por más de 25 años, informó al despacho que *"Él cuando se acercaba al punto de venta miraban los pendientes que estaban por hacer, en comunicación con el administrador"*.

Hasta acá el recuento fáctico y probatorio del contexto de la relación contractual entre las partes.

Corresponde ahora concluir, a tono con lo que se viene de ver, que, a juicio de esta Sala, la empresa no logra desvirtuar la subordinación en tanto que, los actos y conductas señaladas, son característica de un contrato de trabajo sin que pueden estar presente en otra clase de relación contractual de diverso orden, especialmente civil de prestación de servicios. A esa conclusión se puede llegar si se tiene en cuenta, además, que:

- i) El desarrollo de la actividad contratada siempre fue en las instalaciones de propiedad de la demandada, ya sea en el punto de venta de Envigado, o bien en otros ubicados en la ciudad de Medellín como El Poblado, La 70, La 80, Laureles o La Playa;
- ii) La actividad desempeñada giraba exclusivamente en torno al objeto social de venta de alimentos de la propia compañía; no podía hacer nada distinto a lo establecido ni vender otro tipo de productos;
- iii) El horario o turno de trabajo era definido finalmente por la empresa según su necesidad;
- iv) Para la labor debía cumplir con las indicaciones previas impartidas por el supervisor y/o administrador del punto de venta;
- v) Existía un uniforme y escarapela que lo identificaban como empleado de la empresa;
- vi) Había un pago como remuneración por el servicio que era entregado directamente por el empleador; y
- vii) Se hacían capacitaciones en temas como atención al cliente y manipulación de alimentos.

En consecuencia, la decisión de primera instancia en tanto declaró la existencia de una relación laboral entre las partes, deberá ser confirmada.

2. Continuidad en la actividad desempeñada.

En el primer aspecto, relacionado con la continuidad en el servicio, la Sala comparte lo resuelto por el Juez de primera instancia en cuanto entendió que las interrupciones que aduce la empresa de 1 mes, dos meses, 4 meses o un año, en realidad no se presentaron, o por lo menos no quedó probado que así fuera, sin que resulte creíble lo que en tal sentido afirman los testigos y la representante legal de la demandada.

Como ya se advirtió, los declarantes traídos al proceso por el demandante señalan que la labor de mesero que éste desempeñaba fue continua, constante y sin interrupciones, al paso que los de la empresa lo que afirman es que se presentaban ausencias de semanas, meses e incluso de hasta un año.

En el caso del testigo JOSÉ ALEXANDER MURILLO GUTIÉRREZ, en su declaración afirmó que el demandante se iba con frecuencia, podía pasar un mes, dos meses, 3 meses. *“... iba y volvía, con exactitud no puedo decir cuánto tiempo ni en qué año se ausentó, no tengo claridad, pero pasaba con frecuencia”*. Por su parte, HÉCTOR DARÍO GIRALDO GÓMEZ señaló que *“Él se podía perder hasta meses, había semanas o quincenas que no programaba y no había problema”*, aunque no recuerda en qué años o meses no prestó el servicio.

Falta de claridad que no se presenta en las declaraciones de los testigos de la parte actora: i) LUZ DARY GIRALDO GALVIS dijo: *“No se ausentó (...) si el de pronto se ausentaba un fin de semana, no ajustaba dos”*; ii) PABLO ANDRÉS GONZÁLEZ RESTREPO informó: *“En todo el tiempo que yo trabajé, él también trabajó constantemente”*; y iii) JULIÁN DAVID JARAMILLO SOLÓRZANO explicó: *“Eso no se podía hacer, como uno dejar el trabajo tirado, no, nunca se ausentó, no recuerdo”*.

Así las cosas, se confirmará la decisión también en este puntual aspecto.

3. Extremos de la relación laboral.

Ahora, el material probatorio allegado al proceso, si bien no permite establecer la existencia de una relación laboral desde el 1 de noviembre de 2005 como lo reclama la parte actora, pues no existe una prueba limpia y precisa de esa fecha como inició de la vinculación, si es factible extraer unos periodos mínimos probables de la relación contractual.

Y es factible hacerlo según lo dicho por los testigos, quienes, aunque no tengan conocimiento directo de la fecha exacta de ingreso y retiro de la empresa, lo que sí es claro es que durante algunos lapsos de tiempo que ellos estuvieron vinculados también lo estuvo el demandante, lo que permite inferir unas fechas mínimas de prestación del servicio.

Como fundamento del anterior criterio es preciso citar lo dicho por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia como lo puntualizado en sentencia SL 905 de 2013, Rad. 37.865. M. P. Dr. CARLOS ERNESTO MOLINA M., reiterada más recientemente en sentencia SL 439 del 3 de febrero de 2021: En la primera de las mencionadas señaló:

“La jurisprudencia adoctrinada de esa Sala ha fijado el criterio según el cual, en estos casos, en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto, en sentencia de la CSJ del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, se dijo:

“(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

(...)

En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes

del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado.

Cuando el trabajador demandante no precisa o no logra probar con exactitud la totalidad del tiempo servido a su empleador, no implica que deba perder el derecho a percibir los salarios o prestaciones sociales correspondientes al lapso de la actividad que logró demostrar judicialmente y, por tanto, la totalidad del tiempo servido es el que resulte probado en la litis."

Para el efecto tenemos la declaración de LUZ DARY GIRALDO GALVIS, quien dijo haber laborado para la empresa desde 1995 hasta 2010 y que cuando ella se retiró, el demandante siguió trabajando allí.

Por su parte, PABLO ANDRÉS GONZÁLEZ RESTREPO dijo que conoció al demandante cuando él – el testigo - entró a la empresa, hecho ocurrido en el año 2011 y que trabajaron juntos *"hasta 2015 que él se retiró"*.

JULIÁN DAVID JARAMILLO SOLÓRZANO dice que laboró en PICCOLO desde 2006 hasta 2012 y que cuando entró, el demandante ya estaba trabajando.

HÉCTOR DARÍO GIRALDO GÓMEZ no recuerda la fecha de inicio ni la de retiro.

JOSÉ ALEXANDER MURILLO GUTIÉRREZ, siendo testigo de la empresa demandada, coincide con lo dicho por los testigos de la parte actora cuando en la audiencia, llevada a cabo el 8 de junio de 2021, dijo conocer al demandante hace *"bastante tiempo, diría yo, no sé 15 años más o menos"*, explicando que lo conoció en ese momento *"... porque llegó a la empresa PROMOTORA PICCOLO; él trabajaba de servicio al cliente"*, agregando más adelante que en el punto de venta de ENVIGADO lo vio *"... puede ser 10 años atrás, 12, hace bastante tiempo señor Juez"*.

Así las cosas, si contamos 15 años hacia atrás desde la realización de la audiencia en junio de 2021, significaría, en principio, que por lo menos desde el año 2006 el demandante ya estaba laborando en PICCOLO según lo que uno de los SUPERVISORES de la empresa recuerda, información que coincide con lo dicho por JULIÁN DAVID JARAMILLO y LUZ DARY GIRALDO.

Sin embargo, si bien de acuerdo a lo anterior y en aplicación de la jurisprudencia señalada, se podría establecer como extremo inicial de la relación laboral, por lo menos, el último día del año 2006, esto es, el 31 de diciembre, no debe olvidarse que la testigo LUZ DARY GIRALDO explicó que en un comienzo el accionante podía decidir qué días trabajaba, pero que eso fue el primer año o año y medio ya que *“... después ya les imponían el horario y el turno de trabajo”*, de lo cual, sumando una versión con otra, es factible concluir como fecha mínima probable de iniciación del vínculo subordinado, el 1º de julio de 2008, por lo menos. Fecha esta que marcará la pauta para todos los efectos legales. Respecto al extremo final, también se hace necesario aplicar la referida tesis desarrollada por la Corte Suprema de Justicia en tanto no existe certeza ni prueba contundente en el sentido de que el vínculo hubiera terminado el 17 de diciembre de 2015. Se puede inferir, según lo informado, que por lo menos trabajó un día de ese año 2015, por lo que la fecha a establecer como de terminación del contrato es el 1 de enero de 2015, más no 17 diciembre de 2015 como lo dijo el Juez.

Es dable inferir entonces, según lo que se acaba de explicar y tomando tiempos mínimos probables, que el demandante habría laborado al servicio de PROMOTORA PICCOLO S.A., de forma continua, por lo menos, **desde el 1º de julio de 2008 hasta el 1 de enero de 2015**, desempeñando funciones de mesero, cajero o encargado de punto de venta.

4. Liquidación de prestaciones sociales.

No obstante lo dicho en precedencia, encuentra la Sala obstáculos fácticos y jurídicos insalvables para proceder a liquidar, en concreto, las prestaciones sociales que pudieran corresponder. En primer lugar, según las pruebas del proceso, el salario pagado al trabajador lo era bajo la modalidad del jornal, en los términos del artículo 133 del CST, según el cual, el salario estipulado por días se denomina jornal, y sueldo el estipulado por periodos mayores.

En el presente caso, se conoce que al demandante se le cancelaba el jornal al finalizar cada jornada de trabajo, de modo tal que la liquidación de prestaciones sociales estaría atada al tiempo efectivamente servido. Y, ocurre que durante el lapso deducido de vigencia del contrato, según lo visto en el acápite anterior, no existe certeza de los días realmente laborados: no se dijo nada acerca de si el actor disfrutaba o no de vacaciones; se sabe si que en veces y básicamente por razón de sus estudios podía solicitar permisos, sin que se conozca la frecuencia con que ello sucedía, o si era para toda una jornada o parte de ella; se desconoce si hubo faltas injustificadas al trabajo, licencias, incapacidades médicas, eventuales suspensiones, etc.

Y en este sentido, la prueba testimonial no es, a juicio de la Sala, suficiente, porque los testigos LUZ DARY Y JULIÁN DAVID, fueron compañeros de labores del demandante en épocas cuyos derechos surgidos estarían afectados de prescripción (de 1995 a 2010 aquella, y de 2011 a 2012 éste), al paso que PABLO ANDRÉS, quien si laboró en situaciones análogas al demandante y lo hizo entre 2011 y 2015, informó, no obstante, que sus días trabajados eran lunes, miércoles, viernes y domingos, lo que significa que no coincidía al menos durante dos días de los laborados por el demandante. Se suma a esto que no siempre concordaban en el mismo punto de venta, pues algunas veces laboraba en Envigado y otras en Medellín, al igual que el actor podía hacerlo.

Agréguese que el accionante tuvo algunas otras dedicaciones, como cuando laboró durante un año aproximadamente al servicio de una empresa transportadora sin que se sepa con seguridad cuando ocurrió ese hecho y qué incidencia tuvo en sus labores con la pizzería, o bien, en igual sentido, cuando laboró como asistente de un abogado, con similares repercusiones.

De tal modo que, sin desconocer la realidad contractual laboral con la demandada, se revocarán las condenas prestaciones y por vacaciones impuestas en primera instancia, para en su lugar absolver de tales conceptos. Lo anterior, salvo la condena al pago de aportes a la seguridad social, los cuales se mantendrán pues para ello no se requiere demostrar si trabajó o no todos los días de la semana, sino que basta la configuración del contrato de trabajo en el periodo ya admitido. Pero se MODIFICARÁ el lapso de tiempo correspondiente a esta condena, la cual se ordenará entre el 1º de julio de 2018 y el 10 de enero de 2015, conforme a lo visto con antelación.

Costas en esta instancia en contra de la demandada, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.000.000. En primera instancia, se mantiene como tal la condena en costas, dada la declaratoria del contrato de trabajo.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Primera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Envigado el día 8 de junio de 2021 en cuanto declaró la existencia de una relación laboral entre las partes, pero la **REVOCA** en cuanto a las condenas por concepto de cesantía, intereses a la cesantía, prima de servicios y vacaciones, y la **MODIFICA** en lo que respecta a los

aportes al Sistema General de Pensiones, en el sentido de que la empresa deberá asumir el pago de las cotizaciones por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2008 y el 1 de enero de 2015 con base en un salario mínimo legal mensual vigente.

Se DECLARA probada parcialmente la excepción de prescripción en los términos indicados en la parte motiva de la providencia.

Costas en esta instancia en contra de la demandada, cuyas agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.000.000.

Notifíquese por EDICTO.

Los Magistrados,



JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ



FRANCISCO ARANGO TORRES



JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

Con salvamento de voto

**SALA LABORAL****REF: ORDINARIO LABORAL****DEMANDANTE: ALEJANDRO PALACIO ACOSTA****DEMANDADO: PROMOTORA PICCOLO S.A.****RADICADO: 05001 31 05 001 2017 00241 01****Medellín, diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)**

FRANCISCO ARANGO TORRES, magistrado de la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, presento SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO en la sentencia del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

A pesar que acompaño la decisión de confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto declaró la existencia de una relación laboral entre las partes, y la REVOCA en cuanto a las condenas por concepto de cesantía, intereses a la cesantía, prima de servicios y vacaciones, no comparto la decisión de confirmar y modificar la condena a los aportes al Sistema General de Pensiones, por el periodo comprendido entre el 1º de julio de 2008 y el 1 de enero de 2015 con base en un salario mínimo legal mensual vigente.

Las razones que me llevan a disentir de la Sala mayoritaria, se fundan en los mismos argumentos de la parte motiva del fallo para revocar las condenas a las prestaciones distintas a los aportes pensionales, pues la condena a estos aportes, a mi juicio también está atada a la prueba del tiempo efectivamente servido por el actor durante la vigencia del contrato de trabajo, es decir, los días realmente laborados, en general la permanente prestación del servicio y los días en que los prestaba, pues para la condena a los aportes a la seguridad social, a mi juicio sí se requiere demostrar los días trabajados a la semanas pues esta prestación, al igual que las demás se genera por la efectiva prestación del servicio, y se paga acorde al número de días en que se desarrolló el contrato de trabajo.

En los anteriores términos dejo parcialmente salvado mi voto.

FRANCISCO ARANGO TORRES

Magistrado

Firmado Por:

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Salvamento Parcial De Voto

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a0e6c4fdd6104f1d6a5bf0d397e343c210d753c75e61e4dfa97b53eeafeea0d0**

Documento generado en 17/06/2022 01:27:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>