



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 25513 31 89 001 2018 00040 02

Víctor Hugo Cárdenas Acuña vs. Empresa de Servicios Públicos del Municipio de Pacho SA ESP.

Bogotá D. C., _____ de septiembre de dos mil veinte (2020).

Salvamento de voto

Con el debido y acostumbrado respeto, me permito salvar voto parcial en la decisión adoptada en lo referente a la absolución de la indemnización moratoria por el pago inoportuno e incompleto de salarios, prestaciones e indemnizaciones que rige en el sector público y que está consagrada en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que reformó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945.

Frente a su naturaleza jurídica, importe destacar que, a lo largo de los años, la jurisprudencia ordinaria laboral ha considerado dicha indemnización como una **sanción** que se impone al empleador que, a la terminación del contrato de trabajo, se sustrae sin ninguna justificación, del pago de los débitos laborales.

Sobre su procedencia, la jurisprudencia también ha señalado que, dado su carácter sancionatorio, su imposición no es automática o inexorable, toda vez que, en cada caso concreto, hay que analizar las razones que dio el empleador demandado para abstenerse de pagar los emolumentos laborales que, en principio, hacen que esta surja, a fin de verificar si su obrar encuadra o no, en el ámbito de la buena fe contractual que rigen los contratos en general.

Lo anterior encuentra mucho sentido si se tiene en cuenta que, si la buena fe está inserta en la ejecución de los contratos en general, lo lógico es que cumplan con sus obligaciones según la modalidad contractual escogida, y no desborden los límites de protección laboral establecidos en la constitución y la ley.



Sobre los motivos que pueden justificar o no, la conducta omisiva en el pago de emolumentos laborales, la jurisprudencia ha señalado que corresponde asumir su carga al empleador incumplido para ser exonerado de esta, aunque esa justificación no debe estar respaldada en una simple creencia cualquiera, sino en una que verdaderamente lo conduzcan en el camino exento de fraude.

En el presente caso, considero que la entidad demandada no logró justificar, como le correspondía, las razones sólidas y contundentes para desligarse de la condena por concepto de la indemnización moratoria, por 2 razones:

1. La vinculación contractual que existió entre las partes no fue excepcional, temporal o transitoria, sino que se prolongó por aproximadamente 7 años.

Recuérdese que la figura del contrato de prestación de servicios en el sector público fue diseñada para regirse por los criterios de temporalidad y excepcionalidad de la contratación. En ese sentido, cuando las actividades se atienden a través de esta clase de contratos y demandan una permanencia superior o indefinida en el tiempo, se desborda su transitoriedad y, por ende, es necesario que la entidad contemple la posibilidad de crear nuevos puestos de trabajo que estén encaminados a desarrollarla (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia SL981 de 2019 radicado 74084).

2. La entidad demandada no tenía forma para escudarse en convencimiento pleno sobre la modalidad de contratación si en el expediente quedó demostrado que el demandante nunca actuó con autonomía e independencia, sino que, por el contrario, actuó con un control permanente sobre sus actividades, cumplía horario, presentaba informes

Esto quedó claro en la ponencia y, por ende, no ha debido servir de argumento para exonerar a la entidad demandada de esta indemnización.

Textualmente se dice lo siguiente: *«la entidad accionada no destruyó dicha presunción, nótese que la prueba testimonial lleva a colegir, contrario a lo considerado por la apoderada de la pasiva en los alegatos de conclusión, que el accionante cumplía horario*



determinado por la accionada, realizaba las labores dentro de la programación establecida por ésta para la recolección de los residuos en el municipio, presentaba informes y ejercía la actividad de manera constante y permanente, sin que se vislumbre en este caso, independencia, autonomía e iniciativa por parte del contratista en la gestión encomendada, menos aún el carácter temporal que es característica fundamental en una vinculación como la que alega la pasiva se dio entre las partes, de PRESTACIÓN DE SERVICIOS; pues el actor ejecutó su labor por espacio de más de 6 años aproximadamente y, para el ejercicio de la actividad, debía atenerse a lo que dispusiera la entidad».

Incluso, se recalca que de ninguna manera el demandante podía ser autónomo e independiente y, en esa medida, tampoco había opción para que se avale la absolución del juzgado en ese sentido toda vez que, en realidad, esa conducta lo que hace defraudar los derechos laborales del trabajador.

Textualmente, se menciona en la sentencia: *«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 presentación de informes, como se observa de las documentales de folios 161, 164, 165, 167, 169, 171, 174, 175, 177, 179, 210, 233 a 244, 247, 254 a 263, 272, 276, 278, 280, 283, 284, 286, 288, 290, 292, 294 y 296; así como, el cumplimiento de horario y, el tener que solicitar permiso para retirarse o no asistir a su sitio de labores, como se advierte de la comunicación de 6 de octubre de 2012, dirigida por el accionante al Gerente de ESP en tal sentido (fl. 30), etc., sin que la circunstancia que no se allegara la respuesta de la demandada a dicha misiva, lleve a infirmar la dependencia del accionante frente a ésta que de tal situación desprende, como erradamente lo interpreta la apoderada de la accionada; reiterándose que tales circunstancias evidencian que en realidad 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 que hiciera el actor de manera voluntaria, como lo alega la accionada; pues la labor ejecutada, no era especializada, ni comportaba autonomía e independencia en su ejecución, es decir, 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».*



En ese orden, la entidad demandada no logró demostrar que obró con lealtad, rectitud y honestidad, sino que, antes, por el contrario, lo que quedó acreditado fue que tuvo un comportamiento tendiente a obtener ventajas y beneficios sin una suficiente dosis de probidad y pulcritud.

En esos términos dejo plasmado mi salvamento de voto.

MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada