

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

PONENCIA COMPARTIDA

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Magistrada: **MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN**

Proceso: Ordinario
Radicación No. 25513-31-89-001-2018-00040-02
Demandante: **VÍCTOR HUGO CÁRDENAS ACUÑA**
Demandado: **EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE PACHO CUNDINAMARCA S.A. ESMP**

A las diez y media de la mañana (10.30 am) del día dieciséis (16) de septiembre 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 14 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

VÍCTOR HUGO CÁRDENAS ACUÑA demandó a la **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE PACHO – CUNDINAMARCA S.A. ESP**, para que previo el trámite del proceso ordinario se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre 23 de enero de 2010 y el 3 de enero de 2017, el cual terminó sin justa causa; en consecuencia se condenara a la accionada pagarle nivelación salarial, prestaciones sociales de todos el tiempo servido, en las sumas que relaciona por cesantías, intereses junto con su sanción, primas de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, dotaciones, indemnizaciones por despido, moratorias por no consignación en el fondo de cesantías y, no pago de salarios y prestaciones sociales a la finalización del contrato; cálculo actuarial por los aportes a

pensión, reembolsar lo pagado por aportes a salud y riesgos laborales, indexación, lo que resulte por horas extras diurnas y nocturnas, dominicales, recargos y, costas.

Como fundamento de las peticiones, expuso que ingreso a laborar para la empresa demandada el 23 de enero de 2010, mediante diversos contratos de prestación de servicios, como conductor de los vehículos recolectores de basura, los cuales son propiedad de la accionada y se identifican DINA OJG 022, volqueta Chevrolet OJF 555 u OFU 012; siendo las funciones la de conducir el vehículo a Mondoñedo (lugar de descargue), con desechos inorgánicos o a la planta de Compostaje Portugal ubicada en Pacho; que en ocasiones el vehículo era conducido por un trabajador de planta (con contrato de trabajo), el señor FRANCISCO AMAYA CÁRDENAS; que el encargado de coordinar a los trabajadores de la empresa demandada era JORGE MAHECHA MONTERO; la recolección de la basura se hacía en la mañana los desechos inorgánicos y en la tarde los orgánicos los lunes y jueves de 8:00 a 10:30 p.m., movilizándose ese mismo día a Mondoñedo ubicado en Mosquera Cundinamarca, cuyo recorrido duraba aproximadamente 7 horas; la relación laboral se extendió sin solución de continuidad hasta el 3 de enero de 2017, siendo las labores desarrolladas propias o por lo menos complementarias del objeto social de la empresa demandada; el último salario ascendió a la suma de \$1.316.000.00; el horario de trabajo fue de 8 horas diarias, de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. pero los lunes y jueves se extendía hasta las 4:00 o 5:00 a.m.; la empresa demandada le dio órdenes en cuanto a la cantidad, calidad y lugar de trabajo, le impuso el horario, los elementos o herramientas de labor eran proporcionados por ésta, se le exigía utilizar el uniforme distintivo de la sociedad; durante el desarrollo del contrato ejerció funciones en igualdad de condiciones con los empleados de planta o formales de la empresa demandada pero devengando una suma inferior a la de aquellos mensualmente y pagaba directamente su seguridad social, debía pedir permiso al gerente o personal directivo de la accionada para ausentarse del lugar de trabajo; para su desvinculación no se le adelantó proceso disciplinario y por el contrario aún subsisten las causas que le dieron origen a la contratación; el 3 de febrero elevó reclamación para el pago de las acreencias que pretende con esta acción (fls.2 a 15). Demanda admitida el 10 de mayo de 2018 (fl. 76)

La EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE PACHO -CUNDINAMRCA S.A. E.S.P., describió el traslado oponiéndose a las pretensiones, señalando que la relación que existió entre las partes fue legal, mediada por una serie de contratos estatales – contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión-, con términos fijos, caracterizados por su temporalidad, en razón a la necesidad del servicio, tuvieron un desarrollo individual, desde el inicio hasta la terminación y liquidación, y entre uno y otro siempre hubo solución de continuidad, que la terminación no fue sin justa causa sino por expiración del plazo fijo pactado, como causal legal de terminación del contrato estatal; reiteró al dar respuesta a los hechos de la demanda que el accionante suscribió varios contratos de prestación de servicios, todos y cada uno de ellos independiente uno del otro y, entre uno y otro siempre hubo solución de continuidad, los objetos de los contratos variaban de conformidad con la necesidad de la empresa en cumplimiento de fines de estado en la adecuada prestación de los servicios públicos que tiene a su cargo; que las labores desarrolladas por el actor no fueron funciones como trabajador de la empresa sino actividades independientes, que eran coordinadas por JORGE MAHECHA; que hubo ausencia de subordinación, los contratos cada uno tiene acta de inicio, acta de liquidación plazo determinado, y previa a su suscripción el contratista presentaba ante la empresa los documentos de antecedentes judiciales, disciplinarios y fiscales para contratar; además en el acta de liquidación el actor no consignó ninguna inconformidad relacionada con la nivelación que ahora pretende, ni tampoco en los archivos existe documento alguno que acredite la negativa a asumir como contratista a su cargo la seguridad social, “...por lo que ahora, no es de recibo que el demandante afirme vulneración alguna de derechos, cuando en desarrollo de su libre voluntad contractual, suscribió de manera libre y espontánea, sin que mediara constreñimiento alguno los actos y contratos suscritos...”; no propuso excepciones de fondo o mérito, únicamente la previa de *falta de competencia* (fls. 84 a 100); que fue desatada de manera negativa (Cd y acta, fls. 313 a 316), decisión confirmada por esta Corporación en providencia de 21 de agosto de 2019 (Cd y acta, fls. 334 a 336).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Pacho, mediante sentencia de 14 de febrero de 2020, declaró que entre las partes existió contrato de trabajo vigente entre el 12

de enero de 2010 y el 27 de diciembre de 2016; condenó a la EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DEL MUNICIPIO DE PACHO CUNDINAMARCA S.A.E.S.P., pagar a favor del accionante las sumas de \$8.088.314.14 por cesantías, \$1.929.969.05 por intereses a las cesantías, \$8.088.314.14 por prima de servicios, \$4.044.157.07 por vacaciones, \$6.565.084.34 por indemnización por despido injustificado; \$3.659.540.00 por reembolso por descuentos no permitidos; los aportes para pensión mediante cálculo actuarial; denegó las demás pretensiones e impuso costas a la accionada (Cd. y acta fls.378 a 381).

III. RECURSOS DE APELACIÓN:

DE LA PARTE DEMANDANTE: manifestó su descontento, en los siguientes términos:” ...Gracias señor Juez siendo esta la oportunidad procesal, me permito interponer recurso de apelación parcial en contra del fallo acabado de proferir. El primer punto de desacuerdo es el salario que se tuvo como base para liquidar el auxilio de cesantías, por cuanto éste ha debido ser el último salario devengado no el que devengó en cada una de las anualidades conforme lo prescribe el CST, por lo que, frente a este punto, ruego a los Honorables Magistrados sea revocado y por el contrario se tenga el último salario devengado. Igualmente interpongo recurso de apelación ante la negativa del despacho de conceder la nivelación salarial, por cuanto quedo demostrado conforme al interrogatorio de parte rendido por la parte demandada que mi cliente hacía las mismas funciones que el señor FRANCISCO AMAYA CÁRDENAS, igualmente, también fue corroborado por el señor FRANCISCO AMAYA CÁRDENAS que él hacía las mismas funciones, una vez se radicó la reclamación administrativa ante la Empresa de Servicios Públicos, ésta allegó una relación de los salarios que devengaba un trabajador de planta para el cargo de conductor, desde luego que si estaba probado que mi cliente tiene derecho a que se le pagara era el salario que devengaba el trabajador de planta no el del contrato de prestación de servicios y así se demostró como se dijo, con el interrogatorio de parte, con la declaración del señor FRANCISCO AMAYA CÁRDENAS y con la certificaciones que obran en el plenario. Otro punto de desacuerdo, es el que no se accedió al pago del auxilio de transporte, por cuando a este no se debe la única causal para no acceder es el hecho que el trabajador viva en el mismo inmueble donde presta el servicio, lo cual aquí pues no aconteció, desde luego que se debió acceder a este pedimento. Igualmente, me aparto de la decisión del Despacho de no condenar a la ESP al pago de la indemnización moratoria y sanción moratoria por el no pago de las prestaciones sociales debidas al momento de la terminación del contrato y la no consignación de las cesantías, dado que sí estuvo demostrado la mala fe de la empleadora: 1°. - En cuanto al indicio grave de no haber allegado todas las pruebas requeridas; 2°. - El hecho de que se haya contratado a mi cliente para desempeñar las mismas funciones de un trabajador de planta, si es notorio que se quería disfrazar la relación laboral, eso en ninguna manera es indicio de buena fe, es indicio de mala fe porque si voy a contratar a un trabajador para que me desarrolle las mismas funciones o a una persona por contrato de prestación de servicios para que me desarrolle las mismas funciones de un trabajador de planta, obviamente que si estaba convencida y sabía que era un contrato de trabajo, luego es forzoso concluir que si había ánimo de esconder esa relación laboral, luego se debe acceder a esa pretensión de pago de la indemnización moratoria y sanción moratoria que trata el artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990. Esto aunado a que la misma empresa, según se aceptó en interrogatorio de parte y en el plenario, se certificaban conductas y responsabilidad a mi cliente, es decir había ese convencimiento de que si era un contrato de trabajo, porque yo a un trabajador a un contratista nunca le voy a certificar conducta y responsabilidad; también quedó demostrado más allá de toda duda que las labores de mi cliente eran desempeñadas en igualdad de condiciones con el señor FRANCISCO AMAYA CÁRDENAS, todo esto denota entonces que si había un conocimiento pleno de la ESP que mi cliente estaba contratado por un contrato de trabajo; los contratos de prestación de servicios a toda luz fueron para disfrazar esa realidad. Igualmente, pues no dio cuenta de porqué acudieron a esa forma de contratación, más aún cuando lo reitero, era para reemplazar a un trabajador de planta, si voy a reemplazar a un trabajador de planta lo debo hacer por un contrato de trabajo bien sea por labor u obra o labor contratada mientras subsista el evento que da lugar a la nueva vinculación. Entonces bajo esos argumentos, ruego a la Sala Laboral del Tribunal de Cundinamarca que revoque parcialmente la sentencia proferida por el a quo, en los siguientes

puntos: 1°.- en cuanto al salario tenido en cuenta para liquidar las prestaciones sociales, por cuanto debe ser el último salario devengado; 2°.- que se revoque la decisión en cuanto se negó la nivelación salarial, dado que está plenamente acreditado en el expediente; 3°.- En cuanto se negó a acceder al pago de la indemnización moratoria y sanción moratoria y por último en cuanto no se accedió al pago del auxilio de transporte. ...

DE LA PARTE ACCIONADA: Sustentó su inconformidad con la decisión, así: "...De la siguiente manera me permito sustentar el recurso de apelación en calidad de representante de la Empresa de Servicios Públicos de Pacho. Manifiesto inconformidad con el fallo proferido por el Despacho a su digno cargo, por lo cual apelo el mismo, toda vez que no se tuvo en cuenta los argumentos plasmados en la contestación de la demanda y tampoco se tuvieron en cuenta los reparos concretos que se realizaron en los alegatos de conclusión; muy respetuosamente este extremo considera que el juez de instancia no valoró en debida forma las pruebas practicadas como quiera que efectivamente este extremo allegó los contratos de prestación de servicios que ejecutó el señor VICTOR HUGO CÁRDENAS, quien de manera voluntaria decidió celebrar dichos contratos y que efectivamente se ejecutaron de manera autónoma e independiente, puesto que en el transcurso del proceso no existe ninguna prueba ni documental ni testimonial que dé cuenta que el demandante cumplió con los presupuestos esenciales del contrato de trabajo, pues es claro que para el caso concreto y por tratarse de un contratista, la fuente formal establece que éste deberá demostrar los 3 elementos del contrato de trabajo y no simplemente algún elemento; es claro que esta exigencia se predica de la demostración de la relación laboral, ningún testigo dio cuenta que le constara que al señor VICTOR HUGO se le pagara un salario y mucho menos fuera subordinado, pues al preguntarle a uno de los testigos que consecuencias tenía don VICTOR HUGO al llegar tarde éste manifestó que no se le hacía ningún tipo de llamado de atención por parte de la ESP, situación que solicitó muy comedidamente al Honorable Tribunal valore, pues es claro que en el presente proceso no existe ninguna prueba que se permita establecer que se cumplieron con los presupuestos de un contrato de trabajo, contrario sensu, lo que existió claramente fue la suscripción de unas órdenes de prestación de servicios, regido por su clausulado y por las normas y principio general de los contratos, entre ellos la autonomía de la voluntad de las partes, pretendiendo el demandante defraudar los intereses económicos de la empresa al acudir a la presente acción. Por otro lado, la parte demandante manifestó en los hechos de la demanda, que cuando se encontraba sin contrato se le pagaba a través de cheques, situación ésta que se desvirtuó cuando se allegó certificación de los pagos realizados por parte de la Tesorería de la ESP, en la que da cuenta que los pagos de honorarios se realizaron solo con ocasión a los tiempos de ejecución de los contratos de prestación de servicios celebrado entre las partes, y dicha certificación se expidió dentro del marco legal que exige la veracidad de la información suministrada. Igualmente es importante, que el Honorable Tribunal tenga en cuenta que las condenas impuestas por el Juez de instancia se encuentran prescritas de conformidad al artículo 488 del CST. Ahora bien, las actividades que se coordinaron, se coordinaron con un trabajador de la misma jerarquía del señor VICTOR HUGO. Por otro lado, se solicita muy respetuosamente al Honorable Tribunal tenga en cuenta el valor reconocido por vacaciones, como quiera que esta parte considera muy respetuosamente que este valor no se debe reconocer en la carga prestacional, toda vez que ese emolumento reconocido no hace parte del reconocimiento de la carga prestacional, por lo que solicito al Honorable Tribunal revocar también el reconocimiento de este emolumento. Por otra parte, esta apoderada considera que efectivamente en el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo de Pacho, no se pudieron vislumbrar efectivamente los elementos esenciales del contrato de trabajo, por lo que solicito muy respetuosamente al Honorable Tribunal, verificar todas las pruebas practicadas dentro de este proceso y proceda a revocar el fallo proferido por el Juez de instancia. Ya...". "

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

El apoderado de la parte demandante, en las alegaciones de conclusión, solicita se mantenga la decisión de primer grado en cuanto se declaró la existencia del contrato de trabajo entre las partes junto con las consecuencias que le son connaturales; reiteró los argumentos para que se revoque la absolución impartida por indemnización y la sanción moratorias, considerando que no existió buena fe en el actuar de la demandada, dado que en su sentir, ésta era consciente que el actor estaba reemplazando a un trabajador de planta que se encontraba incapacitado, que la funciones eran permanentes, tan así que el actor duró más de 6 años ejerciendo como conductor, además que las herramientas de trabajo y los uniformes eran proporcionadas por la empresa y, las rutas eran fijadas por ésta; mencionando también que el accionante tiene derecho a la nivelación salarial porque realizaba las mismas funciones en igualdad de condiciones que los demás trabajadores de la accionada.

La apoderada de la parte demandada, luego de hacer alusión al trámite procesal adelantado, solicita se revoque el fallo atacado, considerando que el accionante no logró demostrar el cumplimiento de los

elementos esenciales de contrato de trabajo, conforme lo señaló en la contestación de la demanda, los alegatos y en la interposición del recurso; reitera que de la prueba testimonial no es factible colegir la configuración de la relación laboral, como quiera que a los declarantes no les constaba que el actor cumpliera un horario, ni que se le cancelara salario como a los trabajadores de planta y mucho menos que fuera subordinado. Tampoco en su sentir, quedo acreditada la continuidad, pues con los contratos se demuestra que existió solución de continuidad y los informes de ejecución (fls. 31 a 34), evidencian que la prestación del servicio se dio de conformidad con lo pactado "...cuya actividad se desarrolló con autonomía e independencia por parte del contratista..."; precisó que los contratos fueron celebrados con plena autonomía de la voluntad de las partes, trae a colación la sentencia C-892 de 2001. También reitera que las condenas impuestas se encuentran prescritas conforme el artículo 488 del CST; solicitando que se tenga en cuenta lo normado en los artículos 164 y 176 del CGP y; por consiguiente, se revoque la decisión de primer grado y se declare que no existió contrato de trabajo entre las partes.

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, pues carece de competencia para pronunciarse sobre otros aspectos.

Así las cosas, la controversia en esta instancia, resulta en determinar, si: (i) se configuran los elementos del contrato de trabajo entre las partes; de ser afirmativo dicho cuestionamiento, (ii) hubo solución de continuidad, (iii) la liquidación de las cesantías se realizó en los términos de ley, o como lo sostiene el apoderado del actor ésta se debe hacer por todo el tiempo laborado, con base en el último salario y no con el devengado en cada anualidad; (iv) procede el reconocimiento de la nivelación salarial, el auxilio de transporte y las sanciones moratorias –artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990- que reclama el accionante; (v) hay derecho al reconocimiento de vacaciones y; (vi) es factible dar aplicabilidad a la prescripción, como lo solicita la apoderada de la demandada.

En cuanto a la configuración de los elementos del contrato de trabajo, debe observarse que la demandada fue constituida, inicialmente, como empresa industrial y comercial del orden municipal, dotada con personería jurídica, capital independiente y autonomía administrativa, según Acuerdo No. 29 de junio 15 de 2001 (fls. 128 a 138) y, posteriormente, transformada atendiendo las previsiones de los artículos 15 y 17 de la Ley 142 de 1994 en una sociedad por acciones del orden municipal, cuyo capital es 100% público, de conformidad con el Acuerdo No. 029 de

10 de octubre de 2006 (fls. 105 a 115); por consiguiente se trata de una empresa de carácter oficial, y por lo tanto las personas que le prestan servicios, se rigen por las normas establecidas en el artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, atendiendo lo consagrado en el aparte final artículo 41 ibídem -Ley 142 de 1994- *“por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”*.

Es de precisar que sobre el régimen laboral aplicable a los servidores de las ESP de carácter oficial, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en pronunciamiento de 29 de abril de 1996, radicación 798, señaló: *“...A las empresas de servicios públicos oficiales organizadas como sociedades por acciones, con participación exclusiva de entidades públicas, se les aplica el régimen laboral de las empresas industriales y comerciales del Estado, de manera que sus servidores son trabajadores oficiales y, excepcionalmente algunos de los que cumplan actividades de dirección o de confianza, son empleados públicos, según lo establezcan sus estatutos...”*.

Igualmente, la Honorable Corte Suprema de Justicia, respecto a este tema, se ha pronunciado en los siguientes términos: *“...La jurisprudencia de esta Sala tiene decidido que el carácter de trabajador oficial no puede surgir de la celebración de un contrato de trabajo, de una convención colectiva o de la decisión de la empleadora de considerar a una determinada persona como trabajador oficial en razón de ser la propia ley la que determina cuáles de los servidores del Estado a nivel nacional o de entidades departamentales, distritales o municipales tienen el carácter de empleados públicos y cuáles el de trabajadores oficiales; distinción que se encuentra establecida en el art. 5° del decreto 3135 de 1968 y que se extendió jurisprudencialmente a las relaciones de los servidores de la administración departamental y municipal (...).”*¹

En consecuencia, en razón de lo expuesto, los servidores de la entidad demandada tienen la connotación de trabajador oficial, por lo que se procede a determinar con base en los hechos demostrados si el demandante tiene la connotación de trabajador oficial, o si tiene la connotación de contratista como lo alega la demandada y en consecuencia que normatividad es aplicable.

Con relación a la manera como el demandante desarrollaba las labores los testigos FRANCISCO AMAYA CÁRDENAS, RAMIRO RAMÍREZ MORA y CARLOS JULIO PAÉZNEME; los dos primeros ex trabajadores de la demandada ESP y el tercero quien en ocasiones

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 22 de agosto de 1991

arreglaba o suministraba repuestos para los vehículos a la accionada; fueron coincidentes en afirmar que el actor conducía el carro compactador y la volqueta en que se hacía la recolección de la basura en el municipio de Pacho y la transportaba para su lugar de destinación final en el relleno sanitario “Nuevo Modoñedo”.

Además, se allegó entre otros documentos los CONTRATOS DE PRESTACION DE SERVICIOS, cuyo objeto en cada uno es “...prestar el servicio para conducir el carro recolector DINA OJG 022 ó la Volqueta Chevrolet OJF 555, vehículos que efectúan la recolección de residuos sólidos en el perímetro urbano del Mpio del Pacho y posteriormente los transportan al relleno sanitario “Nuevo Mandoñedo”...”, celebrados: **(i)** el No. 004/2010, de 13 de enero de 2010, con un plazo de 11 meses, contados a partir del **12 de enero de 2010**, por valor de \$ 12.000.000.00 que “...LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS ESP, pagará la suma al cumplimiento del objeto del contrato...” (fl. 17); **(ii)** el No. 007/2011 firmado el 5 de enero de 2011, con un plazo de 12 meses, contados a partir del **3 de enero de 2011**, por valor de \$ 12.810.000.00 que “...LA EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS ESP, pagará la suma al cumplimiento del objeto del contrato...” (fl. 18); **(iii)** el No.002/2012, de fecha 14 de enero de 2012, con un plazo de 11 meses y 15 días, a partir del **14 de enero de 2012**, por valor de \$13.506.750.00, que se pagará en los mismos términos que los anteriores (fl. 19); **(iv)** el No.001/2013, celebrado el 15 de enero de 2013, con un plazo de 11 meses y 15 días, por valor de \$13.506.750.00, igual forma de pago (fl. 20); **(v)** el No. 004/2014 celebrado el 7 de enero de 2014, con un plazo de 12 meses, contados a partir del **3 de enero de 2014**, por valor de \$14.112.000.00, pagaderos en igual forma que los anteriores (fl. 21); **(vi)** el No. 003/2015 celebrado el 13 de enero de 2015, con plazo de 12 meses, contados a partir del **10 de enero de 2015**, por valor de \$14.760.000.00, con igual forma de pago (fl. 22); **(vii)** el No. 005/2016 celebrado el 12 de enero de 2016, con plazo de 3 meses, por valor de \$3.948.000.00, pagaderos al “...cumplimiento del objeto del contrato y previa presentación de la cuenta de cobro y soportes de pago al sistema de seguridad social al periodo a cobrar...” (fl. 23) y; **(viii)** el No. 010/2016 celebrado el 3 de mayo de 2016, con un plazo de 8 meses, por valor de \$10.528.000.00, pagaderos al “...cumplimiento del objeto del contrato y previa presentación de la cuenta de cobro y soportes de pago al sistema de seguridad social al periodo a cobrar...” (fl.24).

Determinado lo anterior, debe verificarse si existió en realidad contrato de trabajo entre las partes, como lo alega el accionante y lo encontró acreditado el juez. Hay que recordar que el Decreto 2127 de 1945, vigente para la época en que inicio la prestación de sus servicios el actor, era la norma que regía para los trabajadores oficiales y por ende, la aplicable en el presente asunto. Normatividad que en su artículo 2º consagraba que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos: (i) la prestación personal del servicio, (ii) la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador y, (iii) un salario como retribución. A su vez el artículo 3º ibídem, establecía que *"...una vez reunidos los tres elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera..."*.

Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho: *"...De acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Sala, demostrada la prestación personal del servicio, obra la presunción en favor de quien lo ejecutó, y le incumbe al patrono demostrar que la relación fue independiente y no subordinada. Acreditado el hecho en que la presunción legal se funda, queda establecido que ese contrato fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario..."*. (Diciembre 1º /81).

En el presente caso, se tiene que el ente accionado acepta la prestación personal del servicio por parte del demandante; pues desde la contestación de la demanda se relacionan los contratos mediante los cuales fue vinculado el actor, discriminando año, número de contrato, fecha inicio, fecha terminación, fecha liquidación y, valor (fl. 86) y; lo ratificó la Representante Legal en el interrogatorio absuelto; igualmente con comunicación de 2 de noviembre de 2017, el Gerente de la época expidió al demandante copia de los *"...Contratos de Prestación de Servicio..."* del 2010-2016 (fl. 16); también se demostró que las labores desplegadas le fueron retribuidas, como se colige de las certificaciones expedidas por el GERENTE y la TESORERA de la accionada, los días 10 de mayo de 2013 (fl. 35); 21 de junio de 2016 (fls. 36 y 37), 26 de marzo de 2014 (fl.38) y, el 15 de junio de 2018 donde relaciona los *"...Egresos, desde el 3 de febrero de*

2010 hasta el 27 de diciembre de 2016...” (fls. 101 a 104); así como de las actas de inicio y liquidación de los contratos (fls. 158 a 160, 194, 195, 209, 212, 213, 219, 225, 226, 245, 246, 253, 264 a 266, 273, 298, 303 y 304); por tanto, evidenciados como están esos aspectos *–prestación del servicio y retribución–*, sale a relucir la presunción legal prevista para los trabajadores oficiales en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, el cual consagra: *“El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción”*; debiendo tenerse por demostrado la existencia del contrato de trabajo entre las partes.

Pues 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.

En efecto, los testigos FRANCISCO AMAYA CÁRDENAS, RAMIRO RAMÍREZ MORA y CARLOS JULIO PÁEZ NEME, los dos primeros en su condición ex trabajadores de la empresa demandada, AMAYA CÁRDENAS como conductor de los vehículos de recolección de residuos sólidos; RAMÍREZ MORA como oficios varios y, el tercero quien en ocasiones era requerido para el arreglo y suministro de materiales para dichos vehículos, fueron coincidentes en señalar que el actor se dedicaba a la conducción de los automotores con los cuales se hacía la recolección de basura en el municipio, actividad que se realizaba todos los días entre las 7:00 a.m. y las 5:00 p.m. y cuando se transportaba al lugar de destino final “Nuevo Mondoñedo” se extendía la jornada hasta las 7:00, 8:00, 9:00 p.m.; que quien realizaba la programación de actividades y le decía al accionante lo que tenía que hacer y a qué hora, era la

persona que estaba encargada como Coordinador –JORGE MAHECHA- empleado de la ESP-, situación que también admitió la representante legal en el interrogatorio; lo que hace evidente la falta de autonomía e independencia en el desarrollo de las actividades del demandante, tornándolas en subordinadas y dependientes.

Ello, ya que FRANCISCO AMAYA CÁRDENA, quien dijo haber laborado para la empresa demandada desde el año 2000, como conductor del vehículo recolector de basura, y desde hace más de dos años y medio se encuentra pensionado, precisó que el actor hacía el mismo oficio que él *“...manejamos el mismo vehículo, el compactador y también la volqueta...”*, y después del 2013 cuando llegó el otro vehículo compactador *“...ese tercer camión lo conducíamos los dos –aludiendo al actor-, siempre viajamos los dos y a veces lo llevaba a cargarlo JORGE MAHECHA, pero solamente cargarlo no viajar...”*; dijo no recordar desde cuando había estado el demandante pero *“...la verdad eso si no me acuerdo, pero él estuvo acompañándome entre 8 y 10 años...”*; que para esa época *“...cuando estaba VICTOR HUGO habían conmigo 4 conductores, uno que estaba incapacitado para conducir, y otro a veces sí y a veces no...”*; *“...me refiero a su condición de salud, a veces estaba incapacitado para manejar...”*, que no recuerda cuanto hace que el trabajador –HERNANDO GUZMAN- está incapacitado *“...el señor HERNANDO GUZMAN, tampoco sabría decirle doctor pero entre 8 y 10 años, mínimo porque don VICTOR HUGO empezó a hacer el trabajo de él...”*; que había un coordinador que era JORGE MAHECHA quien *“...era empleado y conductor de la empresa...”*, sostuvo que el demandante laboró de manera continua, ya que *“...él era el que me ayudaba, porque los únicos que viajábamos a Mondoñedo era él y yo...”*, *“...necesariamente porque yo no daba abasto con el horario completo; es decir el cargar y viajar se iban más de 8 horas...”*, precisó que el horario *“...pues normalmente así con los ayudantes y todo teníamos un horario de 7:00 a 5:00, pero muchas veces no se cumplía porque si nos íbamos a viajar por acá estábamos regresando a las 7:00, 8:00, 9:00 de la noche según las circunstancias del vehículo y de la carretera, habían accidente, trancones...”*, que elementos y herramientas de trabajo eran de la accionada *“...la empresa proporcionaba el combustible y los propios camiones...”*; les daban prendas distintivas *“...en una época nos dieron camiseta, a mí personalmente en una época me dieron chaleco...”*; que había cronograma diario de recolección y que las instrucciones para el cargue y descargue de la basura se las impartía *“...el gerente de turno y nos reunía y nos decía que debíamos hacer y ya con sola esa reunión nosotros seguíamos haciendo nuestras labores porque era la rutina, era una rutina de todos los días igual...”*.

RAMIRO RAMÍREZ MORA, dijo haber trabajado en la empresa demandada "...yo trabaje 38 años..., hasta el año pasado..."; como oficios varios "...me tocaba barrer, a lo que me tocara, lo que me mandaran...", "...barrer las calles, cargar los carros..."; distinguió al actor "...desde el 2010 que entro a trabajar en el municipio, a la Empresa de Servicios Públicos..."; que aquel manejaba, comenzaban la labor a las "...7:00 de la mañana y terminaba hasta las 5:00 de la tarde...", "...todos los días..."; que el accionante salió en el 2017 pero no sabe porque motivo; que había otro conductor que manejaba los carros de la recolección de la basura "...don AMAYA era el otro chofer..." aludiendo a FRANCISCO AMAYA "...don AMAYA era el otro chofer que manejaba el carro ..."; expuso que el actor "...él manejaba el camión cuando le tocaba y cambiaban con don AMAYA...", que quien le impartía ordenes al actor era "...el doctor JAVIER..."; y les decía lo que tenían que hacer; además, quien les daba las fechas de recolección de basura, los cronogramas como tal de actividades "...pues ahí el que mandaba era don JORGE MAHECHA...", "...don JORGE MAHECHA era el que mandaba a don HUGO...", precisó que los carros que conducía el actor "...si esos eran de la Empresa de Servicios Públicos..."; que el accionante "...era como contratista...", reiteró que laboraban de "...las 7:00 y salía a las 5:00, ese era el horario de nosotros...", precisando que el actor también cumplía ese horario y que incluso éste "...si le tocaba trabajar más de las 5 si...", que "...don JORGE MAHECHA...", era quien les decía que debían cumplir el horario; que cuando no llegaba a las 7:00 de la mañana "...ahí lo llamaban cuando faltaba uno...", pero que no había llamado de atención, además el accionante "...él llegaba puntualmente a las 7:00...".

Y, CARLOS JULIO PÁEZ NEME, manifestó que era "...electricista automotriz...", trabaja como independiente, conoce al demandante "...desde casi toda la vida...", sabe que aquel "...manejaba un carro, trabaja en Servicio Públicos de Pacho Cundinamarca...", era "...chofer...", "...eso hace más o menos como unos 10 años, que me acuerdo yo que manejaba los carros de servicio público..."; lo que le consta porque "...yo me lo encontraba, y lo veía manejando los carros, y hay veces me lo encontraba así de noche como yo viajo a Bogotá seguido y le echaba pito, él venía con el camión de la basura con el camión y el camión antes uno morado que tenían un Ford, entonces nos encontrábamos y él trabajaba ahí...", "...eso era en horas de la noche, en horas del día, como yo viajo en carro a Bogotá a cualquier hora me lo encontraba, de noche, de día..."; sobre el horario del accionante, señaló que "...la verdad es que como él llegaba temprano a trabajar porque como él vive ahí al pie mío, hay veces no sé a qué hora salía pero sé que le tocaba madrugar y hay veces a cualquier hora a trabajar..."; también dijo que "...alguna vez lo vi, les daban como camisetas o algo de Servicios Públicos...", que también manejaba dichos vehículos de la recolección de

residuos “...manejaba AMAYA...” y “...la volqueta la manejaban a veces que recogían los orgánicos aquí en el pueblo, este MAHECHA creo que era el que manejaba...”; que los vehículos que manejaba el accionante “...eran de la Empresa de servicios Públicos, porque algunas veces yo les vendía repuestos y hacía la factura a nombre de la ESP...”; y también los revisaba para reparaciones “...varias veces, para revisarle luces, revisar por ahí el arranque, como yo vivo y trabajo en el pueblo y la gente lo busca a uno y uno les colabora...”.

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 inferir la dependencia del accionante frente a ésta que de tal situación se 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.

Y, no es que se desconozca que la accionada pudiere acudir a lo regulado para los contratos estatales -Ley 80 de 1993- para efectos de vincular a quienes le prestarían servicios; esto es a contratos de prestación de servicios u órdenes administrativas (Art. 32 *Ibidem*); 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 quedaron acreditados esas condiciones que señala la jurisprudencia, ya que como se mencionó, la actividad desarrollada por el actor –conducir los carros con los que se hacía la recolección de basuras-, no implicaba de una amplia experiencia o un conocimiento profesional; además la prestación del servicio se prolongó por espacio de más 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, además se le indicaba como y cuando debía ejecutar la labor contratada, se le suministraron los elementos de trabajo, lo que lleva a concluir que fue subordinado por la entidad demandada.

Pues si bien alude la apoderada de la demandada que “...al preguntarle a uno de los testigos que consecuencias tenía don VICTOR HUGO al llegar tarde éste manifestó que no se le hacía ningún tipo de llamado de atención por parte de la ESP, situación que solicitó muy comedidamente al Honorable Tribunal valore...”, entendiéndose que con tal manifestación, en sentir de la interviniente no se evidenciaba dependencia y subordinación alguna; también se debe recordar que a renglón seguido el juez le preguntó al señor RAMIRO

RAMIREZ MORA, testigo al que se refiere la recurrente ya que ni siquiera señaló su nombre, “...¿si el actor llegó algún día después de las 7 a trabajar?...” éste contestó “...él llegaba puntualmente a las 7:00...”; por lo que lógico resulta concluir que no si no se presentaba tal situación –llegar tarde- no hubo consecuencia alguna, siendo por ello la respuesta del testigo; obsérvese que a ningún otro declarante se le preguntó sobre este aspecto particular; no obstante de haberse dado tal circunstancia, la misma por sí sola no desvirtúa la existencia del nexo de carácter laboral; como tampoco el hecho que quien “coordinara” las actividades realizadas por el demandante respecto a “...las horas y el momento en que debía realizar la recolección la basura...” como lo admitió la representante legal en el interrogatorio, fuere “...un empleado de planta de la empresa...”, “...de la misma jerarquía del señor VICTOR HUGO...” a decir de la apoderada apelante; pues era la persona que en nombre de la accionada ejercía tal función (Art. 2.2.30.2.5 del Decreto 1083 de 2015, que derogó el artículo 5° del Decreto 2127 de 1945); constituyéndose en órdenes impartidas por aquella.

Es de resaltarse que la realidad, se determina en la forma como al nivel de los hechos se ejecutó o se desarrolló el vínculo entre las partes, y no a la que establecieron en el contrato de prestación de servicios que celebraron pues, se reitera que éste, el contrato de prestación de servicios hace parte de las formas celebradas por las partes, pero no de la realidad.

Aunado a lo anterior, debe recordarse a la recurrente de la accionada, que quien alegue su condición de trabajador con base en el principio de la primacía de la realidad –Art. 53 C.P.- , para tener por acreditado el nexo laboral, le basta con demostrar la prestación personal del servicio sin que sea necesario acreditar la subordinación o dependencia laboral, pues ésta se presume en virtud del art. 20 Decreto 2127 de 1945, que regula a los trabajadores oficiales, como ocurrió en el presente asunto; por lo que no resulta acertada su manifestación cuando afirma que el actor “...éste deberá demostrar los 3 elementos del contrato de trabajo y no simplemente algún elemento; es claro que está exigencia se predica de la demostración de la relación laboral...”. Sobre este punto, señaló la Corte Suprema de Justicia “...En este orden de ideas, aflora patente que el fallador no incurrió en el dislate jurídico que le enrostra el recurrente, pues una vez encontró acreditada la prestación personal del servicio de la actora activó la presunción explicada que, en puridad de verdad,

el llamado a juicio no logró desvirtuar. Y como de antaño lo tiene ilustrado esta Corporación la sola presencia de los contratos de prestación de servicios no es suficiente para derruirla, como también lo pretende el impugnante...” (Sent. CSJ SL4537-2019, Radicación No. 73936 de 21 de octubre de 2019).

Así las cosas, al no lograr la demandada desvirtuar la presunción señalada, se debe tener por acreditado la existencia del contrato de trabajo entre las partes, que se desarrolló dentro de los extremos temporales definidos por el *a quo* -12 de enero de 2010 y el 27 de diciembre de 2016; pues aunque la parte accionada asevere que se dio solución de continuidad entre uno y otro contrato; dicho lapsos no alcanzan a destruir la unidad contractual, conforme la jurisprudencia lo tiene adoctrinado, al señalar “...En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece...” (Sentencia CSJ SL4816-2015, reiterada en la SL981 de 2019 de 20 de febrero de 2019, radicación No. 74084); téngase en cuenta que esas interrupciones no alcanzaron al mes entre uno y otro contrato conforme se observa en el siguiente cuadro, sin que se advierte que la intención de la empresa era no continuar con el contrato sino que ello obedecía según la representante legal a que “...hubo cambio de periodo y en los inicios de los periodos el representante legal no tiene la autonomía para hacer la contratación hasta tanto no lo solucione legalmente ante cámara y comercio y pueda realizar contratación...”, “...los cambios de periodos son los cambios de los representantes legales de la empresa..” situación que acontece “...normalmente es cada 4 años...”.

| No. Contrato | Fecha Inicial | Plazo de contrato | Fecha Final | Solución de continuidad |
|--------------|---------------|--------------------|-------------|-------------------------|
| No.004/2010 | 12/01/2010 | 11 meses | 11/12/2010 | 22 días |
| No. 007/2011 | 03/01/2011 | 12 meses | 02/01/2012 | 9 días |
| No. 002/2012 | 12/01/2012 | 11 meses y 15 días | 26/12/2012 | 20 días |
| No. 001/2013 | 15/01/2013 | 11 meses y 15 días | 30/12/2013 | 3 días |
| No. 004/2014 | 3/01/2014 | 12 meses | 02/01/2015 | 8 días |
| No. 003/2015 | 10/01/2015 | 12 meses | 09/01/2016 | 2 días |
| No. 005/2016 | 12/01/2016 | 3 meses | 11/04/2016 | 22 días |
| No. 010/2016 | 03/05/2016 | 8 meses | 02/01/2017 | |
| | | | | |

A continuación, al declararse el contrato de trabajo, procede la sala a verificar las condenas que fueron objeto de apelación. Hasta aquí, la decisión conjunta de la Sala.

La mayoría aclara que en el presente caso no hay lugar a revisar las condenas impuestas por el juzgador de primera instancia por concepto de **intereses sobre las cesantías y primas de servicios**, so pena de vulnerar, por un lado, el principio de consonancia y, por el otro, el debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, como un derecho fundamental de las partes de un litigio.

Frente al principio de consonancia, baste con mencionar que en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, reformado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, dispone que la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de los autos apelados, **deben estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.**

Sobre su alcance, la jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que esta pauta procedimental restringe la actividad de la segunda instancia a los puntos concretos sobre los cuales las partes deben haber manifestado su inconformidad, sin que pueda desbordar tales límites, ni corregir errores en la decisión que se revisa, en razón a que, para el caso de la entidad demandada, su silencio sobre estos aspectos debe entenderse como una conformidad con lo decidido (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia radicado 31199 de 2007).

En cuanto al debido proceso, suficiente con recordar que este debe ser entendido como aquella prerrogativa constitucional que exige que las autoridades judiciales sujeten sus actuaciones a los procedimientos previamente establecidos, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y la ley, en defensa y preservación del valor material de la justicia (Corte Constitucional, sentencia C-641 de 2002).

En ese orden, si la Sala emprendiera un análisis en tal dirección se vulneraría el debido proceso de la parte demandante, por no seguirse las formas propias de cada juicio, escenario en el que está precisamente el principio de consonancia que rige en materia procesal laboral. Incluso, sería casi como abrogarse una defensa que no le corresponde al juzgador y ello, sin duda, colisionaría no solo con el deber de

imparcialidad, sino, además, con el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social según el cual es deber del juez no solo dirigir las etapas del procedimiento, sino adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales y **el equilibrio de las partes** (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencias SL14925-2014 radicado 44997, SL14964-2016 radicado 45420).

A lo dicho se agrega que lo anterior en manera alguna afectaría el principio de prevalencia del derecho sustancial reconocido en el artículo 228 constitucional, sino que, antes bien, permite realizarlo cabalmente, en la medida en que, por mandato de la propia Constitución toda persona tiene derecho a un debido proceso, cuya inobservancia resulta necesaria para legitimar el pronunciamiento judicial que dirima el litigio.

Hasta aquí los argumentos de la mayoría. Continúa en consecuencia la Sala en conjunto así:

En este orden se advierte que si bien el Decreto 1045 de 1978 fija reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional; en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 1919 de 2002, se extendió a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades territoriales a que refiere el artículo 12 de la Ley 4ª de 1992, el régimen de prestaciones mínimas consagrado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional; por lo que es la norma a aplicar en el caso concreto, y en la que se consagran como prestaciones sociales, en su artículo 5º, entre otras, conforme las pretensiones de la demanda, **vacaciones y cesantías**;

En ese orden, el demandante tiene derecho a las cesantías, de cuya liquidación se duele el apoderado del actor, considerando que el juez tomó los salarios determinados en los contratos de prestación de servicios de cada época, cuando en su sentir, tal liquidación debió efectuarse con base en el último salario percibido; entendimiento que no es acertado, como quiera que la Ley 50 de 1990 señaló un nuevo régimen en

materia de auxilio de cesantías y, determinó conforme el numeral 1° de su artículo 99, como obligación del empleador que “...**El 31 de diciembre de cada año se dará la liquidación definitiva de cesantías, por la anualidad** o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación del contrato...”; significando ello, que es con el salario devengado en cada anualidad que se debe realizar la correspondiente liquidación de esa acreencia; norma que como se dijo, se extendió su aplicación a los trabajadores del sector público con la Ley 344 de 1996; además, el actor inició la prestación de sus servicios con posterioridad a la entrada en vigencia de la aludida Ley 50 de 1990 -1° de enero de 1991; pues la liquidación en la forma que lo refiere el recurrente es para aquellos trabajadores que se encuentran o encontraban en el régimen tradicional de cesantías, es decir que habían ingresado a laborar antes de regir la Ley 50, que no es el caso del actor; por lo que la liquidación de cesantías con base en el salario de cada anualidad que practicó el fallador de instancia, se encuentra ajustada a derecho; lo que lleva la confirmación de la decisión al respecto.

Precisándose que, si bien la apoderada de la parte accionada solicita “...*tenga en cuenta que las condenas impuestas por el Juez de instancia se encuentran prescritas de conformidad al artículo 488 del CST...*”; figura jurídica que para el sector oficial se encuentra consagrada en los artículos 41 de la Ley 3135 de 1968 y 102 de D.R. 1848 de la misma anualidad; tal pedimento no puede ser de recibo en esta oportunidad procesal, como quiera que, en la justicia ordinaria y conforme las previsiones del artículo 282 del CGP, aplicable en materia laboral por disposición del artículo 145 del CPTSS, dicho medio exceptivo no puede declararse de manera oficiosa, sino que debió haber sido propuesto por la pasiva en la contestación de la demanda, lo que no se advierte del escrito de contestación de la demanda que dicha parte hiciera (fls. 84 a 100); situación que impide hacer el pronunciamiento o análisis que ahora reclama la apoderada de la demandada, en su recurso; pues en esas condiciones se entiende extemporánea tal petición.

Como tampoco surge procedente que se niegue el pago de las vacaciones, tal como la dicha interviniente lo reclama, pues, aunque como bien lo sostiene ésta “...*ese emolumento reconocido no hace parte del reconocimiento de la carga prestacional...*”; no obstante, se

reitera, es un derecho derivado de la existencia del contrato de trabajo declarado, se torna en irrenunciable al constituir en el mínimo de garantías del trabajador, y su reconocimiento fue pretendido en la demanda.

Frente a la nivelación salarial que reclama el accionante, considerando que *“...quedo demostrado conforme al interrogatorio de parte rendido por la parte demandada que mi cliente hacía las mismas funciones que el señor FRANCISCO AMAYA CÁRDENAS, igualmente, también fue corroborado por el señor FRANCISCO AMAYA CÁRDENAS que él hacía las mismas funciones...”*; se advierte que si bien es cierto el testigo referido por el recurrente AMAYA CÁRDENAS, señaló que realizó la misma actividad del demandante y en su decir en iguales condiciones; debe decirse que no se allegó medio de prueba del cual se pueda inferir que el cargo del aludido AMAYA CÁRDENAS, fuera el de conductor, como tampoco las funciones que tenía asignadas en la empresa demandada, para inferir como lo hace el recurrente que eran las mismas del demandante, aspecto que no es factible acreditar con la simple manifestación del testigo.

La representante legal señaló que las funciones del accionante *“...son apoyo a las labores que realizan los empleados de planta...”*; por ello *“...el empleado de planta tiene un salario asignado de acuerdo a una tabla que hay para la asignación de los salarios para los empleados de planta, ... el valor que se les paga por honorarios a los prestadores de servicios es diferente, o sea no tiene que ser igual al de planta...”*; precisando que habían otras personas que también ejercían la labor de conducción *“...estaba HERNANDO GÚZMAN-, estaba JORGE MAHECHA y estaba el señor FRANCISCO AMAYA...”*; y que JORGE MAHECHA, era la persona que coordinaba las actividades del demandante, es decir le asignaba los turnos y le indicaba *“...las horas y el momento en que debía realizar la recolección la basura...”*.

Obsérvese que no solo el señor AMAYA CÁRDENAS ejercía la labor de conductor, pues conforme lo señala la representante legal y se corroboran con la prueba testimonial, también JORGE MAHECHA se desempeñaba con tal, siendo a la vez quien coordinaba las actividades del accionante, como lo señaló la representante legal; por lo que no es factible colegir como se sostiene en la demanda que *“...Mi poderdante durante el término de la relación laboral ejerció las funciones en igualdad de condiciones con los empleados de planta o formales de la empresa de servicios públicos...”* (hecho 20, fl. 4); ya que como se dice, éste realizaba labores diferentes y adicionales a las del actor, situación que no

permite concluir que las labores se realizaban en igualdad de condiciones que los trabajadores de la accionada. Bajo ese contexto, no es factible acceder a la nivelación reclamada.

Respecto a la absolución por el auxilio de transporte, es pertinente recordar que 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 a excepción del año 2010 que el mínimo estaba en \$515.000 por ende los dos salarios sumaban \$1.030.000; en las demás anualidades el salario de aquel no superaba ese tope; téngase en cuenta que su remuneración mensual conforme los montos determinados por el *a quo*, era: para el 2010 \$1.091.000; 2011 \$1.067.500; 2012 \$1.127.886.36; 2013 \$1.127.886.36; 2014 \$1.176.000; 2015 \$1.230.000 y; 2016 \$1.316.000. Como la empresa demandada no acreditó el pago a favor del accionante de dicho emolumento, al que tenía derecho éste, se condenará a su reconocimiento. Así, efectuadas las respectivas operaciones, conforme la siguiente tabla, dicha condena asciende a la suma de \$5.714.880.00.

| Anualidad | FECHAS | AUX.TRASP. MES | TOTALAUX. TRASPORTE |
|-----------------------|-------------------------|-------------------|------------------------|
| 2010 | 12/01/2010 a 31/12/2010 | \$61.500.00 | \$715.450.00 |
| 2011 | 01/01/2011 a 31/12/2011 | \$63.600.00 | \$763.200.00 |
| 2012 | 01/01/2011 a 31/12/2012 | \$67.800.00 | \$813.600.00 |
| 2013 | 01/01/2011 a 31/12/2013 | \$70.500.00 | \$846.000.00 |
| 2014 | 01/01/2011 a 31/12/2014 | \$72.000.00 | \$864.000.00 |
| 2015 | 01/01/2011 a 31/12/2015 | \$74.000.00 | \$888.000.00 |
| 2016 | 01/01/2011 a 23/12/2016 | \$77.700.00 | \$924.630.00 |
| Totales: | | | \$5.714.880.00 |

Finalmente reclama el accionante la condena por las sanciones moratorias –artículo 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990- considerando entre otros argumentos, que *“...el hecho de que se haya contratado a mi cliente para desempeñar las mismas funciones de un trabajador de planta, si es notorio que se quería disfrazar la relación laboral, eso en ninguna manera es indicio de buena fe, es indicio de mala fe porque si voy a contratar a un trabajador para que me desarrolle las mismas funciones o a una persona por contrato de prestación de servicios para que me desarrolle las mismas funciones de un trabajador de planta, obviamente que si estaba convencida y sabía que era un contrato de trabajo, luego es forzoso concluir que si había ánimo de esconder esa relación laboral...”*:

Estima la mayoría que atendiendo la condición de trabajador oficial que ostentaba el accionante, la sanción reclamada por el apoderado del actor–Art. 65 del CST-, no es

procedente, ya que el derecho en la forma reclamado no le corresponde a un trabajador oficial, lo que sería suficiente para rechazar la petición toda vez que la Corporación como juez de segunda instancia carece de facultades para fallar de manera extra o ultra petita. Además en gracia de discusión se señala que para los trabajadores oficiales rige el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, norma que determina un plazo de 90 días para la cancelación de los haberes laborales al trabajador oficial; y respecto de la cual la jurisprudencia, ha precisado que no es de aplicación automática ni inexorable puesto que el juzgador antes de fulminar la condena solicitada, debe indagar si la conducta desplegada por el empleador para omitir o retardar el reconocimiento de las acreencias laborales estuvo revestida de buena fe patronal (Sentencia del 8 de julio de 2003, Rad. 20586, reiterada en la del 23 de septiembre de 2008, Rad. 33615), entre otros pronunciamientos.

Y es que en el presente asunto, no es factible predicar que hay lugar a la sanción deprecada, pues si bien el empleador no reconoció los haberes laborales derivados del contrato que se estableció, dicha situación por sí sola no conlleva la imposición como al parecer lo entiende el recurrente; pues debe advertirse que la empresa demandada actuaba bajo el pleno convencimiento que no existía un vínculo de naturaleza laboral, y que tenía igualmente el demandante, aunque errado, ya que la modalidad de contratación utilizada por ésta –de prestación de servicios- se encuentra legalmente autorizada en el sector público, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 numeral 3 de la Ley 80 de 1993, sin que, se advierta intención en la pasiva de querer vulnerar los derechos del accionante utilizando esa forma de contratación; menos aún concebir que *“...si había ánimo de esconder esa relación laboral...”*; actitud de buena fe que se evidencia con la documental allegada, toda vez que las partes en su desarrollo se sometieron a dicha normatividad ya que celebraban actas de inicio y finalización de los contratos (fls. 158 a 160, 194, 195, 209, 212, 213, 219, 225, 226, 245, 246, 253, 264 a 266, 273, 298, 303 y 304), se certificaba la idoneidad del actor (fl. 193), presentaba informes sobre su actividad, se le efectuaba el pago correspondiente en los términos estipulados en los convenios; además el actor no objetó los contratos celebrados, por lo que perfectamente la accionada podía entender que la vinculación no era de carácter laboral, máxime cuando no

quedo probado que mediante engaños hubiera firmado dichos contratos para evadir el pago de los derechos laborales del demandante.

Ahora, el hecho que le hiciera constar que durante la ejecución del servicio, el actor *“...ha demostrado buena conducta, responsabilidad, cumplimiento y colaboración...”*, como se indica en la certificación expedida por la Tesorera de la ESP el 26 de marzo de 2014 (fl. 38), tal situación no es indicativa del convencimiento de la entidad de un contrato de naturaleza contractual laboral y por ende, del actuar de mala fe de la accionada, como lo entiende el interviniente; nótese que allí también se indica que ejecuta una *“...Orden de Prestación de Servicios..”*, siendo coherente de su convencimiento.

Además, recuérdese que no quedó evidenciado, como erradamente lo sostiene el recurrente del actor *“...que las labores de mi cliente eran desempeñadas en igualdad de condiciones con el señor FRANCISCO AMAYA CÁRDENAS...”*; y que por ello *“...los contratos de prestación de servicios a toda luz fueron para disfrazar esa realidad...”*; pues se repite no fue lo acreditado en el expediente; y de haber sido así, tal situación tampoco lleva implícito un actuar que dé lugar a considerar que la demandada quería defraudar los intereses del demandante; por lo que tales circunstancias permiten liberar a la demandada de las sanción analizada, como lo hizo el *a quo* y que al encontrarse tal determinación ajustada a derecho se confirmará.

Los mismos argumentos sirven de soporte y son suficientes frente a la reclamación de la sanción por la no consignación de las cesantías; por lo que igualmente se confirmará la absolución impartida al respecto.

Por consiguiente, continua la Sala, deberán modificarse la decisión que se revisa en los términos señalados en precedencia y confirmar en lo demás, por las razones aquí expuestas; sin condena en costas en esta instancia.

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** parcialmente el numeral 5° del fallo apelado, que denegó las demás pretensiones de la demanda, para en su lugar **CONDENAR** a la parte demandada, pagar al accionante la suma de \$5.714.880.00, por concepto de auxilio de transporte, conforme la parte motiva de esta providencia.
2. **CONFIRMAR** en lo demás el fallo que se revisa.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada
Salvamento Parcial de Voto



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA