

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

Magistrado: **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**
Proceso: Ordinario
Radicación No. 25269-31-03-001-2019-00061-01
Demandante: **ALBERTO BARRUETO BUSTAMENTE**
Demandado: **RAFAEL ANTONIO BOTIA GIL**

En Bogotá D.C. a las nueve de la mañana (9.00 am) del cinco de octubre de dos mil veinte (2020) la Sala de decisión Laboral que integramos **MARTHA RUTH OSPINA GAITAN**, **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**, y quien la preside como ponente **JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA**, procedemos a proferir la presente sentencia escrita de conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020. Examinadas las alegaciones, se procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta, la sentencia de 3 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES.

ALBERTO BARRUETO BUSTAMANTE demandó a **RAFAEL ANTONIO BOTÍA GIL**, para que previo el trámite del proceso ordinario, se declarara la existencia de la relación laboral entre las partes, vigente del 8 de julio de 2017 al 11 de enero de 2019, la cual terminó por despido sin justa causa; en consecuencia, fuera condenado a pagarle del tiempo laborado sumas que relaciona por cesantías, intereses junto con su sanción, primas, vacaciones, horas extras, dominicales y festivos, auxilio de transporte, dotación, indemnizaciones (artículos 64, 65 del CST y, 99 de la Ley 50 de 1990) y, costas.

Como fundamento de las peticiones expuso que con el demandado celebró contrato verbal de trabajo, que estuvo vigente entre el 8 de julio de 2017 y el 11 de enero de 2019, por 1 año 6 meses y 3 días; pactando como salario las sumas mensuales pagaderas en quincenas de \$950 mil pesos durante el 2017 y \$980 mil para el 2018;

desempeñando el cargo de CONDUCTOR del bus de placas SKF 152 con número interno 05, para transportar el personal de la empresa FLORES MILONGA, entre los municipios de Facatativá y el Rosal, ida y regreso; laborando de lunes a sábado *“...pero si la empresa trabajaba domingos y festivos ... tenía que trabajar. y en el horario que ellos necesitaran es decir, que si había que trabajar horas extras se trabajaban...”*; iniciaba la ruta a las *“...4:20 de la mañana ir al parqueadero recoger el bus y comenzar la ruta recogiendo la gente para llevarla a la empresa, posteriormente llevar el bus a tranquear, hacerle aseo, llevarlo a revisión mecánica o lo que estuviera pendiente del bus y finalmente estar pendiente en la empresa para recoger la gente, así mismo esperar a que el personal saliera, porque si el personal trabajaba horas extras ... tenía que esperar a que salieran es decir que también tenía que trabajar horas extras por disponibilidad de tiempo, además si los trabajadores tenían que trabajar domingos y festivos mi poderdante también tenía que transportarlos, es decir que también trabajaba dominicales y festivos...”*; ejecutó la labor de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador, cumpliendo el horario de trabajo señalado por éste *“...de lunes a sábado de 4:20 a.m. a hasta (sic) que los empleados salieran de trabajar algunas veces hasta las 9:00 p.m., es decir que la mayoría de veces había que trabajar horas extras y festivas...”*; el demandado vendió el bus el “7 de enero” (sic), cuando llegó a laborar y se presentó el señor JAVIER GARZÓN quien le dijo que había comprado el vehículo y que *“...ahora iba a recibir las órdenes de él, además que de ahí en adelante el bus se iba a dejar en un parqueadero del municipio de El Rosal y que tenía que madrugar a recoger el bus ahí hacer la ruta de recoger la gente de la empresa...”*, ante las nuevas condiciones laborales *“...las cuales se habían desmejorado por parte del aquí demandado quien no le había informado de que (sic) había vendido el bus ... que tenía que salir de Facatativá a las 3 de la mañana irse en transporte propio hasta el Rosal sin que el empleador le reconociera dichos gastos y horas extras...”*; se vio obligado a renunciar a su trabajo el 11 de enero de 2019; el demandado lo afilió a seguridad social en salud a FAMISANAR, en pensión a PORVENIR como independiente a través de la oficina PREVISION DESARROLLO HUMANO SAS y PREVISOCIAL; el demandado le expidió certificaciones laborales *“...aclaro a su señoría que en dicha certificación el salario se estableció por un valor mayor al que mi poderdante realmente recibía mensualmente ya que mi poderdante le solicito la certificación laboral para realizar un préstamo en el banco...”*; el demandado no le ha cancelado las acreencias que reclama con esta acción pese a que le envió liquidación para su reconocimiento (fls. 10 a 19 y 24 a 27). La demanda fue admitida el 2 de mayo de 2019, dándosele el trámite de UNICA INSTANCIA (fl. 29).

Dentro de la audiencia prevista en el artículo 72 del CPTSS, la apoderada del demandado recorrió el traslado oponiéndose a las pretensiones, considerando que

no encuentran respaldo en la realidad de los hechos, como quiera que la totalidad de los hechos y de las pretensiones carecen de fundamento fáctico y jurídico como se demostrará en el transcurso del proceso; solicitó se resuelvan de forma desfavorable la totalidad de las pretensiones y se condene al demandante a las costas procesales; negó los hechos, señalando que el vínculo que existió entre las partes fue contrato de prestación de servicios donde con el actor como contratista se pactó pago por prestación de servicios de \$1.153.000 mensuales desde el 3 de agosto de 2017, para el 2018 se reajustó el contrato de prestación de servicios en un 6% pagándosele la suma de \$1.222.180.00, terminándose el contrato el 31 de diciembre de 2018; que el actor se comprometía a transportar personal de Facatativá a la flora FLORES MILONGA S.A. a llevarlos y traerlos de lunes a sábado, domingos y festivos cuando era necesario; las condiciones acordadas era que el demandante se comprometía a entregar el personal a las 5:30 a.m. en la flora FLORES MILONGA S.A., el bus quedaba estacionado en la flora y desde esa hora el conductor disponía de su tiempo hasta que la Jefe de Post cosecha de FLORES MILONGA S.A. lo llamaba para comunicarle la hora de salida del personal, una vez repartido el personal en Facatativá el conductor llevaba el bus al parqueadero asignado, se tanqueaba una vez a la semana y la tecno mecánica se hacía una vez al año; el actor fue relevado por su hijo en varias ocasiones “...a quienes inclusive le fueron impuestos comparendos...”; que el demandante sabía desde que empezó a conducir el bus, que por ser el vehículo modelo 1983 tenía que ser retirado del servicio el 31 de diciembre de 2018 para su correspondiente chatarrización, es decir “*desintegración obligatoria*”, fecha esta que fue la última vez que lo manejó, que el contrato que tenía el demandado con la empresa FLORES MILONGA para transporte de personal terminó en diciembre de 2018; además “...el actor compró en diciembre del 2018 un camión manifestando que se iba a dedicar a trabajar y se desafilió del servicio del sistema integral de seguridad social como persona independiente el 31 de diciembre de 2018...”; que si bien firmó la certificación que aparece con fecha el 29 de noviembre de 2017, lo hizo por insistencia del actor, quien la mandó hacer el mismo para solicitar préstamo en un banco y en donde se consignaron datos que no eran ciertos como el salario, fecha de ingreso y la modalidad de contrato; también firmó la certificación del 11 de enero de 2019 por amistad, que igualmente mandó elaborar el actor donde se alteraron datos como la

fecha de ingreso, el salario, el tipo de contrato; precisó que el contrato de prestación de servicios con el demandante se desarrolló entre el 3 de agosto de 2017 al 31 de diciembre de 2018; el actor cotizó para seguridad social en forma independiente; propuso las excepciones de fondo o mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, cobro de lo no debido, buena fe, y la “genérica” (Cd. y acta de audiencia, fl. 41).

II. SENTENCIA DEL JUZGADO.

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, mediante sentencia de 3 de febrero de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho o inexistencia del contrato de trabajo propuesta por el accionado, negó las pretensiones de la demanda y, le impuso las costas al accionante (fls. 70 a 81).

Como quiera que la decisión fuere totalmente desfavorable a los intereses del actor, y por tratarse de un proceso de única instancia, se remitió el expediente a esta Corporación para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo dispuesto por la Corte Constitucional (Sentencia C-424 de 2015).

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:

La apoderada del demandado, solicita se confirme el fallo al considerar que entre las partes existió un contrato de prestación de servicios, donde el demandante se comprometió a conducir el bus para transportar el personal de las flores, dejarlos a las 5.30 de la mañana y llevarlos nuevamente a Facatativá, se afilió a la seguridad social como independiente según certificación expedida por la Asociación Mutual Previsocial, realizó su labor de manera independiente y autónoma, hasta podía relevarlo otra persona como lo manifestó en su declaración, siendo su hijo quien en varias oportunidades lo reemplazo. Que con la demanda se allegaron certificaciones laborales que el actor le pidió el favor al accionado que le firmara para tomar en arriendo una casa y otra para solicitar un préstamo, las cuales no se ajustaban a la realidad; pues se estableció el salario por un valor mayor al que realmente recibía mensualmente, y los datos sobre la fecha de ingreso no coincide entre sí, ni tampoco con la indicada en el libelo de demanda; al igual que ocurre con el monto de salario, ya que las sumas allí relacionadas son diferentes, incluso con las que aparecen en el escrito de demanda, y las referidas en el interrogatorio de parte por el accionante; observándose inconsistencias en los documentos y en lo dicho por el demandante en audiencia.

A su vez, la apoderada del demandante, pide se revoque la decisión y se condene a todas las pretensiones de la demanda, junto con las horas extras, se liquiden las acreencias con los salarios manifestados por el demandado en el interrogatorio, esto es para el año 2017 \$1.153.000 y para los años 2018 y 2019 \$1.222.180, como quiera que se demostró que entre las partes existió una relación laboral, que quien afilió a seguridad social fue el demandado pues así lo acordó el mismo y se prueba con el contrato de prestación de servicios que tenía el demandado con la empresa FLORES MILONGA donde este debía afiliarse a seguridad social a sus empleados y pagarles las respectivas prestaciones sociales, también quedo demostrado que se trabajaba horas extras pues con la planillas y con la contestación dada (sic) por la empresa FLORES MILONGA.

Que la Juez “...niega los derechos laborales manifestando que no se logró probar que labores realizaba mi poderdante después de que dejaba a los empleados de la empresa en la misma...”; pero no tuvo en cuenta la disponibilidad de tiempo para cuando la empresa dijera que tenía que recoger el personal; con las planillas

aportadas por la empresa FLORES MILONGA quedo demostrado que la empresa no tenía un horario fijo y que no podía disponer de su tiempo es decir que no quedaba libre después de que dejaba el personal en la empresa, pues en ese tiempo lo que hacía era hacerle aseo al bus, mantenimientos mecánico, tanquera y tenía que quedarse en la empresa porque no sabía a qué hora salía el personal; siendo procedente el reconocimiento de horas extras por disponibilidad de tiempo de los empleados, como se dijo sentencia SL5584-2017 Radicación N° 43641 Magistrado Ponente JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN; puesto que a quien le corresponde la carga de la prueba es al Empleador en este caso al demandado señor RAFAEL ANTONIO BOTIA GIL, quien debió probar que el actor solo trabajaba 2 horas al día como lo manifestó en interrogatorio.

IV. CONSIDERACIONES

Señala el actor que celebró contrato verbal de trabajo con el demandado, que estuvo vigente entre el 8 de julio de 2017 y el 11 de enero de 2019, desempeñando el cargo de CONDUCTOR del bus de placas SKF 152 con número interno 05 de propiedad de aquel, mediante el cual transportaba el personal de la empresa FLORES MILONGA, entre los municipios de El Rosal y Facatativá, ida y regreso; laborando de lunes a sábado y si la empresa laboraba domingos y festivos él también debía hacerlo; que iniciaba la ruta a las “...4:20 de la mañana ir al parqueadero recoger el bus y comenzar la ruta recogiendo la gente para llevarla a la empresa, posteriormente llevar el bus a tranquear, hacerle aseo, llevarlo a revisión mecánica o lo que estuviera pendiente del bus y finalmente estar pendiente en la empresa para recoger la gente, así mismo esperar a que el personal saliera, porque si el personal trabajaba horas extras ... tenía que esperar a que salieran es decir que también tenía que trabajar horas extras por disponibilidad de tiempo, además si los trabajadores tenían que trabajar domingos y festivos mi poderdante también tenía que transportarlos, es decir que también trabajaba dominicales y festivos...”, ejecutó la labor de manera personal, atendiendo las instrucciones del empleador, cumpliendo con el horario de trabajo señalado por éste “...de lunes a sábado de 4:20 a.m. a hasta (sic) que los empleados salieran de trabajar algunas veces hasta las 9:00 p.m., es decir que la mayoría de veces había que trabajar horas extras y festivas...”, que al vender el demandado el bus, cambiaron las condiciones laborales, se vio abocado a renunciar el 11 de enero de 2019; el demandado lo afilió como trabajador independiente a seguridad social en salud a FAMISANAR, en pensión a PORVENIR.

Se observa que la controversia en esta instancia, radica en determinar si se configuran los elementos del contrato de trabajo entre las partes; de ser así, si proceden las condenas reclamadas en la demanda.

Teniendo en cuenta los principios reguladores de la carga de la prueba, a cada parte le corresponde demostrar los supuestos fácticos de las normas cuyos efectos persiguen (Art. 164 del CGP y 1757 del C.C). En este orden de ideas, le

corresponde al demandante demostrar el contrato de trabajo, los extremos y el salario, para cuantificar las eventuales prestaciones a que tiene derecho.

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., establece 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.

El demandado desde la contestación de la demanda negó la existencia del contrato de trabajo, precisando que celebró con el actor contrato de prestación de servicios, para que aquel le condujera el bus de su propiedad, comprometiéndose a transportar el personal de FLORES MILONGA S.A., llevarlos y traerlos de lunes a sábado, domingos y festivos cuando era necesario; la condiciones acordadas eran que el demandante se comprometía a entregar el personal a las 5:30 a.m. en FLORES MILONGA S.A., el bus quedaba estacionado en la flora y desde esa hora el conductor disponía de su tiempo hasta que la Jefe de Post cosecha de FLORES MILONGA S.A. lo llamaba para comunicarle la hora de salida del personal, una vez repartido el personal en Facatativá el conductor llevaba el bus al parqueadero asignado, se tanqueaba una vez a la semana y se le hacía la tecno mecánica una vez al año. Aspectos que ratificó en el interrogatorio, precisando que *“...yo tengo o en ese tiempo había comprado un busecito, lo tenía ahí, SKF152 de mi propiedad, si yo compre ese bus, me encontré al señor un día –refiriéndose al actor-, le ofrecí que si podía trabajar con ese vehículo, él me dice que está sin trabajo si, entonces hicimos un contrato de prestación de servicios en el cual yo le dije a él puedo pagarle equis plata por ese trabajo y él aceptó...”*, que recuerda que el contrato inició *“...eso fue un 3 de agosto de 2017...”*, *“...en que se aseguró el señor para poder laborar en la empresa FLORES MILONGA, porque era el requisito de la empresa tener seguridad social al día, sin seguridad social no pueden ingresar...”*; que *“...yo ese año le ofrecí pagar al señor \$1.153.000 en el 2017 por*

la conducción de ese vehículo, a partir del 3 de agosto...”; el horario era “...reiniciar una ruta 4 y media y terminar 5 y media en MILONGA...”, “...una inicia una ruta 4 y media de la mañana se está entregando el personal en la flora a las 5 y media más o menos, entre 5:20 o 20 para las 6, se deja el vehículo en la misma flora, ahí no se puede quedar nadie doctora porque toda empresa hace salir el personal...”, regresaba a recoger el personal “...cuando la supervisora de la post cosecha lo llamaba y le decía a qué hora salía, era el tiempo que él laboraba, una hora en la mañana, una hora en la tarde; no es más el tiempo que se trabaja ahí doctora...”; que el personal por lo general sale a las 2:30 p.m. “...la mayor parte si, ocasionalmente llegaron a salir a las 1:00 de la tarde, 12:00 del día, pero eso es muy ocasional doctora, en el tiempo que se dice que trabajaba tarde de la noche, eso solamente se ve en temporadas doctora y él solo trabajó una temporada allí...” y la temporada dura “...20 días...”, “...en la temporada de San Valentín; salían a la 9:00 o 10:00 de la noche...”; cuando el personal sale a las 10:00 de la noche “...el personal ingresa a la misma hora 5:30 de la mañana, el señor salía se venía para Faca, no sé qué hacía en su tiempo libre y regresaba cuando la Supervisora de la post cosecha lo llamaba...”; precisó que el demandante utilizaba diariamente “...dos horas doctora, eso es una hora de recorrido por la mañana y una hora de recorrido en la tarde, no es más doctora...”, para la seguridad social “...inicialmente él se afilió como independiente, entonces, él se afilia yo le estoy pagando el \$1.153.000 en ese tiempo, él comienza a colgarse con el pago de la seguridad social, entonces de ahí en adelante comienzo yo a descontar de ese dinero que yo le cancelaba, comienzo yo a descontar y pago la seguridad social del señor...”, es decir “...del \$1.153.000 que iniciamos se descontaban \$245 en ese año creo que era lo que valía el paquete de la seguridad social...”; que el actor condujo el vehículo “...hasta el 31 de diciembre de 2018, que fue el tiempo que pude laborar ese vehículo, ahí ya llegó cancelación de matrícula, el vehículo fue chatarrizado; él sabía, eso lo sabía él que esos carros ya salían ese año...”; por “...cancelación de tarjeta de propiedad doctora, no tenía más vehículos...”; que del mantenimiento del vehículo él —el demandado— estaba pendiente “...yo tengo mis mecánicos, yo tengo mi eléctrico, tengo el mecánico de patios, que son los que siempre han hecho eso...” y también para el aseo “...yo lo mando lavar en lavaderos...”, “...yo laboraba en la misma empresa, yo laboraba en la misma empresa y estaba pendiente del vehículo, doctora cuando uno por ejemplo ese vehículo se tanqueaba cada 8 días, eso dura porque es una hora por la mañana y una hora por la tarde, es un vehículo que hace una capacidad un tanque de más o menos unos \$500 mil pesos en combustible, entonces ya uno sabe y eso se tanquea cada 8 días, el aseo pues yo veía el carro muy sucio y lo mandaba al lavadero, en ocasiones lo llevé yo mismo cuando salía...”, y “...el señor ALBERTO me decía don RAFAEL el carro está fallando algo, y yo llevémoslo al mecánico...”, precisando que tenía contrato con la empresa FLORES MILONGA para transportar el personal en virtud de lo cual vinculó al demandante y cuando éste no podía

conducir el bus le pagaba a otro conductor “...al hijo, en varias ocasiones, eso fueron varios días...”; “...pudo haber sido así salteados, yo creo que fueron como unos 15 relevos...”; “...cuando él –aludiendo al actor- decía que por ejemplo no podía ir pues a mí me tocaba contratar a otra persona, y fue al hijo...”.

Al proceso se aportó: (i) CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS INDEPENDIENTES No. 0002 de fecha 2 de enero de 2017, celebrado entre el demandado como CONTRATISTA y la empresa FLORES MILONGA S.A., como CONTRATANTE, cuyo objeto era “...EL **CONTRATISTA**, en su calidad de **TRABAJADOR INDEPENDIENTE** se obliga para con el **CONTRATANTE** a ejecutar con plena autonomía científica, administrativa, técnica y operativa, sin que exista subordinación ni relación laboral alguna respecto al **CONTRATANTE** las actividades propias del servicio independiente contratado, consistentes específica y concretamente en: **Transporte oportuno y seguro de personal, en la ruta acordada con el contratante y acorde con el horario laboral establecido por la empresa. Bus de Facatativá placa: SKF 152 nuero interno 05, CONMILENIO (empresa de transporte).** El origen de la ruta es el Rosal a Facatativá y viceversa y Bogotá – Subachoque – Madrid y viceversa...” (fls. 59 a 62); (ii) PLANILLAS DE PORTERIA en las cuales se registra la llegada del vehículo SHF 152, como lo indica el representante legal de la empresa FLORES MILONGA S.A., en respuesta al oficio No. 549 de 10 de septiembre de 2019, librado por el juez de conocimiento (fls. 67 y 68), y en las que se relacionan los siguientes datos: fecha –día, mes, año-, jornada normal –hora de llegada- y, firma del conductor, registrándose como tal a ALBERTO BARRETO O ALBERTO BARRIENTOS, del tiempo comprendido entre el 7 de noviembre de 2017 y el 11 de enero de 2019 (fls.63 a 66); (iii) CERTIFICACIÓN de FLORES MILONGA S.A. de fecha 10 de octubre de 2019, sobre la jornada laboral de la compañía (fl. 56), entre otras documentales.

Así las cosas, al admitir el accionado la prestación personal del servicio del demandante como CONDUCTOR del bus de placas SKF152 de su propiedad, aunque refiere que era por dos horas diarias no más; debe tener por demostrado el contrato de trabajo 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 lo alega; no fue lo evidenciado en el presente asunto.

Es de advertir que la Sala no desconoce que legalmente es factible la vinculación mediante contratos de prestación de servicios, atendiendo las condiciones y calidades de la parte contratista, sino que en su desarrollo pueden presentarse los elementos y características de un contrato de trabajo, situación que se extrae de la realidad de la relación y, que debe preferirse frente a los datos que ofrezcan los documentos o contratos, con apoyo en el principio constitucional de primacía de la realidad.

En el presente asunto, se observa que la labor del demandante era recoger el personal de FLORES MILONGA S.A., entre los municipios de El Rosal y Facatativá, transportarlo a las instalaciones de la citada empresa o viceversa, como lo admitieron las partes, ruta acordada por el accionado y aludida empresa, en el horario establecido por éstos (fl. 56); es decir que ejecutaba la actividad para la cual había celebrado el demandado contrato de prestación de servicios independiente con la empresa FLORES MILONGA S.A., el 2 de enero de 2017, para *“...transporte oportuno y seguro del personal, en la ruta acordada con el contratante y acorde con el horario laboral establecido por la empresa. Bus Facatativá placa SKF 152 número interno 05, CONMILENIO (Empresa de transporte)...”*, como se advierte del referido contrato (fls. 59 a 62), y lo certifican el Representante Legal de la empresa de flores y el accionado, en el documento de fecha 1° de diciembre de 2018, en el que también se alude la terminación de ese contrato el 31 de diciembre de 2018 (fls. 45 y 58); situación que no permite evidenciar, contrario a lo sostenido por el demandado, esa independencia y autonomía con la que debió haber actuado el actor de tenerse el contrato como de prestación de servicios que alega celebró con éste.

Y es que no se puede concluir que el contrato no era de naturaleza laboral, por la circunstancia que el actor laborara como lo señala el demandado, 2 o 3 horas al día; recuérdese que *“...la jornada ordinaria de trabajo es la que convengan las partes...”* (Art. 158 del CST); además era éste —el accionado— quien disponía la persona que relevaba al actor cuando se le presentaba algún inconveniente o no podía conducir el vehículo en alguna oportunidad y, pagaba dicho relevo, como lo admitió en el interrogatorio al precisar *“...cuando él —aludiendo al actor— decía que por ejemplo no podía ir pues a mí me tocaba contratar a otra persona, y fue al hijo...”*, que dicha

situación se presentó “...en varias ocasiones, eso fueron varios días...”; “...pudo haber sido así salteados, yo creo que fueron como unos 15 relevos...”, es decir que autorizaba o permitía la inasistencia del actor, y no le efectuaba descuento alguno de lo que le reconocía por la actividad, como igualmente lo admitió en el interrogatorio; que la herramienta o instrumento de trabajo del actor —el bus— era de propiedad del demandado y, éste —el accionado— disponía donde se debía hacer el mantenimiento y aseo del mismo, “...yo tengo mis mecánicos, yo tengo mi eléctrico, tengo el mecánico de patios, que son los que siempre han hecho eso...”, “...yo lo mando lavar en lavaderos...”.

Bajo ese contexto, se reitera, no se advierte esa discreción, autonomía o libertad del actor en la ejecución de la labor de conductor para la que fue contratado; pues lo evidenciado es que aquel en realidad ejecutaba la actividad acorde con lo dispuesto por el demandado, ya que tenía establecido un horario, la ruta, le asignaba el relevo cuando lo necesitaba, determinaba donde se hacía el mantenimiento y el aseo; circunstancias que llevan a colegir que la labor se ejecutó de manera subordinada y dependiente, contrario a lo considerada por la falladora de instancia; debiendo concluirse que el demandado no logró desvirtuar la presunción aplicada del artículo 24 del CST; por lo que se tiene por acreditada la existencia del contrato de trabajo entre las partes; que al no constar por escrito y no determinarse su duración, se entiende pactado a término indefinido.

Frente a los extremos del vínculo, se tendrá para efectos de esta sentencia los admitidos por el accionado, esto es del 3 de agosto de 2017 al 31 de diciembre de 2018, lapso para el cual estuvo afiliado a seguridad social el demandante, como da cuenta la certificación de PREVISOCIAL de 19 de febrero de 2019, que indica “...Que el señor ALBERTO BARRUETO BUSTAMANTE ... estuvo vinculado en calidad de trabajador independiente asociado y obtuvo los servicios de vinculación al sistema integral de seguridad social del 03 de Agosto de 2017 al 31 de Diciembre de 2018, fecha en la que solicito su retiro y desvinculación del sistema de seguridad social...” (fl. 7), obsérvese que en el contrato de prestación de servicios que celebró el accionado con la empresa FLORES MILONGA S.A., y respecto del cual se vinculó al actor para su ejecución, el personal que éste contratara para el desarrollo del objeto convenido, tenía que estar afiliado a seguridad social; además, si bien se aportaron certificaciones laborales

expedidas por el accionado, en las que se indica que el ingreso del demandante se dio el “...01 de Julio de 2016...”, en la de fecha 29 de noviembre de 2017 (fl. 9) y el “...07 DE JULIO DE 2017...” en la del 11 de enero de 2019 (fl. 6), también debe traerse a colación que el actor admitió que esos datos no corresponden a la realidad, pues se modificaron pretendiendo demostrar más antigüedad y mayor capacidad económica y, el demandado le brindó esa colaboración para obtener un crédito bancario con la primera, y el arriendo de un inmueble con la segunda; pues al respecto mencionó “...la colaboración fue que él –refiriéndose al demandado- me dio un tiempo más de antigüedad, porque él me la dio como, un año más de antigüedad me la dio, esa fue la colaboración que él me hizo, darme la certificación con un año más de antigüedad...”; y la otra certificación fue “...porque yo quería ... tomar en arriendo un inmueble pero el personaje del inmueble me decía que o debía tener un ingreso mayo al del arriendo, yo le pedí el favor a don RAFAEL le dije don RAFAEL yo necesito una certificación donde se diga que yo tengo un ingreso mayor al sueldo que yo gano para poder tener en arriendo, el me hizo el favor de hacerme la certificación tal como lo dice ahí...”, y al interrogarlo el a quo “...¿quiero que me diga la verdad, ha quedado claro y todo lo hemos escuchado que estas dos certificaciones tienen datos que no son ciertos, es eso cierto o no?...”; contestó “...si su señoría...”.

Además, nótese que el contrato de prestación de servicios celebrado entre el demandado y FLORES MILONGA S.A., y por el cual fue vinculado el demandante, terminó el 31 de diciembre de 2018, como lo certifica el representante legal de esa sociedad (fls.57 y 58); y en las PLANILLAS DE ENTRADA Y SALIDA DE LA PORTERIA que allegó la empresa, si bien se registra la entrada del actor para los días 8, 9 y 11 de enero de 2019, aparece la observación “Cambio de bus” (fl. 65 vto.); situación que impide tener por demostrado, como lo afirma el demandante, que el contrato estuvo vigente hasta el 11 de enero de 2019, y menos aún quedo acreditada la fecha por este señalada de ingreso a laborar; pues la certificación en la que se indicaba la misma fecha referida en la demanda, contiene datos que no se compaginan con la realidad, como lo admitió el propio accionante.

Respecto al salario, se tendrá como devengado las sumas confesadas por el accionado en la contestación de la demanda y ratificadas en el interrogatorio, esto es \$1.153.000.00 mensuales para el 2017 y \$1.222.180.00 para el 2018, pues como

lo refirió el demandante, los montos relacionados en las certificaciones de folios 5 y 6, que se advierten superiores, no corresponden a la realidad.

Entonces al quedar acreditado el contrato de trabajo entre las partes, el actor tiene derecho al reconocimiento de **Prestaciones sociales** y compensación de **vacaciones** que reclama, por constituirse en el mínimo de derechos y tornarse en irrenunciables (arts. 13 y 14 CST), pues se encuentran consagradas en los artículos 249, 306 del CST, 1° de la Ley 52 de 1975, 186 y 189 de la norma sustantiva laboral, respectivamente. Así, efectuadas las operaciones, le corresponde al accionante las siguientes sumas: \$1.696.191.11 por cesantías, discriminada así: \$474.011.11 para el 2017 y \$1.222.180.00 para el 2018; \$170.046.14 por intereses sobre las cesantías, distribuidos en: \$23.384.54 para el 2017 y \$146.661.60 para el 2018; \$1.696.191.11 por prima de servicios, correspondiente a: \$474.011.11 para el 2017 y \$1.222.180.00 para el 2018 y; \$862.315.88 por vacaciones; valores por los que se elevará condena; asimismo, a una suma igual a los intereses sobre las cesantías \$170.046.14, a manera de sanción por no pago oportuno de éstos.

En lo que tiene que ver con las **horas extras diurnas u ordinarias** (303), **extras dominicales y festivos** (8), así como **días dominicales y festivos** (26) laborados y no remunerados cuyo reconocimiento también se solicita; debe decirse que no quedo clara y específicamente determinado que el actor hubiere laborado el tiempo que reclama, por lo que se absolverá al demandado de estos pedimentos. Téngase en cuenta que el mismo indicó en el interrogatorio que demoraba en el recorrido “cuando era la ruta normal más o menos 45 minutos, cuando ya se alargaba la ruta más o menos unas 2 horas algo, pues tocaba toda la ruta hasta Cartagenita obviamente, dos horas algo más o menos...”, coligiéndose que ni siquiera alcanzaba a la jornada máxima legal, menos aún la superaba; que contrario a lo sostenido por la apoderada del actor en sus alegaciones, no se probó actividad alguna desempeñada por éste luego de dejar al personal de la flora; que según lo certificado por la empresa FLORES MILONGA S.A., el personal que aquel debía trasladar laboraba de lunes a sábado (fls. 56), de lo que se infiere que no había trabajo en dominical; además, adviértase que la suma reconocida mensualmente superaba el salario mínimo legal, por lo que si eventualmente se hubiere causado algún tiempo del reclamado, bien puede

considerarse que quedaba compensado con lo recibido por sus servicios; pues se reitera, el actor no acreditó debida y suficientemente el tiempo suplementario, o el dominical y festivo laborado y que no le fue retribuido, siendo carga de la prueba que le competía a él y no al demandado como se señala en las alegaciones por la apoderada; recuérdese que no le es dable al fallador de instancia hacer suposiciones o deducir un número probable de horas laboradas; ya que tratándose del tema de la carga probatoria con respecto al tiempo pretendido, de vieja data se ha sostenido que para demostrar ese trabajo “...la prueba... debe ser de una definitiva claridad y precisión y no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas...” (Sent. mar. 2/49, jun. 15/49, feb. 16/50, mar. 15/52, dic. 18/83, SL. 27064 de 2006, 30894 de 2008, 38382 de 2010, entre otras); obsérvese que el actor no determinó cuáles eran las horas extras, de cualquier índole, o el trabajo en dominical y festivo, que le quedaron adeudando, simplemente se limitó a reclamar un número global de horas.

Frente a las **dotaciones** cuyo pago también se reclama, debe decirse que aunque la parte accionada no acreditó el suministró del calzado y vestido de labor durante la vigencia del contrato y en las oportunidades correspondientes, a las que tenía derecho el accionante por devengar menos de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes; no es posible que prospere dicha súplica, por cuanto para que se haga exigible ésta obligación supone que el contrato de trabajo se encuentre vigente, conforme a lo dispuesto en el art. 230 del Código Sustantivo del Trabajo, máxime, que por mandato legal está prohibido pagarla en dinero (Art. 234 Ibídem). Además, en gracia de discusión se aceptarse la compensación en dinero a la terminación del contrato, no obra prueba alguna del estimativo o valor de la dotación de acuerdo al oficio que el actor desempeñó; como tampoco se acreditaron los eventuales perjuicios irrogados, para el reconocimiento de la indemnización por la omisión del empleador en el suministro de las dotaciones en los términos de ley; en consecuencia, se absolverá al demandado de este pedimento.

Sobre 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; y como el demandado 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, del tiempo laborado le corresponde al demandante la suma de \$1.468.689.33, discriminada en \$410.157.33 para el 2017 y \$1.058.532.00 para el 2018.

Indemnización por terminación del contrato: Señala el accionante, que se vio obligado a presentar renuncia a su trabajo el día 11 de enero de 2019; dado que el demandado vendió el bus y le cambiaron las condiciones laborales, desmejorándolo, porque *“...le iba tocar viajar de Facatativá a El Rosal para recoger el bus e iniciar a recoger la gente y llevarla a la empresa, es decir que tenía que salir de Facatativá al as 3 de la mañana irse en transporte propio hasta el Rosal sin que el empleador ... reconociera dichos gastos y horas extras...”*; precisando en el interrogatorio, que la terminación *“...es que fue algo de imprevisto, yo le estaba manejando el carro a él sin ningún inconveniente y él –aludiendo al demandado- el 7 de enero me llama un señor JAVIER, que iba a venir, me llama un señor JAVIER a decirme que yo ya no trabajo con el señor RAFAEL que él le había vendido el bus que yo ya no trabajaba más con RAFAEL que yo pasaba a trabajar con él, entonces pues yo o sea inclusive a mí mismo me tocó llamar a don RAFAEL y preguntarle que qué pasaba, él me dijo no es que ud. conmigo yo no trabaja más...”* y que nunca se le informó sobre la venta del vehículo.

El demandado, señaló que el actor estuvo *“...hasta el 31 de diciembre de 2018, que fue el tiempo que pude laborar ese vehículo, ahí ya llegó cancelación de matrícula, el vehículo fue chatarrizado; él sabía, eso lo sabía él que esos carros ya salían ese año...”*; que la razón para que el accionante dejara de conducir el bus fue por *“...cancelación de tarjeta de propiedad doctora, no tenía más vehículos...”*; dijo haber vendido el bus a JAVIER GONZÁLEZ, *“...ese bus se lo vendí al señor JAVIER GONZALEZ para él sacar unos repuestos para otro vehículo que tenía de la misma y luego él lo vendió a chatarrizar...”*; *“...yo se lo vendí a JAVIER el 4 de enero, firme el contrato que se hizo...”*; que para el momento de la venta del vehículo el actor *“...él ya no laboraba conmigo doctora; el laboró hasta el 31 de diciembre...”*.

Al proceso se allegó comunicación del 8 de mayo de 2018, del representante legal de CONMILENIO SAS –TRANSPORTE ESPECIAL, EMPRESARIAL, ESCOLAR Y DE CARGA, mediante la que le informa al demandado como propietario del vehículo SKF 152 la *“...DESINTEGRACIÓN FÍSICA TOTAL BUS –SKF 152...”*, señalando *“...Me permito informar que la*

Tarjeta de Operación de su Bus vence el día 31 de diciembre de 2018 fecha en la cual vence el tiempo de uso y acogiéndonos al Decreto 431 de 14 de marzo de 2017, Artículos que debemos cumplir...” (fl. 44). Así como documento suscrito entre el representante legal de FLORES MILONGA S.A. y el demandado, de fecha 31 de diciembre de 2018, en el que señalan “...por la suscripción del presente documento pactamos No prorrogar el contrato de prestación de servicios independientes celebrado el 2 de Enero de 2017, por transporte oportuno y seguro del personal, en la ruta acordada con el contratante y acorde con el horario laboral establecido por la empresa. Bus Facatativá placa SKF 152 número interno 05, CONMILENIO (Empresa de transporte) valido por un año, por lo que el mismo terminará el día 31 de Diciembre de 2018...” (fls. 45 y 58) y; certificación del Jefe de Recursos Humanos de FLORES MILONGA S.A. en la que hace constar que el contrato de prestación de servicios que sostenía el demandado con esa empresa estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2018 (fl. 57).

Si bien el accionante fue vinculado para conducir del bus de placas SKF 152, el cual según comunicación del 8 de mayo de 2018, de la empresa a la que se encontraba afiliado -CONMILENIO SAS-, la “...**Tarjeta de Operación de su Bus vence el día 31 de diciembre de 2018** fecha en la cual vence el tiempo de uso...”, y que en la misma fecha finalizó el contrato de prestación del servicio para el transporte de personal con la empresa FLORES MILONGA S.A; no obstante dicha situación no constituye una justa causa de terminación del contrato del accionante.

Nótese, que no se acreditó que se le hubiere informado al trabajador sobre las situaciones advertidas, esto es la “...**DESINTEGRACIÓN FÍSICA TOTAL BUS...**” o en otras palabras, su chatarrización, y la terminación del contrato con la empresa para el transporte de personal; pues aunque el demandado sostiene *que el accionante “...él sabía, eso lo sabía él que esos carros ya salían ese año...”*; no es lo aceptado por éste; además que “...*el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas...*” (Art. 28 CST).

En ese orden de ideas, al no quedar acreditada alguna de las causales del artículo 62 del CST, para la ruptura del contrato de trabajo del accionante, se entiende que el nexo finalizó por decisión unilateral del empleador y sin causa justificada, conllevando el reconocimiento de la indemnización en los términos del artículo 62

Ibídem. Así, con un tiempo laborado de 1 año 4 meses y 28 días, le corresponde al demandante 38.22 días de indemnización, que asciende a \$1.557.057.32 ($\$1.222.180.00 / 30 \times 38.22$), valor al que se condenará al accionado.

Finalmente, se reclaman las **sanciones moratorias** “...por no pago de cesantías a tiempo...” conforme el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y por no haber pagado a la terminación del contrato los salarios y prestaciones debidos –art. 65 CST-; respecto de las cuales debe recordarse que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que para los casos en que realmente se adeuda prestaciones sociales, es la que el empleador está convencido que nada se debe, siempre y cuando dicha creencia esté debidamente fundamentada, es decir, cuando manifiestamente se advierta que está ausente de cualquier intención de perjudicar patrimonialmente al trabajador, por cuanto se requiere que el juzgador examine la conducta del empleador a efectos de determinar si las razones que lo llevaron a no pagarle al trabajador las prestaciones sociales o consignarles las cesantías, son serias, objetivas y atendibles, en tanto pueden surgir elementos que produzcan en el juzgador la convicción de que la conducta del empleador no fue la de desconocer la ley ni los derechos legítimos del trabajador ni de aprovecharse de su condición, sino una simple equivocación o creencia errada, y en tal hipótesis puede eximirse de las sanciones.

En el presente asunto, aunque no se acreditó la afiliación a un fondo de cesantías y resultó condena por prestaciones sociales, debe señalarse que tal situación por sí misma no es indicativa de mala fe; téngase en cuenta que en la forma particular como ejecutó la labor el demandante, era factible que el accionado entendiera que no lo ataba a éste un contrato de índole laboral; pues aquel fue contratado para una específica labor y por ella se le pagaba; consistente en conducir el bus que transportaba el personal de la empresa FLORES MILONGA S.A., recogiendo los en las horas de la mañana para llevarlos a la empresa, dejar parqueado el bus allí y a la salida del turno retornarlos a sus lugares; disponer del tiempo restante como a bien tuviera; cuando no podía cumplir con su labor se le asignaba un relevo sin inconveniente alguno y sin que fuere su responsabilidad retribuir económicamente

dicho reemplazo; circunstancias que imposibilitan predicar que existió por parte del demandado una actitud tendiente a defraudar al actor, que enmarque el comportamiento en el ámbito de la mala fe; nótese que el demandado siempre estuvo bajo la convicción, que la actividad del actor en la forma en que se desarrollaba, no se generaba ningún vínculo laboral. Además téngase en cuenta que la suma cancelada era muy superior al mínimo legal, sin que se acreditara que el demandante laborara la jornada máxima legal, asimismo se evidencia cierto grado de confianza y trato especial del demandante con el demandado pues le firmó las certificaciones en donde se exponían un salario superior al devengado y extremos laborales diferentes, asimismo le cancelaba la suma pactada así no prestara el servicio, como se dijo anteriormente.

Por consiguiente, al no encuadrarse la conducta del accionado en el ámbito de la mala fe, se le absolverá de las sanciones aquí analizadas.

En ese orden, se revocará la sentencia de primer grado que arribó a una conclusión diferente y, se condenará al accionado en los términos señalados. Sin costas en esta instancia por tratarse de consulta, las de primer grado a cargo de la parte demandada.

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** la sentencia proferida el 3 de febrero de 2020, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Facatativá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **ALBERTO BARRUETO BUSTAMANTE** contra **RAFAEL ANTONIO BOTIA GIL**, que entre otras decisiones negó las pretensiones de la demanda; para en su lugar **DECLARAR** la existencia del contrato de trabajo entre las partes, vigente del 3 de agosto de 2017 y el 31 de diciembre de 2018, que terminó por despido injusto, conforme la parte motiva de esta providencia.

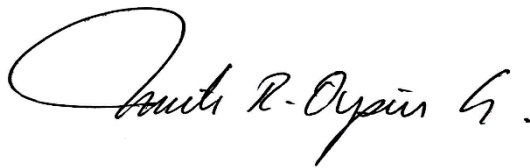
2. En consecuencia, **CONDENAR** al demandado, pagar al accionante las sumas de: \$1.696.191.11 por cesantías, \$170.046.14 por intereses sobre las cesantías, \$170.046.14 por sanción por no pago oportuno de los intereses sobre las cesantías, \$1.696.191.11 por prima de servicios, \$862.315.88 por vacaciones, \$1.468.689.33 por auxilio de transporte y, \$1.557.057.32 por indemnización por despido; y absolver de las demás peticiones, atendiendo lo señalado en precedencia.

3. **SIN COSTAS** en esta instancia. Las de primer grado a cargo de la parte accionada.

OTIFIQUESE POR EDICTO, ENVIESE COPIA DE ESTA SENTENCIA AL CORREO ELECTRÓNICO DE LOS APODERADOS DE LAS PARTES, Y CÚMPLASE,



JAVIER ANTONIO FERNANDEZ SIERRA
Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITAN
Magistrada



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado



SONIA ESPERANZA BARAJAS SIERRA
SECRETARIA