



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE TUNJA  
Relatoría

**CONTRATO DE TRABAJO VERBAL / Elementos/...**”necesario es acudir al artículo 23 del CST, norma que menciona los elementos esenciales del contrato de trabajo a saber: la actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, **la continua subordinación** o dependencia de este respecto del empleador que le da la facultad de impartir órdenes e instrucciones y el salario. También al artículo 24 *ibidem*, por cuanto “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”. En forma pacífica nuestro Tribunal de cierre, ha señalado que opera esta presunción legal a favor del demandante, cuando prueba la prestación personal del servicio, caso en el cual, surge a cargo del convocado a juicio, la obligación de demostrar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación de trabajo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo....”

**CONTRATO DE TRABAJO/ Elementos/ Subordinación/...**”para esta Colegiatura no se desvirtuó el elemento de subordinación, pues aunque la apelante insista en que era compañera de trabajo de la actora y que se repartían las funciones conforme y lo reconoce la demandante en el interrogatorio de parte, ello no significa que pierda su condición de empleadora y persona encargada de explotar el negocio, razón por la cual el cargo no tiene vocación de prosperidad...”

**CONTRATO DE TRABAJO/ Horas extras/ Dominicales y Festivos...**” no resulta procedente el reconocimiento de las horas extras, días dominicales y festivos por todo el tiempo laborado, **pues nótese que los mismos no fueron definidos, ni especificados plenamente**, ya que simplemente para su tasación el a quo indicó. “*incluyendo aquellas horas que se trabajaron de más*”, lo cual no resulta acertado, por cuanto no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable del tiempo suplementario que estime trabajado, conforme lo ha precisado en reiteradas oportunidades la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia No. SL9318-2016, Radicación N.º 45931...”

**CONTRATO DE TRABAJO/ Indemnización/ Prestaciones Sociales...**” El artículo 65 del C.S.T, establece que el empleador debe pagar un día de salario por cada día de retardo en el pago de salarios y prestaciones sociales; sin embargo la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado que, esta sanción no opera en forma automática e inexorable, pues debe adelantarse un examen del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso, y de la totalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, a fin de establecer si obró de buena fe al no pagar las acreencias laborales...”

**CONTRATO LABORAL/ Indemnización Moratoria/ Sanción...**” del análisis en conjunto y crítico de las pruebas vistas en el plenario, se advierte que el comportamiento de la empleadora estuvo revestido de mala fe en contra de los intereses de la trabajadora, pues se observa que en el transcurso del vínculo laboral la pasiva canceló a la trabajadora un salario inferior al smlmv, sin las prestaciones sociales a las que atendía derecho por desempeñarse como vendedora; es decir que la conducta asumida por la deudora avizora un comportamiento tendiente a menoscabar o evadir los derechos de la actora, razón por la cual la Colegiatura determina que es procedente la condena de la sanción por indemnización moratoria reconocida por la Juez de Instancia...”

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO  
JUDICIAL DE TUNJA**



**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ**

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**

**Se escucharon alegatos el 26 de septiembre de 2018.**

En Tunja (Boyacá), a los tres (3) días del mes de octubre de dos mil dieciocho (2018), siendo las tres de la tarde (.3:00 p.m.) día y hora previamente señalados, el suscrito Magistrado en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión, se constituye en audiencia pública con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 27 de abril de 2017, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Tunja en el proceso de la referencia. Se declara abierto el acto, y se autoriza la grabación de esta. Se registra la asistencia de \_\_\_\_\_, y se les concede el uso de la palabra para que se procedan a su identificación.

**I.- ANTECEDENTES**

**Demanda (fols. 26-35)**

Por conducto de apoderado judicial **Ingrid Tatiana Hernández Hernández**, promovió demanda ordinaria laboral contra **Diana Rocío Borja Gutiérrez-Álvaro Emiliano Acosta Velásquez**, con el fin que se declare la existencia de un contrato verbal desde el 6 de septiembre de 2013 hasta el 23 de enero de 2015, el cual terminó sin justa causa por parte de los empleadores.

En consecuencia solicita se condene al pago de cesantías e intereses, auxilio de transporte, vacaciones, prima de servicios, dotaciones, recargos dominicales y festivos, a la nivelación del salario, aportes a seguridad social integral y a la

indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales. Así mismo, se reconozcan las indemnizaciones por despido sin justa causa y por el no pago de salarios y prestaciones sociales, a la indexación; pago de perjuicios morales, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos adujo:

- Celebró contrato verbal de trabajo con **Diana Rocío Borja Gutiérrez - Álvaro Emiliano Acosta Velásquez**, para laborar en el casino de suboficiales de la Policía Nacional, en la remonta, desde el 6 de septiembre de 2013, el cual terminó el 23 de enero de 2015, sin justa causa por los empleadores.
- Indica, que realizó las funciones de atención a la cafetería, aseo del establecimiento, organización de estantería desde las 6:30 a.m. hasta las 2:30 p.m., con una duración de 8 horas diarias, incluso domingos y festivos. Es decir 56 horas semanales, percibiendo un salario diario de \$15.000 durante toda la relación laboral.
- Alude, que solo descansó los días 1 de enero y 25 de diciembre, sin que le fueran sufragadas las prestaciones sociales; tampoco fue afiliada al Sistema de Seguridad Social Integral.

### **Contestación de la Demanda.**

#### **1.- Diana Rocío Borja Gutiérrez (fols. 44-55).**

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En su defensa argumentó que nunca existió relación de trabajo con la demandante. Precisó, que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la calidad de contratista del Casino de Suboficiales de la Policía Nacional reposaba en cabeza de Darwin René Castañeda Galvis.

Formuló las excepciones de: “*prescripción*”; “*inexistencia de una relación laboral*”; “*buena fe de mi representada y mala fe de la parte demandante*”; “*cobro*

*de lo no debido”; “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “ausencia de los elementos del contrato de realidad”; y la “excepción genérica o innominada”.*

**2.- Álvaro Emiliano Acosta Velásquez (fols. 125-132).**

Se opuso a la totalidad de las pretensiones, por cuanto carecen de sustento fáctico, son temerarias e inexistentes. Propuso las siguientes excepciones: *“prescripción”; “inexistencia de una relación laboral”; “buena fe de mi representado y mala fe por parte de la demandante”; “cobro de lo no debido”; “falta de legitimación en la causa por pasiva”; “ausencia de los elementos del contrato realidad” y la “innominada o genérica”.*

En auto del 20 de octubre de 2016, pese a que no fue subsanada la demanda, se tuvo por contestada y se declararon probados los hechos 1, 4, 5, 6 y 13 (fol.153).

**II. PROVIDENCIA OBJETO DE IMPUGNACIÓN.**

Mediante sentencia del 27 de abril de 2017, el Juzgado de conocimiento, resolvió: (*1 hora: 36min.*)

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre Ingrid Tatiana Hernández Hernández como trabajadora y Diana Rocío Borja Gutiérrez como empleador, existió un contrato de trabajo verbal de trabajo con vigencia entre el 6 de septiembre de 2013 y el 23 de enero de 2015, el cual termina de manera unilateral y sin justa causa.

**SEGUNDO: CONDENAR** a Diana Rocío Borja Gutiérrez a pagar a favor de Ingrid Tatiana Hernández Hernández la suma de \$19.107.950, producto de la diferencia del pago de los salarios, prima de servicios, vacaciones, cesantías, interés a las cesantías e indemnización por la terminación del contrato sin justa causa.

**TERCERO: CONDENAR** a Diana Rocío Borja Gutiérrez a pagar los aportes pensionales conforme al IBL señalado en la parte motiva, a favor de Ingrid Tatiana Hernández Hernández y acorde con lo puntualizado en esta diligencia y ante la administradora de pensiones que elija la parte demandante y a través del cálculo actuarial.

**CUARTO: CONDENAR** a Diana Rocío Borja Gutiérrez a pagar un día de salario por cada día de mora a partir del día 24 de enero del 2015, a favor de la demandante

*Ingrid Tatiana Hernández Hernández y conforme a lo señalado en la parte motiva de esta decisión.*

**QUINTO:** *Desestimar las restantes súplicas de la demanda*

**SEXTO:** *Se absuelve y se desestiman las súplicas de la demanda respecto del señor Álvaro Emiliano Acosta Velásquez.*

**SÉPTIMO:** *Se condena en costas a la parte demandada Diana Rocío Borja Gutiérrez. Por secretaria líquidense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.500.000.*

**OCTAVO:** *SE CONDENAN en costas a la parte demandante Ingrid Tatiana Hernández a favor del señor Álvaro Emiliano Acosta Velásquez, en la suma de 2 S.M.M.L.V.”*

### **III. RECURSO DE APELACIÓN.**

La decisión de instancia fue apelada por la parte pasiva-**Diana Rocío Borja Gutiérrez-**, quien argumentó la ausencia del elemento de subordinación, toda vez que en la prueba testimonial rendida por Sandra Cárdenas, Andrés Pascual, Víctor Alfonso García, Luis Alberto (*sic*) y Juan Carlos Abril, e inclusive en el interrogatorio de parte de la demandada, se advierte que la relación se desarrolló dentro de un ámbito de igualdad de funciones, donde se repartían y dividían el trabajo.

Resalta que ante la existencia del contrato de arrendamiento a nombre del señor Darwin René N., había la imposibilidad de explotación económica de la cafetería ubicada en la remonta, debido a que la demandada es una persona natural y no podía adoptar el rol de empleadora; además, las funciones eran compartidas y distribuidas.

Igualmente, señaló: “*en la ausencia de este factor probatorio (...), quiero significarlo, porque de la prueba documental y testimonial acopiadas, no se logra entrever ese factor de subordinación como tal. Con este primer argumento el suscrito apoderado solicita en consecuencia no se constituye el contrato realidad, razón por la cual no deben ser otorgadas las pretensiones de la demanda (...) y sea revocado el fallo en tal sentido”.*

Como segundo argumento, **reprocha que se hubiese determinado que la demandante laboró todos los días, inclusive dominicales y festivos, reconociendo recargos nocturnos y horas extras**, siendo una circunstancia que no tiene identidad probatoria, pues los declarantes no dan cuenta de los tiempos laborados con precisión. De modo que *“sin reconocer una relación laboral”* debe tenerse en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente como remuneración sin excedentes salariales, ni dominicales o festivos y, en consecuencia revocar la liquidación de los 19 millones (*sic*) al no existir criterios para colegir tales circunstancias. Y lo mismo debe ocurrir frente a los aportes pensionales, pues al cambiar los salarios varía el cálculo actuarial.

Como tercer planteamiento **solicita se revoque la indemnización moratoria**, por el no pago de prestaciones sociales prevista en el artículo 65 CST, pues la demandada tenía el convencimiento que no existía un contrato de trabajo,

#### **IV. CONSIDERACIONES**

En virtud de lo señalado en el artículo 66 A del CPTSS, la Sala examinará tres aspectos fundamentales: el primero consiste en determinar si existió el elemento de la subordinación en la relación laboral reconocida por el Juez de Instancia. Como segundo punto de disenso debe analizarse si la demandante laboró todos los días, inclusive dominicales, festivos, recargos nocturnos y horas extras. Finalmente, como tercer aspecto de refutación se establecerá si resultaba posible reconocer la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 CST.

##### **1.- De la Existencia del Contrato de Trabajo.**

Para resolver el asunto, necesario es acudir al artículo 23 del CST, norma que menciona los elementos esenciales del contrato de trabajo a saber: la actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, **la continua subordinación** o dependencia de este respecto del empleador que le da la facultad de impartir órdenes

e instrucciones y el salario. También al artículo 24 *ibídem*, por cuanto “*se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*”.

En forma pacífica nuestro Tribunal de cierre, ha señalado que opera esta presunción legal a favor del demandante, cuando prueba la prestación personal del servicio, caso en el cual, surge a cargo del convocado a juicio, la obligación de demostrar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación de trabajo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo<sup>1</sup>.

En el presente asunto, para acreditar la prestación del servicio, obran las siguientes **pruebas testimoniales**:

**Sandra Milena Cárdenas. (1 hora: 25min.)** Manifestó que trabajó en una distribuidora de empanadas que proveía a la cafetería del casino de suboficiales en las horas de la mañana, momento en el que veía a la demandante atendiendo público y que la persona que le cancelaba su producto era Diana Rocío Borja Gutiérrez; además señaló que no conoce al señor Darwin.

**Luis Alberto Loaiza Jaramillo (1 hora: 51min.)** Señaló que es Agente y Analista de Contratación de la Policía Nacional y conoció a la actora cuando atendía la cafetería en el comando del Departamento de Boyacá, la cual también era atendida por Diana Borja; sin embargo desconoce cómo fue contratada la demandante. Al preguntársele con qué frecuencia trabajaba la actora en el casino manifestó “*la veía ahí esporádicamente, frecuencia diaria no, cada vez que iba a*

---

<sup>1</sup> C.S.J., Sala Casación Laboral, sentencia 39377 del 29 de junio de 2011. “*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.”*”

*Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.”* Criterio reiterado en la Sent. SL4027-2017. Radicación No. 45344.

*veces me atendía Tatiana, a veces Diana... esporádicamente me atendía, en la tarde”.*

El testigo indicó que realizó el proceso de selección de los oferentes para la contratación, pues para el arrendamiento del casino se hace anualmente un proceso mediante contratación directa, inicialmente estaba Darwin Castañeda y desde el 2016 y 2017 continuo Diana Rocío Borja Gutiérrez. También, manifestó que para su funcionamiento es obligatorio que quien lo explote tenga el contrato de arrendamiento suscrito a su nombre, sin que exista la posibilidad del subarriendo o cesión del contrato. Y desconoce de quien recibía órdenes la demandante pues la veía esporádicamente había en horas de la tarde.

**Pascual Sánchez Patiño** (02:12:00 a 02:22:32). Señaló que es cuñado de Ingrid Tatiana Hernández, siendo la persona que siempre transportó a su lugar de trabajo a la demandante, añade que ésta laboró de domingo a domingo entre los años 2013 al 2015 en el kiosco de Suboficiales de la remonta. Además, indicó que en algunas oportunidades fue contratado por el esposo de Diana Borja o por ella misma para colaborar en la atención del Casino. Igualmente comentó que la demandante laboraba “*de 6 am, a veces un cuarto de hora antes y salía tipo 7 a veces 8 pm*”, de domingo a domingo. Así mismo, indicó que no sabía que la demandante había laborado hasta las 2:30 (sic)

**Víctor García Ramírez** (00:10:29 a 00:19:15), indicó que es cuñado de Ingrid Tatiana Hernández y prestó el servicio militar en la Policía Nacional desde julio de 2013. Preciso que la demandante atendió el kiosco la Policía, que los primeros cinco días advirtió que salía como a las 2:30 pm, de ahí en adelante constantemente la veía de domingo a domingo y más o menos formábamos a las 6 am, ella ingresaba más o menos a las 6:15 a.m., y salía, a las 6:30 pm.

**Andrés Borja** (00:29:30 a 00:37:01). Manifestó que es hermano de la demandada Diana Borja y tuvo una relación sentimental con la actora; además fue auxiliar regular de la Policía y amigo de Darwin Castañeda a quien le pidió que vinculara a su hermana al casino. Al preguntársele sobre quién contrato a Tatiana

Hernández, señaló: *“la verdad como ya tenía conocimiento quien hacía los contratos, le dije a mi mamá que hablara con DIANA para que le dijera a DARWIN”,* siendo él quien la contrató y desconoce el horario que cumplía.

**Juan Carlos Abril Puerto** (00:44:30 a 00:50:21). Alude que trabaja en la Policía Nacional en la sección de contratación desde hace 10 años, que conoce a la demandante, porque ella trabajó en la Cafetería de la Policía la remonta, pero no recuerda el tiempo. También señala que conoce a Darwin porque tuvo un contrato de arriendo de cafetería, sin embargo no lo veía realizando la explotación del lugar.

A su vez, manifestó que la cafetería tuvo dos contratos con Darwin y otro con Diana Borja, quienes consignaban el valor del arrendamiento de la cafetería del casino; así mismo en ocasiones se encontraba en las instalaciones del casino el señor Miguel quien es el esposo de la demandada. De otra parte, alude que no sabe quién daba las órdenes en dicho lugar.

Además indicó que acudió al kiosko en los momentos de descanso que para el caso de los uniformados es de 10:00 am a 10:15p.m y de 4:00 a 4:15 p.m., siéndole difícil recordar si en horas de la tarde estaba la demandante.

En su interrogatorio la demandante **Ingrid Tatiana Hernández Hernández.** (Fol. 267- 00:53:53). Señaló que fue contratada por Diana Rocío Borja Gutiérrez, persona que manejaba y tenía la propiedad de los insumos o las ventas que se expendían en la cafetería del Casino de Suboficiales de Policía en la remonta, quien además le decía donde atender, lavar los baños y vidrios, siendo ella quien le pagaba al finalizar el día y quien le dijo que no volviera a trabajar. Manifestó que inicialmente laboró en un horario de 6:30 a.m. a 2- 2:30 p.m, y posteriormente en las horas desde las 6:30 am a 7:30 pm.

La interrogada también señaló que cuando Diana Rocío Borja Gutiérrez tenía que trabajar *“ella me pedía a mí los favores cuando tenía que salir, hacer una vuelta, o tenía que ir un domingo con el esposo a viajar o alguna cosa, **siempre era yo la que le hacía los turnos, los festivos también hacía los turnos, en diciembre me***

*tocó trabajar*”. Además, precisó que la persona que realizaba los pedidos para la cafetería o casino era la señora Borja Gutiérrez, y que demandó al agente Álvaro pues cuando ingresó a trabajar ella, le dijo que sólo podía recibir órdenes de los dos.

Frente a la frecuencia en la que asistía “*DARWIN*” señaló “*es que hubo un tiempo creo que se les dañó lo del otro lado para cocinar, entonces el señor DARWIN, o sea, la verdad no lo vi de cerca, ni se quién, pero sí escuché que estuvo en el casino de suboficiales dándole la alimentación a los muchachos que prestaban el servicio.*”

Por su parte el demandado **Álvaro Emiliano Acosta Velásquez**, manifestó que se desempeñó como Jefe de la Oficina de Contratos de la Policía Nacional y conoció a la demandante porque ocasionalmente la vio en el kiosco atendiendo al público. Además, precisó que los casinos se entregan en arrendamiento de acuerdo a las políticas institucionales.

Manifestó que el señor Darwin Castañeda tenía dos establecimientos arrendados, el restaurante y un kiosco o cafetería donde la demandante atendía a los usuarios de la Policía. Igualmente, señaló que el canon de arrendamiento se consignaba en el Banco Popular en una cuenta de la Policía Nacional.

En su interrogatorio la demandada **Diana Rocío Borja Gutiérrez**, (min. 26:00) señaló que es administradora en el casino de la Policía en la remonta desde febrero de 2015, que era compañera de trabajo de la demandante, quien colaboró en la **cafetería desde septiembre 2013, hasta el 23 de enero de 2015**; alude que contrató a la actora por orden de Darwin Castañeda, pues éste le dijo que consiguiera a alguien que le colaborara. Manifestó que Ingrid Tatiana Hernández laboró en el horario de “*7:00 -7:30 am, a veces iba por ahí 11:30 am o 12:30 pm, iba y almorzaba y ya, no era en todo en transcurso del día*”, pues la cafetería se cierra al medio día para hacer aseo y, en la tarde la deponente se encargaba de atender el establecimiento.

Igualmente, manifestó que la demandante percibía un salario de \$15.000 diarios por laborar durante las horas de mañana, que Darwin era la persona que impartía a través de ella las órdenes porque él no estaba allí. Frente a la terminación del contrato de trabajo, indicó que actora la llamó y le dijo que tenía una cita médica, pero desconoce las razones por las cuales no volvió.

De manera que, del análisis en conjunto y crítico de las pruebas previamente relacionadas, la demandante demostró la prestación del servicio a favor de la demandada, pues nótese que los testigos Sandra Milena Cárdenas, Luis Alberto Loaiza Jaramillo, Pascual Sánchez Patiño, Víctor García Ramírez, Andrés Borja y Juan Carlos Abril Puerto, e inclusive los demandados Diana Rocío Borja Gutiérrez-Álvaro Emiliano Acosta Velásquez, señalan al unísono que la demandante realizaba de labores de atención a público en el Kiosco de la Policía Nacional ubicada en la remonta; por ello, operó a su favor la presunción legal ya referida, ventaja probatoria que admite prueba en contrario, de modo que le correspondía a la parte demandada, demostrar que no existió un contrato de trabajo.

En el *sub lite* la convocada a juicio aportó las siguientes pruebas documentales:

- Contrato PN-DEBOY No.18-3- 30022-13 (*fol. 74-83*), celebrado entre la Policía Nacional y Darwin René Castañeda Galvis, cuyo objeto era el arrendamiento de las áreas destinadas para el funcionamiento de la Cafetería y Restaurante del Comando del Departamento de Policía de Boyacá, con plazo de ejecución del 1 de junio al 31 de diciembre de 2013.
- Contrato PN-DEBOY No.18-3 30039-13 (*fol. 158-164*) celebrado entre la Policía Nacional y Darwin René Castañeda Galvis, cuyo objeto era el arrendamiento de las áreas destinadas para el funcionamiento de la Cafetería y Restaurante del Comando del Departamento de Policía de Boyacá, con plazo de ejecución del 1 de agosto al 31 de diciembre de 2013.

- Contrato PN-DEBOY No.18-1 30003-14 (fol. 168-175,) celebrado entre la Policía Nacional y el señor Darwin René Castañeda Galvis, cuyo objeto era el arrendamiento de las áreas destinadas para el funcionamiento de la Cafetería y Restaurante del Comando del Departamento de Policía de Boyacá, con plazo de ejecución del 1 de febrero al 31 de diciembre de 2014.

Ahora si bien, la apelante argumenta que nunca ejerció poder subordinante sobre la demandante, ya que indica que simplemente fue una compañera de labores; tal afirmación no tiene acogida por la Sala, pues ha quedado en evidencia que la actora fue contratada por la demandada Diana Rocío Borja Gutiérrez, debido a que su progenitora intercedió para que la ayudara con trabajo en el casino, pues para dicho momento era novia de Andrés Borja (*hermano de la demandada*); siendo la convocada a juicio quien le pagaba el salario de manera diaria.

Además, aunque se adjuntaron los contratos celebrados entre la Policía Nacional y Darwin René Castañeda Galvis, cuyo objeto era el arrendamiento de las áreas destinadas para el funcionamiento de la cafetería y restaurante del Comando del Departamento de Policía de Boyacá, no se demostró que el señor Castañeda Galvis fuese el verdadero empleador de la activa, por las siguientes razones: no la contrató; no le impartía ordenes e instrucciones para la ejecución de sus labores, fue ajeno a las circunstancias laborales que rigieron el contrato, tampoco sufragaba el salario de la trabajadora y, nunca hizo presencia en el kiosco donde ella se desempeñaba, toda vez que conforme y se advierte en la testimonial vertida por Víctor García Ramírez, “Darwin”, se encargaba del Restaurante del Casino, pero no **tenía nada que ver con el kiosco** eso “es muy aparte”.

Así las cosas, aunque exista un contrato de arrendamiento con un tercero para la explotación de la cafetería del casino, tal circunstancia, no desdibuja la relación laboral que surgió entre la actora Ingrid Tatiana Hernández Hernández y la demandada Diana Rocío Borja Gutiérrez y mucho menos la torna en ilegal, pues se recuerda, que el trabajo goza de la protección especial del Estado en la forma prevista en la Constitución Nacional y las Leyes (artículo 9 CST)

Bajo los anteriores razonamientos, para esta Colegiatura no se desvirtuó el elemento de subordinación, pues aunque la apelante insista en que era compañera de trabajo de la actora y que se repartían las funciones conforme y lo reconoce la demandante en el interrogatorio de parte, ello no significa que pierda su condición de empleadora y persona encargada de explotar el negocio, razón por la cual el cargo no tiene vocación de prosperidad.

## **2.- Pago de dominicales, festivos, recargos nocturnos y horas extras.**

La censura se radica esencialmente en que se dio por demostrado que la **demandante laboró todos los días, inclusive dominicales y festivos, reconociendo recargos nocturnos y horas extras, determinación que en su sentir** no tiene identidad probatoria, pues los declarantes no dan cuenta de los tiempos laborados con precisión, razón por la que solicita se tenga en cuenta el smlmv como remuneración sin excedentes salariales y que dicho criterio se extienda a los aportes pensionales.

Debe señalarse que el *a quo* determinó que inicialmente la demandante laboró de 6:30 a.m., a 2:00 p.m., y que luego se amplió la jornada laboral; además, estableció que aunque en la demanda se indique que trabajó 8 horas diarias, hizo uso de las facultades extra y ultra petita y procedió a liquidar las horas extras, días dominicales y festivos por todo el tiempo laborado, “*incluyendo aquellas horas que se trabajaron de más*”.

Se observa que en el hecho tercero y décimo tercero de la demanda (*fol.* 27-28) la actora alude que laboró en un horario de 6:30 a.m. hasta las 2:30 p.m., con una duración de 8 horas diarias, incluso domingos y festivos, es decir 56 horas semanales.

Al realizar el examen de la prueba testimonial recaudada en el proceso, no resulta palmario el trabajo suplementario de la demandante, pues Sandra Milena Cárdenas, indicó que la veía en las horas de la mañana; Luis Alberto Loaiza

Jaramillo, señaló que esporádicamente la observaba; Andrés Borja, desconoce el horario; y Juan Carlos Abril Puerto, no recuerda haberla visto en la tarde. De modo que, los únicos deponentes que manifiestan que la demandante laboró todo el día son Pascual Sánchez Patiño y Víctor García Ramírez los cuales fueron tachados por la convocada a juicio, por cuanto son cuñados de la demandante.

Ahora bien, la actora en la diligencia de interrogatorio señaló que en ocasiones Diana Rocío Borja Gutiérrez le solicitaba que hiciera sus turnos *“ella me pedía a mí los favores cuando tenía que salir, hacer una vuelta, o tenía que ir un domingo con el esposo a viajar o alguna cosa, siempre era yo la que le hacía los turnos”* dejando en evidencia que las labores se desarrollaban mediante el sistema de *“turnos”*, lo cual se acompasa con lo expresado en los hechos de la demanda enunciados previamente; además, concuerda con lo dicho de la convocada a juicio, quien puntualizó que la actora atendía en las horas de la mañana y ella en las horas de la tarde.

Lo anterior, permite colegir que ocasionalmente la demandante realizaba los turnos de la demandada Diana Rocío Borja Gutiérrez; sin embargo, no se precisaron de manera puntual dichas fechas, tampoco existen en el plenario elemento de convicción suficiente para establecerlas.

En consecuencia, no resulta procedente el reconocimiento de las horas extras, días dominicales y festivos por todo el tiempo laborado, **pues nótese que los mismos no fueron definidos, ni especificados plenamente**, ya que simplemente para su tasación el a quo indicó. *“incluyendo aquellas horas que se trabajaron de más”*, lo cual no resulta acertado, por cuanto no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para determinar el número probable del tiempo suplementario que estime trabajado, conforme lo ha precisado en reiteradas

oportunidades la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia No. SL9318-2016, Radicación N.º 45931<sup>2</sup>.

Así las cosas, resulta ineludible modificar la condena impuesta en primera instancia por concepto de diferencia en el pago de los salarios, prima de servicios, vacaciones, cesantías, interés a las cesantías e indemnización por la terminación del contrato sin justa causa, ya que al realizar las operaciones aritméticas en esta instancia el valor corresponde a **\$7.078.941<sup>3</sup>**.

### 3.- Indemnización por el no pago de las prestaciones sociales.

El artículo 65 del C.S.T, establece que el empleador debe pagar un día de salario por cada día de retardo en el pago de salarios y prestaciones sociales; sin embargo la Corte Suprema de Justicia, ha manifestado que, esta sanción no opera en forma automática e inexorable, pues debe adelantarse un examen del

*<sup>2</sup> “Aquí, es importante recordar, que 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. Lo anterior, brilla por su ausencia.”*

<sup>3</sup> Conforme la Liquidación anexa realizada por la Profesional Universitario Adriana María Suárez Torres, que a continuación se señala:

#### LIQUIDACION DIFERENCIA SALARIO PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES DEL 06/09/2013 AL 23/01/2015

DESDE	HASTA	BASICO	AUXILIO TRANSPORTE	DIAS AÑO	DIFERENCIA SAL498ARIO	PRIMA DE SERVICIOS	VACACIONES	CESANTIAS	INT. CESANTIAS	TOTAL
06-sep-13	31-dic-13	\$589.500	\$70.500	115	\$805.000	\$210.833	\$94.156	\$210.833	\$8.082	\$1.328.905
01-ene-14	31-dic-14	\$616.000	\$72.000	360	\$2.856.000	\$688.000	\$308.000	\$688.000	\$82.560	\$4.622.560
01-ene-15	23-ene-15	\$644.350	\$74.000	23	\$205.735	\$45.895	\$20.583	\$45.895	\$352	\$318.459
<b>TOTAL</b>					<b>\$3.866.735</b>	<b>\$944.728</b>	<b>\$422.740</b>	<b>\$944.728</b>	<b>\$90.994</b>	<b>\$6.269.924</b>

#### INDEMNIZACION POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA ARTICULO 64 CST

TIEMPO DE SERVICIO				498 DÍAS	
DIAS DE SALARIO INDEMNIZACION				37,6667	
SALARIO ENERO 2015				\$644.350	
<b>TOTAL INDEMNIZACION</b>				<b>\$809.017</b>	

comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso, y de la totalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, a fin de establecer si obró de buena fe al no pagar las acreencias laborales.

Al respecto, se puede consultar la sentencia SL1430-2018 Radicación No. 64946 del 25 de abril de 2018, donde la Corte Suprema de Justicia señaló:

*“Esta Sala de la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia ha sostenido de manera reiterada y pacífica que la indemnización por mora establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo no es de imposición automática, en la medida en que, dado su carácter sancionatorio, es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor, en aras de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su conducta omisiva y lo ubiquen en el terreno de la buena fe (SL8216-2016)*

*Igualmente, se ha puntualizado que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de dicha indemnización o de justificar la mora, dado que es su deber examinar las condiciones particulares de cada caso y con arreglo a ellas definir lo pertinente. Es decir que, además de que la sanción por mora no puede imponerse de manera automática e inexorablemente, tampoco puede excluirse o excusarse de manera mecánica, ante la presencia de ciertos supuestos de hecho, como es el caso en el que se discute la naturaleza jurídica del contrato de trabajo (CSJ SL 39695, 2 ago. 2011; CSJ 44218, 27 nov. 2012 y CSJ SL8077-2015, reiteradas en CSJ SL16884-2016)”.*

En el presente asunto se determinó que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 6 de septiembre del 2013 al 23 de enero del 2015, que la demandante devengó un salario diario equivalente a \$15.000.

Partiendo del supuesto de hecho anteriormente citado, la Sala entrará a analizar las pruebas aportadas al proceso para establecer si la convocada a juicio obró de mala fe como lo aduce la demandante, requisito exigido para el pago de la indemnización moratoria.

De manera que, del análisis en conjunto y crítico de las pruebas vistas en el plenario, se advierte que el comportamiento de la empleadora estuvo revestido de mala fe en contra de los intereses de la trabajadora, pues se observa que en el transcurso del vínculo laboral la pasiva canceló a la trabajadora un salario inferior al

smlmv, sin las prestaciones sociales a las que atendía derecho por desempeñarse como vendedora; es decir que la conducta asumida por la deudora avizora un comportamiento tendiente a menoscabar o evadir los derechos de la actora, razón por la cual la Colegiatura determina que es procedente la condena de la sanción por indemnización moratoria reconocida por la Juez de Instancia.

De conformidad con lo anterior, se impone confirmar la decisión de primera instancia, en cuanto condenó a la demandada al pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T.

#### 4.- Otras Determinaciones.

La Sala no pudo pasar inadvertido, que ante la modificación de las condenas, por concepto de salario y prestaciones sociales, **tal circunstancia es inescindible a la indemnización por la terminación del contrato sin justa causa**, pues esta **condena fue incluida** en el numeral segundo de **parte resolutive de la sentencia apelada** en la que dispuso: *“CONDENAR a Diana Rocío Borja Gutiérrez a pagar a favor de Ingrid Tatiana Hernández Hernández la suma de \$19.107.950, producto de la diferencia del pago de los salarios, prima de servicios, vacaciones, cesantías, interés a las cesantías e indemnización por la terminación del contrato sin justa causa.”*

De manera que, en aplicación del artículo 328 del CGP<sup>4</sup>, es ineludible precisar que la indemnización del artículo 64 del CST., reconocida por el *a quo* (*no fue motivo de apelación*) debe variar en su tasación, toda vez que se tuvo como salario el equivalente a \$1.263679, valor que fue modificado en esta instancia por el equivalente a un (1) smlmv.

---

<sup>4</sup> **ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR.** *El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.*

*Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.*

*En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.*

*El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella. (...)*

Por las mismas razones, también habrá de liquidarse la indemnización moratoria concedida por el *a quo*, conforme lo dispone el artículo 65 del C.S.T, inaugural, es decir el equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora, hasta que se efectuó el pago de salarios y prestaciones sociales, por cuanto la trabajadora devengó el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. De modo que, se modificará el numeral cuarto de la sentencia, en dicho aspecto.

De conformidad con lo anterior, se impone **MODIFICAR** la decisión apelada, con las precisiones advertidas.

**COSTAS.** Sin costas en esta instancia, al prosperar parcialmente el recurso de apelación. Al haberse modificado sustancialmente la condena impuesta en primera instancia, el *a quo* debe proceder de conformidad frente a las agencias en derecho.

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

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR los numerales SEGUNDO TERCERO y CUARTO** de la sentencia impugnada, los cuales quedaran así:

***SEGUNDO: CONDENAR a Diana Rocío Borja Gutiérrez a pagar a favor de Ingrid Tatiana Hernández Hernández la suma de \$7.078.941, producto de la diferencia del pago de los salarios, prima de servicios, vacaciones, cesantías, interés a las cesantías e indemnización por la terminación del contrato sin justa causa.***

***TERCERO: CONDENAR a Diana Rocío Borja Gutiérrez a pagar los aportes pensionales teniendo en cuenta el smlmv, durante la relación laboral ante la administrada de pensiones que elija la demandante y a través de cálculo actuarial.***

***CUARTO: CONDENAR a Diana Rocío Borja Gutiérrez a pagar a favor de la demandante Ingrid Tatiana Hernández Hernández el equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora, a partir de la terminación del contrato y hasta que se efectuó el pago de los salarios y prestaciones sociales, debido a que devengó el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.”***

**SEGUNDO:** Confirmar los demás numerales.

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia. Ante la modificación sustancial de la condena impuesta en primera instancia, el *a quo* debe proceder de conformidad respecto a las agencias en derecho.

**CUARTO:** Devuélvase por Secretaría el expediente al juzgado de origen, dejando las constancias de rigor.

Las partes se notifican en ESTRADOS.

Los Magistrados

**JULIO ENRIQUE MOGOLLÓN GONZÁLEZ**  
**FANNY ELIZABETH ROBLES MARTÍNEZ**  
**MARÍA ISBELIA FONSECA GONZÁLEZ**