TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso Ordinario
Radicación No. 25875-31-03-001-2018-00268-01
Demandante: **JAIME MANRIQUE CARREÑO**
Demandado: **EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SAN FRANCISCO SAS ESP**

A las nueve y media de la mañana (9.30 am) del día veinte (20) de agosto de dos mil veinte (2020) hora y fecha programada, se profiere la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Se deciden los recursos de apelación presentados por las partes contra la sentencia de 1º de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Villeta.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

JAIME MANRIQUE CARREÑO demandó a la **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLCIOS DE SAN FRANCISCO S.A.S. E.S.P.,** para que previo el trámite del proceso ordinario se declarara la existencia de varios contratos de trabajo entre las partes, en el lapso comprendido entre el 01 de octubre de 2012 y el 1° de enero der 2018; en consecuencia se condenara a la accionada pagar prestaciones sociales de todos el tiempo servido, en las sumas que relaciona por cesantías, intereses, primas de servicios, vacaciones, subsidio de transporte, dotaciones, indemnizaciones por despido, moratorias por no consignación en el fondo de cesantías, por no pago de salarios y prestaciones sociales; aportes a seguridad social integral, *"…todos los derechos que el señor juez encuentre probados en el desarrollo del proceso…"*, y costas.

Como fundamento de las peticiones, expuso que laboró para la empresa demandada, en el cargo de RECOLECTOR DE BASURA Y MANTENIMIENTO DE CALLES, en el servicio de mantenimiento de las vías urbanas y rurales, siendo las labores permanentes de aseo, mantenimiento y reparación de las redes de alcantarillados sanitario y pluvial, colectores, cárcamos, pozos de inspección de aguas lluvias y servicios al caso Urbano del Municipio de San Francisco, barrido y limpieza de calles, entrega de

facturación área rural y recolección de residuos sólidos; en horario de trabajo de lunes a viernes desde las 6:00 a.m. hasta las 5:00 p.m. con una hora de almuerzo; celebró con la demandada los contratos que enuncia en el hecho 3.3. (fls. 35 y 36), devengando los salarios que relaciona en el hecho 4 (fls. 36 y 37); sin que la demandada durante todo el tiempo de prestación de servicios le reconociera las acreencias que reclama con esta acción; presentó renuncia al cargo por motivos atribuibles a la accionada –despido indirecto- (fls.29 a 47). Demanda admitida el 30 de enero de 2019 (fl. 81).

Si bien la **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DE SAN FRANCISCO S.A.S. E.S.P.**, descorrió el traslado de la demanda con escrito de folios 121 a 131, con auto de 7 de junio de 2019, de inadmitió la contestación y se concedió el término de ley para que se subsanará la misma (fl. 132); sin que la empresa demandada hubiere dado cumplimiento a ello, por lo que con auto de 18 de julio de 2019 se tuvo en cuenta tal situación (fl. 133).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Civil del Circuito de Villeta, mediante sentencia de 1 de octubre de 2019, declaró que entre las partes existieron varios contratos de trabajo vigentes entre el 2012 y el 2018, condenó a la EMPRESA DE SERVIICOS PÚBLICOS DE SAN FRANCISCO S.A.S. E.S.P., pagar a favor del accionante las sumas de $4.470.661 por cesantías, $436.787 por intereses a las cesantías, $4.470.661 por prima de servicios, $2.235.316 pro vacaciones, $35.000.000 por indemnización por no pago de cesantías; un día de salario respecto del último salario mensual devengado por el demandante ($1.206.000) por cada día de retardo en el pago de las prestaciones sociales debidas, contados a partir del momento de la cesación de las labores por parte del actor (1° de enero de 2018), hasta el día que se cubran las condenas impuestas, sin sobrepasar el término de 24 meses, luego de los cuales se comenzarán a cobrar intereses moratorios, conforme a la Superintendencia Financiera, hasta que el pago se verifique; consignar en Colpensiones o en el fondo de pensiones que elija el demandante, el valor correspondiente, por concepto de aportes para pensión, en los términos ordenado en la parte pertinente de esta sentencia; denegó las demás pretensiones y, le impuso costas a la accionada (Cd. y acta, fls.180 y 181).

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

DE LA PARTE DEMANDANTE: manifestó su descontento, en los siguientes términos:" *Frente a la sentencia interpongo el recurso apelación única y exclusivamente en cuanto a lo que hace referencia del subsidio de transporte. PETICIÓN: Se sirvan señores tribunal adicionar a la sentencia en el sentido de que se sirva incluir el subsidio de transporte dentro de las condenas solicitadas en la demanda. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO: Como primera medida el subsidio de transporte está encaminado a aquellas personas que devengan menos de dos salarios mínimos y deben de ser pagados al trabajador, por tal razón en vista de que se probó que el salario que devengaba del aquí demandante era inferior a la suma de los dos salarios mínimos pues el subsidio de transporte es procedente para el presente asunto y en vista de que no se ha acreditado el pago del mismo, pues debe ser condenado el demandado al pago de subsidio de transporte durante el término de la vigencia de la relación laboral y debe ser condenado al pago de ese subsidio de transporte en cada uno de los meses que dejó de sustraerse en el pago de dicho salario. La norma de subsidio de transporte contempla que son para trabajadores que devenguen hasta dos salarios mínimos; en el presente caso está acreditado dicha situación y debe condenarse a esa misma. Por lo tanto ruego a su despacho adicionar la sentencia; el resto estoy conforme con la decisión pero debe adicionarse en este aspecto para que sea condenado solamente únicamente sobre el subsidio de transporte que es el objeto de la adición que solicitó…"*

DE LA PARTE ACCIONADA: Sustentó su inconformidad con la decisión, así: *"…Interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida el día de hoy (...) por medio de la cual este despacho declaró la existencia de un contrato laboral y también respecto de las condenas que fueron establecidas en la decisión de primera instancia. Como primera medida debemos señalar que efectivamente se probó a lo largo del proceso, que la relación contractual existente entre Señor JAIME MANRIQUE y mi representada una relación contractual regirá por lo establecido en los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993. De igual manera debemos señalar que nos oponemos a las interpretaciones efectuadas por el despacho de primera instancia, en el sentido de que la entidad que represento a lo largo del proceso señaló y probó que no se configuraban los elementos necesarios para lograr establecer una relación de naturaleza laboral toda vez que dentro a las alegaciones se señalaron las incongruencias que se presentaron los testimonios de los presentes, dado que el señor AMAYA no logró demostrar cuáles eran las tareas permanentes del aquí actor, el horario en que lo cumplía y los días y la periodicidad y permanencia del mismo en el tiempo. Asimismo, este señaló que la recolección de basura se hacía los lunes los días lunes y miércoles y los barridos se hacían los días sábados esporádicamente o en ocasiones; al interrogar al Señor AMAYA con relación a la existencia de la subordinación o retribución, manifiesta que no le consta y con relación a la subordinación manifiesta que el demandante le comentaba pero que éste nunca vio nada. Ahora bien, frente al testimonio de RAMIRO DAZA este es evidentemente contradictorio con lo testificado por el señor AMAYA puesto que éste indica que el demandante prestaba de servicios de recolección de basura de lunes a sábado de manera inicial luego rectifica y habla de los días lunes martes y miércoles y que algunos días como jueves y viernes recolectaba basura; lo anterior permite concluir que los testigos, que nos encontramos frente a testigos de oídas que no tienen certeza de las actividades que eran ejercidas por él aquí actor. Así las cosas de las pruebas obrantes en el expediente se puede concluir que en el presente asunto no se configuró relación de naturaleza laboral, pues con relación a la prestación del servicio el señor JAIME MANRIQUE no realizaba labores permanentes, pues las labores objeto de los contratos de prestación de servicios se desarrollaban ocasionalmente ya que la misma sólo decía programas de mantenimiento y reparación en caso de daño, reparto de factura bimestral que no requiere intervención diaria por parte del contratista; asimismo de los testimonios se puede evidenciar que la recolección de basura se realizaba en uno o dos días a la semana según el cronograma de la entidad, lo mismo sucede con la entrega de facturación para lo cual se requería aproximadamente una semana cada dos meses en la cual la persona encargada cuenta con autonomía para realizar el recorrido de entrega de dicha documentación, esto en relación a la presunta existencia de horarios. Del anterior, se puede evidenciar que las actividades objeto de los contratos de prestación de servicios celebrado entre el señor JAIME MANRIQUE CARREÑO y la entidad que representó no gozan de vocación de permanencia por lo cual queda claro que la prestación personal del servicio no sea de manera permanente. Con relación a la remuneración respectiva y especialmente a los valores que se cancelaran al señor JAIME* MANRIQUE CARREÑO *fue la retribución como consecuencia de servicio prestado; el hecho de que se pagará mensual nos lleva a concluir ipso facto que él mismo se denomina como salario y más cuando fueron las mismas partes del contrato de prestación del servicio las que pactaron que el pago del mismo se realizaría de forma mensual. Con relación a la subordinación no se encuentra dentro del expediente un elemento probatorio contundente que acredite la dependencia o subordinación en el desarrollo del servicio por lo que no se puede probar en forma incontrovertible los tres elementos de la relación laboral; pues de conformidad con el objeto del contrato y las obligaciones pactadas por las partes, no se desprende de manera directa que la labor desarrollada por el demandante debía ser ejecutada de manera subordinada y permanente; debe indicarse a propósito de la existencia de un contrato civil en*

ningún caso implica que esté prohibido el uso de instrucciones o el ejercicio de control y supervisión del contratante sobre el contratista, desde luego que tampoco la sola existencia de estos nos permite concluir de manera automática la existencia de un contrato de trabajo. Por otro lado, cabe mencionar que el a quo no valoró adecuadamente los contratos de prestación de servicios, pues no analizó de forma especial la naturaleza, las funciones contratadas, pues de las mismas se puede concluir que es inherente a ellas la vigilancia control y supervisión dado que la actividad contratada conlleva temas de salubridad pública; razón por las cuales es más que claro que debía existir una coordinación en cuanto a la fijación de un cronograma que permitirá garantizar el interés general del Municipio de San Francisco Cundinamarca. Por lo anterior, es claro que las instrucciones que se le daban al contratista debe ser analizada según su contexto del servicio público que se encuentran cabeza de la entidad que representa y no deben ser analizadas por el mismo día y que la denominación y contenido el contrato a su desarrollo y, el tipo de instrucciones que se emitieron dentro del mismo no pueden ser consideradas de orden laboral. Igualmente debe se debe aclarar que de hecho que dentro del objeto del contrato se haya pactado la destinación de horas para prestar el servicio no puede constituirse en elemento de subordinación que desnaturaliza el contrato de prestación de servicios. Por tal razón resulta aceptable que el contratante imponga ciertas condiciones para garantizar el cumplimiento del objeto contractual.

Ahora bien, conviene señalar que en el presente proceso durante el trámite de proceso, el a quo desconoció las reglas de intervención de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y el MINISTERIO PÚBLICO señalados en el artículo 612 del CGP y el artículo 277 de la Constitución Política respectivamente, las cuales son indispensables en el presente caso pues la parte demandada es una entidad pública tal como se indicó en el incidente de nulidad del 26 de agosto de 2019; de igual manera considero que la actuación desplegada en el presente asunto vulnera el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 nuestra Carta Política desconociendo lo estipulado sus artículos 24, 33, 75 y 76 del Decreto 262 del 2000, el Instructivo 73 del 12 de agosto 2013 de la Procuraduría Delegada para Asuntos de Trabajo la Seguridad Social y la Circular Externa 06 por medio de la cual la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO solicita a los despachos judiciales del país, remitir el auto admisorio de la demanda y la demanda al buzón electrónico de esta AGENCIA para efectos de surtir en derecho la correspondiente notificación de qué trata el artículo 602 de la ley 1474 2012. Igualmente considera suscrita apoderada que la actuación del a quo genera una violación directa al debido proceso tal como lo señaló la honorable CSJ en sentencia del 11 de Julio 2018 dictada dentro del proceso radicado 26 27 89 el cual indicó "En la audiencia de trámite celebrada el día 14 de agosto 2017 en el cual se practicó la prueba supletoria testimonial es evidente la inasistencia del Ministerio Público en la citada diligencia y la razón es obvia, pues no fue citado a la diligencia, como tampoco fue convocado al proceso; pues a pesar de que en el auto admisorio de la demanda del 14 de octubre 2006 se ordena notificar personalmente al Personero Municipal, esta diligencia de notificación nunca se cumplió; la comparecencia al Ministerio Público en este acto procesal, no es simplemente formal por el contrario la norma requiere para que las para que haga las preguntas que estime conveniente y vigile que el testimonio se recibió con todas las formalidades y requisitos legales, participación que tiene como fundamento el numeral 7° del artículo 77 de la Constitución que atribuye al Procurador General de la Nación la función de intervenir directa o a través de sus delegados o agentes en las actuaciones judiciales en defensa del ordenamiento jurídico los derechos y garantías fundamentales y el patrimonio público, en concordancia con los artículos 16 y 74 del CP; es decir se omitió la notificación de un sujeto procesal legitimado constitucional y legalmente para intervenir la actuación judicial, más tratándose de aquéllas donde el legislador establece expresamente su comparecencia y participación en la práctica de pruebas. En consecuencia los vicios que ya se dejaron resaltados con anterioridad y que aparecen insertos en la decisión cuestionada, son lo suficientemente graves como para encontrar acomodado las causales en las que apoya el recurso de revisión que supone la imposición de un gravamen periódico a una entidad pública con la violación del debido proceso y ahí que se configura la causal prevista en el artículo 20 de la ley 797 de 2003 y alegadas por el Ministerio Público, por lo que se ordena la invalidación de la sentencia emitida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería del 18 de junio 2009, por lo cual confirmó en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida el 17 de abril de 2008 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cerete"*. Por tal razón solicitó al juez de segunda instancia se sirva estudiar de oficio la nulidad del proceso en los términos señalados en el memorial radicado el día 26 de agosto 2019, por considerar que el presente asunto se configura una nulidad supralegal o constitucional fundamental en el debido proceso en el artículo 21 (sic) de la constitución política, la cual resulta ser insaneable (sic).*

Por último, es menester señalar al a quo que se desconoce que se desconoce en el presente asunto al demandante perdió el derecho a reclamar las acreencias laborales causadas con anterioridad al 28 noviembre 2015 por el fenómeno de la prescripción, resulta reprochable el hecho que transcurrido siete años el demandante pretende que sean reconocidos derechos laborales cuando tuvo la oportunidad de hacerlo tan pronto evidenció que presuntamente se configuran los elementos del contrato laboral por ende, consideró que esta instancia judicial de analizar dicho fenómeno, teniendo en cuenta que la prescripción

constituye una sanción frente a la inactividad del interesado, el fin esencial de la misma está íntimamente ligado a que no generen la situación perpetua pues no puede en este caso la entidad que representó, … estar supeditada a la voluntad del demandante porque ello violaría su derecho al debido proceso y al interés de la propia administración a que los procesos concluyan; así las cosas que la …considera que las pretensiones incoadas por el señor, por el actor no tienen vocación de prosperidad. Solicito se tenga en cuenta el fenómeno jurídico la prescripción, pues es claro que en el presente asunto a la parte demandada es una, es una entidad que maneja recursos públicos y beneficiar al demandante con su propia negligencia conllevaría comprometer recursos públicos y desconocer la protección del patrimonio público. En estos términos sustento mi recurso de apelación…".

IV ALEGATOS DE CONCLUSION:

La apoderada de la entidad demandada, reiteró sus argumentos de apelación, mencionando en términos generales, en su sentir, el desconocimiento por parte de *a quo* de las reglas de intervención de "*…la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y en especial la del Ministerio Publico, señaladas en el artículo 612 del C.G.P y en el artículo 277 de la Constitución Política respectivamente, las cuales son indispensables en el presente caso pues la parte demandada es una Entidad Pública tal como se indicó en el incidente de nulidad presentado el día 26 de agosto de 2019…";* aludiendo al numeral 8 del artículo 133 del CGP; al artículo 74 del CPT y SS, a los artículos 610 al 612 del CGP. Expone que del auto del 30 de enero de 2019, se puede evidenciar que el a quo estableció la relación procesal únicamente entre demandante y demandado, desconociendo que la demandada es una entidad pública, constituida mediante escritura pública No. 199 del 8 de mayo de 2010 de la Notaria Única de San Francisco Cundinamarca, cuyo capital está conformado por un 51% por aporte municipal y el 49% por un aporte de capital privado, lo que lleva a concluir que en el presente asunto la naturaleza de la entidad demandada es una empresa de servicios públicos mixta conforme lo señalado en el numeral 14.6 del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, la cual se entiende como una entidad pública descentralizada tal como lo señaló el Consejo de Estado, sala de Consulta y Servicio Civil, C. P. ENRIQUE ARBOLEDA PERDOMO, mediante concepto dictado dentro del radicado No. 11001030600020070002000 (1815), el día 26 de abril de 2011. Hace alusión igualmente a lo indicado el H. Tribunal Superior del Distrito de Pereira, Sala Laboral, Magistrado Ponente: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, sentencia del día 01 de junio de 2016. Considera que se configura la nulidad a que hace referencia el numeral 8º del artículo 133 del CGP e igualmente se configura una nulidad supralegal o constitucional fundamentada en la violación del debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política, por haberse omitido la vinculación y notificación a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO y al MINISTERIO PUBLICO, lo que conlleva a que sea una nulidad de carácter insanable, además que se violó el debido proceso y el derecho a la defensa. Asimismo, solicita se revoque la decisión, toda vez que, en su sentir, con las pruebas no se logró demostrar los elementos constitutivos del contrato de trabajo: alude que los testimonios recopilados, no aportan los elementos probatorios necesarios que acrediten la subordinación. Con relación a las condenas impuestas, precisa que se deben revocar toda vez que no se configuró contrato laboral que la condena es desproporcionada con relación Indemnización por no pago de consignación de cesantías establecida en el artículo 99 numeral 3 de la parte final de la Ley 50 de 1990 y la indemnización moratoria a que alude el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, Reitera *"…como petición especial solicita estudiar* ***de oficio la nulidad planteada dentro del todo trámite procesal****, igualmente solicito que en el evento de que esta instancia considere que entre JAIME ENRIQUE CARREÑO y la EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE SAN FRANCISCO si se configuró una relación laboral solicito respetuosamente se sirva estudiar de oficio la excepción de caducidad por las razones que expondré a continuación: Al revisarse los contratos de prestación de servicios que obran como prueba en el plenario, se desprende que los mismos tuvieron vigencia en los siguientes periodos (los cuales relaciona), deduciendo que entre la celebración de uno y otro hubo soluciones (sic) de continuidad por 6, 10, 15, 24 dias, un mes y otro por 7 meses, impidiendo que se predique la unidad contractual, considerando que si se aceptara la existencia de una relación laboral dicha supuesta relación desencadenaría en 6 contratos por lo que las únicas reclamaciones procedentes serian unos contratos y los otros estarían afectados por el fenómeno de la caducidad…*También menciona que si se realizó la contestación de la demanda en tiempo, sin embargo se repite, por una irregularidad netamente formalista o ritualista, el a quo *"…consideró que la misma debía ser subsanada, aspecto que no se pudo cumplir en su momento debido a inconvenientes presentados al momento de consultar el proceso y el estado donde se fijó el auto que inadmitió la contestación de la demanda; errores esto que si bien son producto de un error humano que en el ejercicio*

de esta profesión puede incurrir cualquiera, no significa se pueda ser un justificante valido para que el a quo endilgue que existió mala fe en el actuar de mi representada y mucho menos es aceptable que como consecuencia de ello se sancione al pago de unas sanciones de las cuales no es merecedora…", que asumir dicha situación procesal como de mala fe, seria imponerle una doble sanción sobre un mismo hecho, esto es, la sanción probatoria a que se tuvo que enfrentar por la no contestación de la demanda y por otro lado la mala fe que el a quo le endilgó para justificar la condena de las indemnizaciones por no pago de cesantías y la indemnización moraría todo lo cual, violaría el principio de non bis in ídem. Que existió extralimitación del Juez en la interpretación de lo que se entiende por mala fe, haciendo alusión a sentencia (CSJ, Cas. Civil, sent. abr. 17/98. Exp. 4.680. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles).

Por su parte el apoderado del demandante*,* manifiesta que los alegatos presentados por la demandada no están llamados a prosperar con solicitudes de nulidad, una cosa es una nulidad y otra muy diferente, un alegato de conclusión, son 2 cosas diferentes, que en los alegatos pretende plantear una supuesta nulidad, las cuales son taxativas y deben alegarse en instancia. La nulidad que no es alegada en tiempo es saneada., además que se deben revisar las actuaciones procesales que hubo durante el curso del proceso, como la no contestación de la demanda y la inasistencia y las consecuencias procesales de no asistir a la audiencia de conciliación. Lo que acarrea el artículo 77 del CPL y sus consecuencias, por esa razón, los alegatos deben de basarse sobre argumentos en el que gire en la alegación de partes de la apelación, mas no para corregir errores en los que haya incurrido el demandado en su estrategia de defensa; que se pretenden subsanar errores que no se hicieron en el curso del proceso y no es esta la instancia para subsanarlos. Asimismo, refirió que dentro del proceso, se establecieron los elementos del contrato de trabajo y los alegatos que presenta la apoderada no son de recibo porque transcribe, pero no completas, además que los alegatos no se hicieron para transcribir las audiencias. Las falencias de la entidad no se pueden subsanar con alegatos, por tal motivo la presunción del artículo 34 (siv), esa comprobación de los 3 elementos del contrato de trabajo, esa sentencia C-154 de 1997 ya va a cumplir más de 23 años y las entidades públicas siguen cometiendo el mismo error, que en su concepto, es más que se benefician del error, por eso, hay que entrar a sanear ese error accediendo a las pretensiones y confirmando el fallo impugnado, que no es permisible que la entidad no haya ejercido ningún derecho de defensa en la que no contestó la demanda, en la que no asistió a la audiencia, en la que conociendo las consecuencias procesales no hizo ejercer su derecho de defensa, que debe asumir las consecuencias de los errores, y solicita se confirme la decisión de primera instancia.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con la obligación legal de sustentar el recurso de apelación y el principio de consonancia previsto en el artículo 66A del CPTSS, la Sala procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad.

Es de precisar que la finalidad de la fase de presentación de alegatos de conclusión en segunda instancia, es la oportunidad para reafirmar o profundizar los argumentos respecto de las iniciales desavenencias formuladas al interponer el recurso de apelación contra la respectiva sentencia, más no para presentar nuevos reparos o diferentes motivos de inconformidad a la decisión; como lo hace la parte demandada al señalar en sus alegaciones, otros aspectos que no fueron mencionados al interponerse la alzada, y que por ende no pueden ser tenidos en cuenta en esta oportunidad.

Así, atendiendo los motivos o aspectos señalados por los recurrentes, la controversia en esta instancia, resulta en determinar, si: *(i)* se presenta la nulidad invocada por la parte accionada, considerando que se vulneró el debido proceso ante la omisión de notificación a la AGENCIA NACIONAL DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y al MINISTERIO PÚBLICO; (ii) se configuran los elementos del contrato de trabajo entre las partes; de ser afirmativo dicho cuestionamiento, *(ii)* hay lugar a elevar condena en los términos que lo hizo la falladora de instancia; *(iii)* procede el reconocimiento del subsidio de transporte que reclama el accionante y*; (iv)* es factible dar aplicabilidad a la prescripción en los términos indicados por el ente demandado.

Sobre el primer aspecto, solicita la apoderada de la entidad demandada y lo reitera en los alegatos de conclusión *"…estudiar de oficio la nulidad del proceso … en los términos señalados en el memorial radicado el día 26 de agosto 2019, por considerar que el presente asunto se configura una nulidad supralegal o constitucional fundamental…";* como quiera que *"…no le era permito a este despacho continuar con las etapas procesales siguientes sin la intervención de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y el MINISTERIO PÚBLICO…"* y que resultan ser los mismos sustentos aquí esgrimidos; debe precisarse que, respecto a la nulidad formulada ya se pronunció el *a quo* mediante proveído de 23 de septiembre de 2019, rechazándola de plano; decisión que fue notificada por anotación en estado del día siguiente 24 del mismo mes y año, como se advierte de la constancia de folio 170; y sobre la que guardó silencio la aquí apelante, considerándose con su actuación que estaba de acuerdo con lo allí decidido ya no formuló recurso alguno; por lo que no puede volver a plantear la misma situación en aras de buscar un pronunciamiento favorable a sus intereses, como quiera que la determinación se encuentra en firme constituyéndose en ley para las partes; surgiendo evidente de su intervención, el propósito de querer revivir términos y actuaciones que se dejaron de cumplir por la inactividad procesal de dicha parte.

No obstante, pasando por alto lo anterior y en gracia de discusión, debe decirse que lo alegado por la recurrente demandada no encuentra soporte alguno; téngase en cuenta que la citación o intervención de la AGENCIA NACIONAL DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO está dada para aquellos procesos en los cuales se encuentre vinculada una entidad pública, pero no cualquiera de aquellas como lo entiende la apelante, sino las del orden Nacional, o también para asuntos en los que la Nación deba

intervenir o se encuentre involucrada como parte, bien como accionante o accionada; entonces, al no estar atada procesalmente la Nación en este proceso y ser la accionada –EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE SAN FRANCISCO- entidad de derecho público del orden municipal, la vinculación de la citada Agencia, no resultaba obligatoria. Téngase en cuenta que conforme el parágrafo del artículo 5º de la Ley 1444 de 4 de mayo de 2011, el propósito de creación de dicha Unidad es defender y proteger los intereses litigiosos de la nación; entendidos como aquellos *"…a) en los cuales esté comprometida una entidad de la Administración Pública del orden nacional por ser parte en un proceso.- b) los relacionados con procesos en los cuales haya sido demandado un acto proferido por una autoridad pública o un órgano estatal del orden nacional, tales como leyes y actos administrativos, así como aquellos procesos en los cuales se controvierta su interpretación o aplicación.- c) aquellos relacionados con procesos en los cuales se controvierta una conducta de un servidor público del orden nacional.- d) aquellos relacionados con procesos en el orden regional o internacional en los cuales haya sido demandada la Nación.- e) Los demás que determine el Consejo Directivo de esta Agencia dentro de los lineamientos y prioridades señalados por el Gobierno Nacional…";* y el artículo 3º del Decreto 4085 de 2011; determinó entre las actividades que comprenden esa defensa jurídica del Estado aquellas relacionadas con *"…iv), la participación en procesos judiciales o administrativos en los que la Nación o las entidades públicas del orden nacional sean parte demandante o demandada o deban intervenir…";* participación que fue regulada en el Código General del Proceso (Ley 1564 del 12 de julio de 2012) y reglamentada en el Decreto 1365 de 2013; última norma, que en los artículos 1º, 2º señaló que la intervención de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado sería en aquellos procesos que se tramitaran ante cualquier jurisdicción, siempre que en ellos se controviertan intereses de la Nación; no siendo ese el caso del presente proceso.

Igual sucede frente a la citación del MINISTERIO PÚBLICO, pues conforme el numeral 7° del artículo 277 de la C.P., el Ministerio está plenamente habilitado para intervenir en los proceso y ante las autoridades judiciales o administrativas *"…**cuando sea necesaria** en defensa del orden jurídico, del patrimonio público o de los derechos y garantías fundamentales…";* por tanto, no podemos concluir que su comparecencia sea obligatoria como lo entiende la recurrente, obsérvese como el artículo 16 del CPTSS, determina que *"…el Ministerio Público **podrá** intervenir en los procesos laborales de conformidad con lo señalado en la ley…"*; reiterándose que esa posibilidad de intervención de dicho ente de control, se da cuando el ministerio público así lo considere necesario, sin que se hubiese advertido

esa necesidad en el presente asunto; por consiguiente no se observa vulneración alguna al debido proceso ni de otro derecho de rango constitucional o legal; además, recuérdese que la entidad demandada se encuentra representada por profesional idóneo, que ha intervenido en el trámite procesal de acuerdo a su consideración y; sin que las acciones u omisiones de dicho representante judicial permiten inferir que el trámite del presente proceso no se encuentra ajustada a los lineamientos procedimentales, dispuestos para el efecto. Aunado a lo anterior, y por si lo señalado no fuere suficiente, se advierte que la apoderada recurrente no se encontraba legitimada para solicitar la declaratoria de nulidad, atendiendo lo previsto en el inciso tercero del artículo 135 del CGP aplicable por autorización del apartado 145 del CPTSS, ya que la misma solo puede ser alegada por la persona afectada por la falta de notificación.

En cuanto al otro motivo de reparo, esto es que no se configuran los elementos del contrato de trabajo, debe observarse que si bien la demandada es una entidad pública, constituida como una sociedad por acciones simplificada, de naturaleza mixta, según el numeral 6° del artículo 14 de la Ley 142 de 1994, y la Escritura Pública No. 199 de 8 de mayo de 2010 (fls. 146 a 165); las personas que le prestan sus servicios, son trabajadores particulares sometidos a las normas del CST, de conformidad con lo establecido en el artículo 41 ibídem -Ley 142 de 1994- *"por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".*

Así, el artículo 23 del CST, consagra los elementos esenciales del contrato de trabajo tales como la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación o dependencia, y el salario, respecto a la subordinación y dependencia, se debe tener en cuenta que el artículo 24 del C.S.T., consagra la presunción consistente en que *"Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo",* la cual puede ser desvirtuada con la demostración del hecho contrario al presumido. Igualmente, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecidas por los sujetos de la relación de trabajo, consagrado en el art 53 de la CP, el juez debe darle primacía a los que se deduce de la realidad y no de las formas, es decir, documentos elaborados por las partes.

En el presente caso, se tiene que el ente accionado acepta la prestación personal del servicio por parte del demandante; pues la representante legal en el informe rendido bajo juramento, admitió que el actor fue contratado por la empresa mediante *"…contratos de prestación de servicio …",* discriminando en la relación que hace de éstos, número de contrato, objeto, fecha de inicio y fecha de finalización (fls. 176 a 179); igualmente con comunicación de 20 de abril de 2018, expidió al demandante copia de los "…Contratos 2012-2017…" (fl. 2); siendo éstos los CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS PERSONALES, cuyo objeto en cada uno es *"…realizar labores propias a la naturaleza de Alcantarillado y Aseo (mantenimiento y reparación de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial, colectores, cárcamos, pozos de inspección de aguas lluvias y servidas al casco Urbano del Municipio de San Francisco, barrido y limpieza de calles, entrega de facturación área rural municipio y Recolección de residuos sólidos) bajo la supervisión del Gerente de EMSERPSAFRA S.A.S. E.S.P…."* celebrados: ***(i)*** el 1° de octubre de 2012, con duración de 3 meses, para por valor de $ 2.430.000.oo, pagaderos en cuotas mensuales de $810.000.oo (fls. 3 y 4); ***(ii)*** el firmado el 10 de enero de 2013, por el término de 10 meses, por valor de $8.325.000.oo, con cuotas mensuales de $832.500.oo (fl.5 y 6); ***(iii)*** de fecha 5 de noviembre de 2013, por 2 meses, por valor de $1.6665.000.oo, pagaderos de $832.500.oo al mes (fl. 7 y 8); ***(iv)*** el celebrado el 2° de febrero de 2015, por 11 meses, por valor de $11.000.000.oo, pagaderos en cuotas mensuales de $1.000.000.oo (fls. 11 y 12); ***(v)*** el No. 002 2016 celebrado el 5 de febrero de 2016, con duración de 11 meses, por valor de $13.266.000.oo, pagaderos en cuotas de $1.206.000.oo mensual (fls. 13 y 14); ***(vi)*** el No. 005 DE 2017 celebrado el 20 de enero de 2017, con duración de 3 meses, con terminación el 19 de abril de 2017, por valor de $3.618.000.oo, pagaderos en cuotas de $1.206.000.oo mensual (fls. 15 y 16); ***(vii)*** el No. 009 2019 celebrado el 20 de abril de 2017, con duración de 3 meses, con terminación el 19 julio de 2017, por valor de $3.618.000.oo, pagaderos en cuotas de $1.206.000.oo mensual (fls. 17 y 18); ***(viii)*** el No. 012 DE 2017 celebrado el 26 de julio de 2017, con duración de 3 meses, con terminación el 25 de octubre de 2017, por valor de $3.618.000.oo, pagaderos en cuotas de $1.206.000.oo mensual (fls. 19 y 20); ***(ix)*** el No. 018 DE 2017 celebrado el 1° de noviembre de 2017, con duración de 2 meses, con terminación el 31 de diciembre de 2017, por valor de $2.412.000.oo, pagaderos en cuotas de $1.206.000.oo mensual (fls. 21 y 22) y; ***(x)*** el **CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO**, de 6 meses, celebrado el 16 de enero de 2014, con un salario mensual de $616.000.oo, en el que se indica como funciones a realizar las de **OPERARIO**, debiendo ejecutar *"…labores*

propias a la naturaleza de la labor de Alcantarillado y Aseo (mantenimiento y reparación de las redes de alcantarillado sanitario y pluvial, colectores, cárcamos, pozos de inspección de aguas lluvias y servidas al caso Urbano del Municipio de San Francisco, barrido y limpieza de calles, entrega de facturación área rural municipio y recolección de residuos sólidos y demás funciones que le sean asignadas en razón a la naturaleza del cargo…" (fl. 9 y 10).

En este orden, al admitir la parte accionada la prestación personal del servicio del demandante en la ejecución de las labores de alcantarillado y aseo, se debe tener por demostrado el contrato de trabajo entre las partes en aplicación de la presunción establecida en el artículo 24 del CST; pues si bien la misma –la presunción- puede ser desvirtuada por la parte demandada acreditando que la prestación de servicios se hizo de manera independiente y autónoma; como se alega por la pasiva, no fue lo evidenciado en el presente asunto tal y como lo concluyó la juez.

Pues la entidad accionada no destruyó dicha presunción, nótese que la misma celebró contrato de trabajo a término fijo de seis meses el 16 de enero de 2014 (fls. 9 y 10), para desempeñar el accionante las mismas labores que se determinaron en los restantes contratos firmado denominados de prestación de servicios, sin que se advierta situación particular alguna para establecer diferencia entre uno y otro; además contrario a lo referido por la demandada, del medio de testimonial lleva a colegir que el accionante cumplía horario determinado por la accionada, debía avisar y solicitar autorización para ausentarse o no prestar el servicio y que ejercía las labores de manera constante; sin que se vislumbre en este caso, la independencia, autonomía e iniciativa por parte del contratista en la gestión encomendada, menos aún el carácter temporal que pregona la demandada y que son las características fundamentales de una vinculación como la que alega la pasiva se dio entre las partes, de PRESTACIÓN DE SERVICIOS; pues para el ejercicio de su actividad, el actor debía atenerse a lo que dispusiera la entidad.

Téngase en cuenta que los testigos JOSÉ ORLANDO AMAYA ORDUZ, RAMIRO DAZA CAICEDO y WILLIAM ANDRES VARGAS RODRIGUEZ, los dos primeros en su condición los conductores de las volquetas en las que se hacía la recolección de los residuos sólidos, trabajadores del Municipio de San Francisco, y el tercero actual concejal del ente territorial, fueron coincidentes en señalar que el actor se dedicaba a la

recolección de basura, actividad que inicialmente se hacía los días lunes a miércoles pero que posteriormente, al ampliarse la cobertura de prestación del servicio a la zona rural del municipio, se ejecutaba incluso hasta los días sábados en ocasiones, en horarios que comprendían desde las 6:00 a.m. a 5:00 p.m., que en festividades y temporadas especiales como ferias, eventos equinos, navidad, etc., la actividad podía desarrollarla desde las 4:00 de la mañana, sábados, domingos y lunes festivos; igualmente realizaba labores de alcantarillado como destapar cárcamos, limpiar las cajas del alcantarillado y; entregaba facturas de servicios públicos, cada dos meses; que para ausentarse por cita médica o cualquier otra eventualidad tenía que pedir permiso al Gerente, y era éste y la secretaria quienes le impartían órdenes e instrucciones; lo que hace evidente la falta de autonomía e independencia en el desarrollo de las actividades del actor, tornándolas en subordinadas y dependientes.

Ello, ya que JOSE ORLANDO AMAYA, dijo haber sido compañero de trabajo del accionante entre el 2012 y 2016 -17, porque *"…nosotros les colaboramos en la recogida de basuras, prestación de las volquetas…"*, el accionante laboraba en la empresa demandada *"…nosotros recogíamos basuras desde las 6:00 am más o menos pues nosotros nos íbamos con el viaje de basura y volvíamos otra vez, hacíamos doble viaje estábamos saliendo como a las 5:00 de la tarde…";* que esa función se hacía los lunes, martes y miércoles *"…como la alcaldía prestaba las volquetas esos días era de recolección de basuras…"*, pero cuando habían ferias, fiestas, etc. que era los días sábados, domingos y lunes *"…tocaba madrugar como a las 4:00 de la mañana para barrer, recoger….";* que también el actor realizaba el *"…barrido, limpiada de alcantarillas, mejor dicho todo lo que le mandara la empresa…" "…destapar los cárcamos, y las cajas del alcantarillado limpiarlas…";* que el gerente SEFERINO RUÍZ y *"…a veces … a secretaria cuando no estaba el gerente…"* era quienes le daban las ordenes, aquel *"…se hacía presente y le indicaba que le tocaba hacer…", "…en el punto de salida de la recolección…".* les decía *"…pues que saliéramos puntual y hacer el oficio lo más posiblemente bien…"*; que lo hacía de manera verbal "*…pues escrito nada, a nosotros nos daban verbal, era verbal las instrucciones…"*; que cuando necesitaba asistir a una cita médica o ausentarse tenía que informarles a ellos *"…mejor dicho, cuando estaba enfermo él pues lógico que le pedía al Gerente el día o que necesitaba…", "…cuando él estaba enfermo ellos se comunicaban…"*, los sábados por lo general se encargaba de arreglar las alcantarillas,"…como había oficios varios pues cuando llovía mucho tocaba casi cada 8 días, los sábados, pues había oficios varios…."; y que también entregaba facturación *"….cada 2 meses…",*

"…pues como siempre es grandecito duraba siempre sus días, pues no sé cuánto lógico que repartiendo los recibos se demoraba todo un día pero era por zonas…".

RAMIRO DAZA CAICEDO, señaló *"…yo no trabajo para la empresa yo trabajo para el municipio que le prestaba las volquetas a la empresa de servicios públicos…";* que conoce al accionante desde el 2010 aproximadamente, que éste laboró para la demandada *"…desde el 2012 y se retiró en el 2018 más o menos a principios del 2018…", "…él era recolector de basura, él recogía la basura y la montaba a la volqueta…"*; que el testigo *"…conducía una de las volquetas en las cuales se recogía la basura…";* el horario *"…era variable el horario porque a veces entrabamos a las 6:00 de la mañana a recoger basura en una volqueta, la otra podría comenzar a las 11:00 o sea era variable, pero el más o menos entraba a las 6:00 de la mañana…"*; el accionante laboraba *"…lunes prácticamente a sábado porque hasta los sábados a veces recogía basura y cuando era festivo pues nos tocaba recoger…",* precisando que *"…al comienzo recogíamos basura lunes martes y miércoles y después que se agrando el municipio, o sea que se agrandó la recolección que fue a veredas, nos trocaba recoger en diferente horario…"*, *"…de lunes a viernes había días, y había días que no se recogía de lunes a viernes…"*, que cuando el accionante no estaba en la recolección de basura *"…nosotros llegábamos y a veces lo veíamos arreglando alcantarillas limpiando alcantarillas…"*, *"…o barriendo el municipio…";* que en época de eventos en el municipio como ferias, exposiciones equinas, fiestas, para la recolección de basura *"…pues uno dejaba la volqueta en el parque y ellos salían promedio 4:00 o 3:1/2 dela mañana a barrer el parque y limpiar las calles y cuando uno llegaba ya tenían la volqueta llena tipo 8:00 o 9:00 de la mañana…";* que las ordenes se las daba *"…don SEFERINO RUÍZ y LUCIA MUÑOZ…"* que eran *"…la secretaria de Servicios Públicos y él era el gerente…"*, *"…él sencillamente le decía, JAIME le toca recoger la basura no más, pero en si ellos eran los jefes de él…", "…yo se que ellos eran a veces lo llamaban si por teléfono cuando nosotros estábamos ahí recolectando y le daban alguna orden…"*, y que además *"…había ocasiones que llegaban y había ocasiones en que no….."* al punto de encuentro; reiteró que *"…si se veía laborar –refiriéndose al actor-, yo lo vía laborando, si señora, sábado … hasta sábado…"*; que *"…pues uno cuando llegaba de botar la basura y él no iba con nosotros, él estaba a veces barriendo o estaba haciendo algo…"*.

WILLIAM ANDRES VARGAS RODRIGUEZ.- Concejal del municipio de San Francisco; señaló conocer al demandante hace aproximadamente 10 años *"…porque él también es habitante del municipio de San Francisco y lo he visto trabajar en el municipio…",* que *"…yo trabajé en el municipio de San Francisco hasta el 2011, era el encargado de la maquinaria del municipio y entregué ese cargo pero seguí vinculado al municipio de San Francisco, me consta que lo vi trabajando como recolector de basura del municipio… si me consta de que lo vi trabajando…"*, que eso fue *"…cuando nombraron ese nuevo personal yo desde ahí lo vi que él estaba trabajando, eso fue más o menos después del año 2012…"*, lo que hacía *"…eso si frecuentemente porque ellos pasaban por el barrio recogiendo la*

basura…"; y también *"…veces uno lo encontraba, yo muchas veces lo vi limpiando los cárcamos de las aguas lluvias, pues levantando esas rejillas y recogiendo las basuras y arena lo vi a él y con otras personas más…";* así como de reparto de facturación *"…en los últimos días del mes para hacer los pagos, yo sabía porque él muchas veces me llevó los recibos a la casa…";* sostuvo que las órdenes eran impartidas por *"…el gerente de servicios públicos o la persona encarga que es la que debe hacer esa función…", "…me consta porque soy concejal de municipio y ella es la que hace esas funciones ahora como Gerente de la Empresa de Servicios Públicos…"*.

De tal suerte, que atendiendo dichos medios de prueba no es posible inferir que la actividad del actor era independiente y autónoma, pues esa libertad que deviene del contrato de prestación de servicios que alega la recurrente no se evidencia; si bien en los contratos de prestaciones hay coordinación, y es factible que los contratantes del vínculo jurídico puedan fijar un horario o la realización de los servicios dentro de las instalaciones del beneficiario de los mismos, pues son aspectos que se han admitido por la jurisprudencia se dan en esa clase de contratación; no obstante cuando dicha supervisión limita o coarta la autonomía y libertad con que debe actuar el eventual contratista, imponiéndole además unas condiciones, determinando la manera y los sitios en las que debe realizar la labor convenida, exigiendo el cumplimiento de horario, etc.; lo que en realidad verdad se está presentando es una subordinación y dependencia, como se advirtió en el presente asunto, convirtiendo el vínculo en un contrato de trabajo, el cual no se desvirtúa por la suscripción de unos convenios de prestación de servicios como lo alega la accionada; pues la labor ejecutada, no era especializada, ni comportaba autonomía e independencia en su ejecución, es decir, pues se reitera, no se evidenció esa discrecionalidad o autodeterminación del accionante para definir la forma en que prestaría sus servicios, ni la temporalidad argüida, pues el vínculo se extendió por más de seis (6) años; concluyéndose que en realidad la vinculación que existió entre las partes fue de una relación de carácter laboral.

Y no es que no se desconozca que la accionada pudiere acudir a lo regulado en la Ley 80 de 1993 para efectos de vincular a quienes le prestarían servicios, como quiera que las labores encomendadas *"…no era posible llevarlo a cabo con personal de la planta de empleados…"* como se indicó en cada convenio; esto es a contratos de prestación de servicios u órdenes administrativas (Art. 32 Ibídem); lo que sucede es que para ello

se debía cumplir con ciertos requisitos que no se advirtieron en el caso del actor; recuérdese que la jurisprudencia Constitucional, ha previsto que para la celebración de contratos de prestación de servicios se requiere que cumplan con las siguientes características: "*…a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido...*" (Sentencia C-154 de 1997); no obstante, en el presente asunto, no quedó acreditado que el demandante hubiere sido contratado en virtud de su experiencia, capacitación o formación profesional, pues la actividad desarrollada –recolección de basuras, aseo, mantenimiento de redes de alcantarillado, etc-, no implicaba de una amplia experiencia, o un conocimiento profesional; además la prestación del servicio se prolongó por espacio de (6) años, es decir que no hubo esa temporalidad referida; y por si fuera poco, tampoco se evidenció esa autodeterminación o libertad para actuar de aquel; nótese que lo probado es que realizaba las labores de acuerdo al cronograma establecido por la misma demandada, en el horario que aquella dispuso, se le impartieron órdenes respecto a la ejecución de la labor contratada, se le autorizaba para retirarse o ausentarse del lugar de prestación del servicio, etc.; lo que conlleva a que fue subordinado por la entidad demandada, tipificándose el contrato de trabajo; como ya se dijo y declaró la falladora de instancia, por lo que se confirmará la decisión al respecto.

De otra parte, se duele la recurrente demandada de las condenas impuestas, debiendo precisarse que al declararse que las partes estuvieron atadas mediante varios contratos de trabajo, el actor tiene derecho a las acreencias que de esa clase de vinculación se derivan y que se constituyen en el mínimo de derechos y garantías contemplados en su favor y que se tornan en irrenunciables (Art. 13 y 14 CST), tales como cesantías, intereses, primas y vacaciones; no puede tener eco en este momento lo señalado por la recurrente en cuanto a que *"…se tenga en cuenta el fenómeno jurídico la prescripción, pues es claro que en el presente asunto a la parte demandada es una entidad que maneja recursos públicos y beneficiar al demandante con su propia negligencia conllevaría comprometer recursos públicos y desconocer la protección del patrimonio público…";* como quiera que dicho medio exceptivo debió ser propuesto en la contestación de la demanda, atendiendo lo señalado en el artículo 282 del CGP, lo que no se hizo en el presente asunto; pues aunque en el escrito con el que

se pretendió dar respuesta a la demanda (fls. 121 a 131), se formuló la misma "*PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS LABORALES*" (fl. 126 a 128); la contestación se inadmitió con auto de 7 de junio de 2019 (fl. 132); y aunque se indicó a la accionada las deficiencias de las que adolecía la misma para su subsanación y se le concedió el término, no obstante ésta guardó silencio, por tanto se tuvo como no contestada la demanda con proveído del 18 de julio de 2019 (fl. 133); lo que conlleva a que se tenga por no propuesta la excepción aludida, situación que impide hacer el pronunciamiento o análisis que ahora y de manera extemporánea reclama la apoderada de la demandada, en su recurso; pues recuérdese que fue la inactividad o incuria de la interviniente, al no subsanar las irregularidades señaladas al escrito de contestación que llevaron a esa situación, pues aunque considere que se trataba de *"…una irregularidad netamente formalista o ritualista…"*, como lo sostiene en los alegatos, conlleva la consecuencia aludida.

Sin embargo, lo que si se advierte y no puede pasarse por alto, es el grave error en que incurrió la juez de primera instancia, al emitir condena por *"…Indemnización por no pago de cesantías por valor de $35.000.000…."*; considerando luego de mencionar la norma que la contempla –articulo 99 Ley 50 de 1990-, que *"…en este caso hay lugar a su reconocimiento de esta indemnización conforme a la prueba acopiada y se tendrá en cuenta que el valor de las cesantías debió haberse cancelado a partir del mes de febrero del año 2018 y transcurrido entonces el término hasta el día de hoy arroja un valor de $35 millones de pesos…"*; pues desconoció de manera ostensible lo señalado en dicha normatividad.

El citado artículo 99 de la norma señalada -Ley 50 de 1990-, contempla: *"…El numero régimen del auxilio de cesantía, tendrá las siguientes característica: 1a)* ***El 31 de diciembre de cada año*** *se dará la liquidación definitiva de cesantía, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en* ***fecha diferente por la terminación del contrato de trabajo****.- 2a)…, 3a) El valor liquidado por concepto de cesantía se consignará antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que él mismo elija. El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada día de retardo…";* entendiéndose que la liquidación de cesantías se hace a 31 de diciembre de cada anualidad, o en fecha diferente si el contrato terminada antes de la mencionada calenda, y que el empleador tiene plazo de consignarlas antes del 15 de febrero siguiente. Así mismo, la jurisprudencia ha sostenido que la aplicación de la esa sanción no es automática ni inexorable, sino que debe examinarse en cada caso si hubo justificación del

empleador al no efectuar el pago o consignación, puesto que su imposición está condicionada al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.

En el presente asunto, la falladora de instala juez declaró que las partes estuvieron atadas por varios contratos de trabajo -10 exactamente-, que se desarrollaron dentro de los extremos temporales determinados en los mismos (fls. 3-22), evidenciándose que la fecha de finalización no superaba el 31 de diciembre de cada anualidad, por lo tanto, no había lugar a imponer dicha sanción, pues la cesantía se pagaba directamente al finalizar cada contrato.

Así, se observa que la obligación por la que ahora se sanciona a la demandada como empleadora del actor; no nació a la vida jurídica, pues se repite los contratos finalizaron el 31 de diciembre de cada año o en fechas anteriores a ésta; por consiguiente la obligación del empleador era cancelar directamente al trabajador al momento del fenecimiento del contrato la cesantía causada durante el mismo, pero no la de consignar dicha acreencia en un fondo, como erradamente lo interpretó el a quo; y menos aún contabilizarla en los términos que lo hizo el *a quo,* desde fecha posterior a la terminación del último contrato –febrero de 2018 cuando el contrato finalizó el 31 de diciembre de 2017- y extenderla hasta la fecha de la sentencia -1 de octubre de 2019-; pues en esos eventos cuando no se paga a la finalización del nexo la cesantía, se abre paso a la sanción del artículo 65 del CST, por la que también se elevó condena, sin que se objetara su imposición de manera específica en oportunidad.

Así las cosas, ante el manifiesto error de la juzgadora de instancia, atendiendo además el principio de legalidad que debe primar en toda actuación judicial, se revocará la condena impuesta al respecto, para absolver a la demandada de la indemnización por omisión en la consignación de las cesantías, quedando así desatado el recurso de apelación de la parte demandada

Finalmente reclama el accionante la condena por auxilio de transporte. Legalmente se tiene establecido dicho emolumento para aquellos trabajadores que devenguen menos de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes (Ley 15 de 1959 y D.R.

11258/59), como es el caso del actor; pues su remuneración mensual no superaba dicho tope. Como quiera que la empresa demandada no acreditó el pago a favor del accionante por el auxilio reclamado, al que tiene derecho éste, se condenará a su pago. Así, efectuadas las respectivas operaciones, conforme la siguiente tabla, dicha condena asciende a la suma de $11,756.940.oo.

No. CONTRATO	F. INICIAL	F. FINAL	DURACION	FOLIO	AUX.TRANSP. MES	TOTALAUX. TRASPORTE
1°	01/10/2012	31/12/2012	3 meses	3 y 4	$67.800.oo	$203.400.oo
2°	10/01/2013	09/10/2013	10 meses	5 y 6	$70.500.oo	$705.000.oo
3°	05/11/2013	04/01/2014	2 meses	7 y 8	$70.500.oo	$141.000.oo
4°	16/01/2014	15/07/2014	6 meses	9 y 10	$72.000.oo	$432.000.oo
5°	02/02/2015	01/01/2016	11 meses	11 y 12	$74.000.oo	$814.000.oo
6°	05/01/2016	04/01/2017	11 meses	13 y 14	$77.700.oo	$854.700.oo
7°	20/01/2017	19/04/2017	3 meses	15 y 16	$83.140.oo	$249.420.oo
8°	20/04/2017	19/97/2017	3 meses	17 y 18	$83.140.oo	$249.420.oo
9°	26/07/2017	25/10/2017	3 meses	19 y 20	$83.140.oo	$249.420.oo
10°	01/11/2017	31/12/2017	2 meses	21, y 22	$83.140.oo	$166.280.oo
TOTALES:						**$11.756.940.oo**

Agotados los puntos objeto de inconformidad, se modificará la decisión que se revisa, en los términos señalados; toda vez que el tribunal como Corporación de segunda instancia, solo tiene competencia para pronunciarse sobre los temas planteados, por tanto, no puede estudiar aspectos que no fueron cuestionados.

Se condenará en costas a la empresa demandada, teniendo en cuenta lo adverso de la resolución del recurso a sus intereses. Fíjese como agencias en derecho $200.000.oo.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, Sala Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

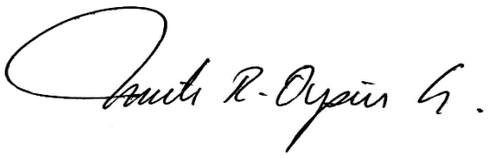
RESUELVE

1. **REVOCAR** el inciso 5° del numeral 2º de la sentencia proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Villeta, el 1° de octubre de 2017, dentro del proceso ordinario laboral, promovido por **JAMIE MANRIQUE CARREÑO** contra **EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE SAN FRANCISO S.A.S. E.S.P**., que condenó a la demanda a pagar la suma allí indicada por concepto de indemnización por omisión en la consignación de las cesantías; para en su lugar **ABSOLVER** a la empresa demandada de dicha acreencias, conforme la parte motiva de esta providencia.

2. **ADICIONAR** el fallo que se revisa, para **CONDENAR** a la parte demandada, pagar al accionante la suma de $11,756.940.oo por concepto de auxilio de transporte, atendiendo lo señalado en precedencia.
3. **CONFIRMAR** en lo demás el fallo que se revisa.
4. **COSTAS** a cargo de la demandada **EMPRESA DE SERVICIOS PUBLICOS DE SAN FRANCISO S.A.S. E.S.P**.. Fíjese como agencias en derecho la suma de $200.000.oo.

LAS PARTES QUEDAN NOTIFICADAS EN EDICTO. ENVÍESE COPIA DE ESTA PROVIDENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE,

JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada

EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado

SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA