



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA  
SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora  
**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

<b><u>Asunto</u></b>	Apelación sentencia
<b><u>Proceso.</u></b>	Ordinario laboral
<b><u>Radicación Nro. :</u></b>	66001-31-05-005-2019-00433-02
<b><u>Demandante:</u></b>	José Hernán Ospina
<b><u>Demandado:</u></b>	Empresa de Servicios Públicos de Marsella -Empumar
<b><u>Juzgado de Origen:</u></b>	Quinto Laboral del Circuito de Pereira
<b><u>Tema a Tratar:</u></b>	<b>Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios – Trabajador Oficial</b>

Pereira, Risaralda, veintidós (22) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Acta número 123 de 11-08-2022

Ante la posición de las mayorías en este evento, respecto a que la jurisdicción ordinaria laboral es competente para conocer de los asuntos en los que se debate la existencia de un contrato realidad de un trabajador oficial - tesis contraria a la expuesta por la Corte Constitucional en los autos A479/2021 y A739/2021, entre muchos otros, mediante los cuales ha resuelto conflictos de competencia entre ambas jurisdicciones-; procede la ponente a resolver los recursos de apelación propuestos, aun cuando no se está de acuerdo con la citada posición mayoritaria de esta Colegiatura, que se dejará sentado en el salvamento de voto a esta decisión.

Así, vencido el término para alegar otorgado a las partes procede la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira a proferir sentencia con el propósito de resolver los recursos de apelación propuestos contra la sentencia proferida el 09 de febrero de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **José Hernán Ospina** contra **Empresa de Servicios Públicos de Marsella – Empumar**.

**ANTECEDENTES**

## 1. Síntesis de la demanda y su contestación

José Hernán Ospina pretende que se declare la existencia de “*una relación de carácter laboral*” a término indefinido con la demandada desde el 10/01/2012 hasta el 31/12/2015 así como que es trabajador oficial. Como consecuencia de lo anterior pretende el pago del reajuste salarial, las prestaciones sociales legales y convencionales, pero solo cuantificó dicha pretensión a partir de las prestaciones legales entre ellas, las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones, vacaciones, bonificación por servicios prestados.

A su vez, pretendió el auxilio de transporte y la dotación. También que se pagara a su favor los aportes a la seguridad social y caja de compensación familiar. Por otro lado, solicitó las indemnizaciones moratorias del “art. 65 del C.S.T.” o subsidiariamente la contenida en el Decreto 797 de 1949 ante la falta de pago de las prestaciones a la finalización del vínculo laboral. Igualmente, la sanción por no pago de intereses a las cesantías de la Ley 50 de 1990 y la moratoria también de dicha norma por la no consignación de las cesantías.

Como fundamento para dichas pretensiones narró que i) prestó sus servicios personales a Empumar desde el 10/01/2012 hasta el 31/12/2015 a través de contratos de prestación de servicios; ii) se desempeñaba como operario de acueducto, aseo y alcantarillado, y conductor de camioneta; iii) tenía una disponibilidad de 24 horas y devengaba \$840.000 mensuales; iv) nunca se pagaron a su favor prestaciones sociales; v) presentó la reclamación administrativa el 10/10/2018 sin respuesta alguna.

**Empumar** al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones para lo cual argumentó que el demandante prestó sus servicios, pero como contratista en el apoyo a la gestión durante 7 meses para conducir un vehículo para transportar el personal asistencial. Indicó que dentro de la planta de cargos no existe el de conductor. Frente a la finalización del contrato 31/12/2015 señaló que había sido porque no podía superar dicho hito final. Explicó que el demandante se encargaba de trasladar personal, maquinaria, residuos, insumos, sin realizar actividades de forma permanente. No presentó excepción de mérito alguna.

## 2. Síntesis de la sentencia

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira declaró que entre las partes en contienda existió un contrato de trabajo desde el 10/01/2012 hasta el 31/12/2015 y, en consecuencia, condenó a Empumar a favor del demandante los conceptos de orden legal, consistentes en nivelación salarial, auxilio de transporte, compensación de vacaciones, prima de navidad, cesantías.

De otro lado, condenó al pago de la moratoria contenida en el Decreto 797/1949 a razón de \$32.306 diarios desde el 01/04/2016 hasta el pago efectivo de las obligaciones, que a la fecha de la sentencia asciende a \$71'010.200. De otro lado, condenó a la demandada a pagar a la entidad de seguridad social a la que esté vinculado el demandante la diferencia entre las cotizaciones realizadas y las que debían realizarse teniendo como IBC para el año 2012 \$824.520, 2013 \$857.501, 2014 \$933.706, 2015 \$969.202. Negó las restantes pretensiones.

Como fundamento para dicha determinación argumentó que la prestación personal del servicio se había acreditado conforme a la confesión rendida por la demandada al contestar la demanda, sin que pudiera desvirtuar la misma pues a partir de la prueba testimonial se advierte la subordinación del demandante a la demandada. Así, explicó que el demandante no solo se desempeñaba como conductor sino que también realizaba funciones de aseo y alcantarillado.

En cuanto a las pretensiones condenatorias argumentó que sí había lugar a la nivelación salarial pero expuso que dentro de la empresa demandada no existe un cargo de conductor, de ahí que se tuviera que asimilar a los trabajadores de aseo y alcantarillado, entre los cuales los que devengan un salario inferior son los del aseo, que en todo caso es mayor al devengado por el demandante, de ahí que concedió la nivelación salarial con ocasión a dichos cargos.

De otro lado, negó la prima anual de servicios porque no se aplica para empresas industriales y comerciales del estado. Tampoco concedió la prima de vacaciones ni los intereses a las cesantías, pues al tenor del criterio de este tribunal la misma no es precedente para trabajadores oficiales.

### **3. Recurso de apelación**

Ambas partes en contienda presentaron recurso de apelación para lo cual **la demandada** argumentó que no se había acreditado la subordinación que por demás

debía ser permanente y continua, pues a partir de la prueba testimonial se evidenciaba que el demandante hacía vueltas personales de ahí que no estuviera siempre en la empresa prestando sus servicios, máxime que la conducción de la camioneta no se realizaba a diario. También señaló que de los informes allegados al plenario no se desprendía la subordinación requerida, tanto así que el juez tuvo dificultades para conceder la nivelación salarial en tanto no había un cargo de conductor dentro de la entidad. De otro lado, se opuso al auxilio de transporte porque el municipio de Marsella es pequeño y no existe el transporte público. Para terminar, se opuso a la sanción moratoria porque no había contrato de trabajo hasta el proferimiento de la sentencia y por ello, ninguna mala fe ostentó.

A su turno, **el demandante** reprochó la nivelación salarial pues conforme a la prueba testimonial se acreditó que todos los trabajadores hacían iguales funciones, entonces no había razón válida para elegir el menor salario, esto es, el de los trabajadores del aseo, máxime que dentro de las actividades del demandante no solo estaban el aseo, sino también la limpieza de sumideros del acueducto correspondientes a los trabajadores del alcantarillado. De otro lado, señaló que no había lugar a negar las "*otras prestaciones sociales*" porque conforme a la prueba documental estas si se otorgaban a los trabajadores oficiales. Recriminó la devolución de aportes a pensión porque a su juicio debían pagarse a su favor los aportes que tuvo que sufragar en su totalidad. Finalmente, recriminó el porcentaje de la condena en costas para que se aumente porque aun cuando se negaron algunas pretensiones, dicho porcentaje debía ser mayor.

#### **4. Alegatos de conclusión**

Ninguna de las partes los presentó.

### **CONSIDERACIONES**

#### **1. Problemas jurídicos**

De acuerdo con lo expuesto, la Sala se plantea los siguientes:

- i) ¿Establecer si el demandante prestó sus servicios personales a la demandada que permita presumir la existencia del contrato de trabajo?

- ii) ¿Determinar la naturaleza jurídica de la entidad demandada?
- iii) ¿Establecer si la demandante logró acreditar la condición de trabajador oficial?
- iv) En caso de respuesta positiva, ¿determinar si hay lugar a la nivelación salarial con base en algún otro salario mayor al del personal del aseo?, ¿la procedencia del auxilio de transporte, prima anual de servicios, prima de vacaciones e intereses a las cesantías?
- v) ¿Establecer si había lugar a devolver al demandante el valor pagado por aportes al sistema de seguridad social?
- vi) Finalmente, ¿determinar si hay lugar a aumentar el porcentaje por la condena en costas procesales de primer grado?

## **2. Solución a los interrogantes planteados**

### **2.1. Naturaleza jurídica y régimen aplicable a los trabajadores de las Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios**

#### **2.1.1 Fundamento normativo**

En primer lugar, es preciso acotar que la Jurisdicción Ordinaria Laboral tiene atribuido a su favor el conocimiento de los asuntos relativos a los trabajadores oficiales, en ese sentido, resulta imprescindible establecer la naturaleza jurídica de la entidad demandada con el propósito de conocer el régimen laboral aplicable a sus trabajadores.

Así, al tenor del artículo 41 de la Ley 142 de 1994 por medio de la cual se estableció el régimen de los servicios públicos domiciliarios, solamente las personas que presten sus servicios a las empresas de servicios públicos privadas o mixtas tendrán el carácter de trabajadores particulares bajo las normas del C.S.T.; por le contrario las personas que presten sus servicios a las empresas que de acuerdo al parágrafo del artículo 17 ibidem adopten la forma de empresa industrial y comercial del estado, se regirán por las normas contenidas en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, esto

es, que serán trabajadores oficiales, pues solamente los servidores de dirección confianza y manejo serán empleados públicos.

### **2.1.2 Fundamento fáctico**

Obra en el plenario el documento – acuerdo municipal No. 25 del 07/06/1996 constitutivo de las empresas de servicios públicos de Marsella E.S.P. – Empumar – mediante el cual se establece que su naturaleza jurídica será de empresa industrial y comercial del estado del orden municipal (fl. 50, anexos de la demanda); de ahí que los trabajadores al servicio de dicha empresa tendrán la connotación de trabajadores oficiales, y solo excepcionalmente serán empleados públicos, esto es, si desempeñar labores de dirección confianza y manejo.

## **2.2. Contrato de trabajo**

### **2.2.1 Fundamento Jurídico**

Ha de recordarse que los elementos esenciales que se requieren concurren para la configuración del contrato de trabajo del trabajador oficial, son la actividad personal, esto es, su realización por sí mismo y de manera prolongada; la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que lo faculta para requerirle el cumplimiento de órdenes o instrucciones al trabajador y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio (*art. 2º del Decreto 2127 de 1945 y art. 2.2.30.2.2. del Decreto 1083 de 2015*<sup>1</sup>).

Estos requisitos los debe acreditar el demandante de conformidad con el estatuto procesal civil, que se aplica por remisión del artículo 145 del C. P. T. y de la S.S.; carga probatoria que se atenúa con la presunción consagrada en el art. 20 del Decreto 2127 de 1945 y Decreto 1082/2015 a favor del trabajador, y no del artículo 24 del C.S.T., normativa que solo aplica para los trabajadores particulares. Retomando el decreto regula que le bastará acreditar la prestación personal del servicio para dar por sentada la existencia del contrato de trabajo; de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar la presunción legal.

---

<sup>1</sup> El Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015 mediante el cual se derogó todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria de la función pública que versan sobre las mismas materias, con excepción de los decretos que desarrollan leyes marco, entre ellas la Ley 6ª de 1945, de conformidad con el literal f), num. 19, art. 150 de la C.Po. de 1991.

### 2.2.1 Fundamento fáctico

José Hernán Ospina acreditó que prestó sus servicios personales a favor de la Empresa de Servicios Públicos de Marsella – Empumar -, como se desprende la certificación emitida por la jefe de la oficina administrativa de la demandada el 03/03/2016 mediante la cual dio constancia de que el demandante tuvo una orden de prestación de servicios para la “*conducción de la camioneta y en labores de aseo, acueducto y alcantarillado*” **durante las vigencias 2012 a 2015** (fl. 24, anexos de la demanda).

También milita un contrato de prestación de servicios del 10/01/2012 mediante el cual se contrató el servicio del demandante por 6 meses para el “*apoyo a la gestión*” consistente en “*conducir el vehículo de placas CMQ-587*” y por ello, debía transportar al personal a las plantas, bocatomas, relleno sanitario, recorridos de aseo, con una contraprestación de \$750.000 (fl. 24, anexos de la demanda).

Acta de liquidación de contrato de 30/07/2012 al 29/12/2012 con una contraprestación de \$750.000 por “*conducir la camioneta en labores de aseo, acueducto y alcantarillado*” (fl. 31, contestación a la demanda). Con acta de inicio el 30/07/2012 (fl. 98, contestación a la demanda).

Contrato del 10/01/2013 por 11 meses y 23 días “*conducir la camioneta en labores de aseo, acueducto y alcantarillado*” (fl. 35, contestación a la demanda).

Contrato del 12/01/2014 por 11 meses, 15 días para “*prestar los servicios de conducción de la camioneta y en labores de aseo, acueducto y alcantarillado*” y una contraprestación de \$800.000 mensual (fl. 29, contestación a la demanda). Con acta de inicio del 15/01/2014 (fl. 97, contestación a la demanda).

Luego, aparece un segundo contrato, esta vez del 9/01/015 suscrito entre las mismas partes por 11 meses y 15 días con el propósito de que el demandante condujera una camioneta y “*labores de aseo, acueducto y alcantarillado*” y una remuneración de \$840.000 (fl. 26, anexos de la demanda y fl. 33, contestación a la demanda).

Documental de la que se desprende que el demandante prestó sus servicios personales a la demandada desde el año 2012 hasta el año 2015, sin interrupción

alguna pues así se desprende de la primera certificación anotada que dio constancia de tal prestación para las vigencias 2012, 2013, 2014 y 2015.

En confirmación de lo anterior se tomó la declaración de José Huberto Tamayo Osorio que narró que también prestó sus servicios a favor de la demandada pero desde el año 1999 y hasta el 2017. En ese sentido, relató que cuando el demandante comenzó a prestar sus servicios, el declarante ya lo hacía. De forma concreta, relató que el interesado se desempeñaba como conductor, pero que como dicha actividad no era diaria, pues dependía de las órdenes del jefe inmediato, entonces José Hernán Ospina también realizaba labores de aseo y demás actividades de la empresa, consistentes en barrer y limpiar sumideros. Luego, el testigo describió que tenía conocimiento de dichas actividades porque se desempeñaba como almacenista y por ello, allí llegaban todos a reclamar y retirar las herramientas de trabajo que eran de propiedad de la demandada, entre ellos, el demandante. Luego, explicó que cuando el demandante no debía salir en la camioneta, entonces le tocaba salir a barrer y limpiar sumideros, y que su horario era igual a del declarante, de lunes a viernes y sábado medio día. Finalmente, expuso que el demandante debía pedir permiso para ausentarse o realizar diligencias personales.

Testimonio del que también se desprende la prestación personal del servicio del demandante a favor de la demandada, sin que esta allegara prueba alguna que permitiera derruir la presunción que se cernía en su contra, esto es de la existencia del contrato de trabajo, pues contrario a lo expuesto en el recurso de apelación de la demandada, era a esta a quien le correspondía acreditar que las actividades prestadas por el demandante habían sido ejecutadas en un marco de libertad e independencia, sin que así lo hiciera, pues por el contrario se acreditó que el demandante para ejecutar sus labores como conductor dependía de las órdenes de su jefe y ante la ausencia de actividad alguna en relación al manejo del vehículo, debía realizar labores de aseo y limpieza de sumideros, máxime que para ausentarse de sus labores sí debía pedir permiso a su jefe inmediato, sin que dentro del testimonio rendido se encontrara afirmación alguna que describiera una libertad en la ejecución de sus actividades como replicó la demandada en el recurso de alzada.

A su vez, también fracasa la apelación consistente en que el demandante no tenía una continua subordinación porque solo ejecutaba labores de conducción que por

demás no eran constantes; argumento desacertado porque tal como lo explicó el testigo, cuando el demandante no estaba manejando la camioneta, estaba realizando labores de aseo, de ahí que la prestación de su servicio sí perduraba en el tiempo.

## **2.3. Nivelación salarial**

### **2.3.1. Fundamento normativo**

Al tenor del artículo 143 del C.S.T. la nivelación salarial es procedente cuando se demuestra igual i) desempeño en el puesto de trabajo; ii) jornada de trabajo; iii) condiciones de eficiencia. En cuanto a la carga probatoria, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha memorado que corresponde al trabajador demostrar los 3 elementos ya enunciados con el fin de alcanzar tal nivelación, o en palabras de la Corte, en decisión SL4825-2020:

*“Para ahondar en razones, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, en todo caso al trabajador le corresponde probar el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación. Cumple recordar la sentencia hito sobre el punto: Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adoctrinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia”.*

Finalmente, también ha enseñado la citada Sala que bastará probar que se desempeñar un cargo definido en un escalafón para obtener dicho salario, pues “*si se alega como en este caso, la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo, bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral*” (ibidem). Criterio que mantiene en la actualidad la Corte Suprema de Justicia, como se ha expuesto en decisiones SL1174-2022 y SL5401-2021.

### 2.3.2. Fundamento fáctico

Descendiendo al caso en concreto rememórese que el *a quo* fundamentó su decisión en que, aun cuando dentro de la planta de cargos de Empumar no existía un cargo de conductor, por lo menos debía asimilarse que el demandante devengaba el menor salario entre todos los trabajadores oficiales de las empresas, de ahí que eligiera el salario de los trabajadores del aseo. Decisión frente a la que se elevó reproche para alegar que en tanto el trabajador también realizaba funciones de alcantarillado debía haberse elegido el salario de estos últimos, que era mayor al de los de aseo.

De entrada fracasa la apelación elevada pues rememórese que para la procedencia de esta pretensión resultaba indispensable probar cuál era el trabajador que devengaba un salario mayor al del demandante, pese a que ejecutaban las mismas actividades, durante el mismo tiempo laboral y bajo las mismas condiciones de eficiencia, sin que se allegara prueba alguna en ese sentido al plenario, pues ningún trabajador concreto fue señalado en el libelo genitor como para permitir a la Sala realizar dicha comparación.

Tampoco podría ahora esta Colegiatura dar aplicación al criterio referenciado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en relación a la acreditación del desempeño de un cargo que se encuentre dentro de la escala salarial de la demandada para conceder dicho valor, pues conforme a la prueba documental y testimonial anunciada y la conclusión del *a quo*, sin reproche en ese sentido, el demandante cumplía funciones tanto de conductor, como labores de aseo, y actividades de alcantarillado, es decir, un tanto de cada cual, sin que con ello pudiera asimilarse a alguno de los cargos contemplados dentro del escalafón salarial de la demandada, pues auscultado en detalle solo obran dentro de este el cargo de “*operario de aseo*” (fl. 90, contestación a la demanda), “*operario de planta de tratamiento*” (fl. 92, *ibidem*), “*operario de acueducto y alcantarillado*” (fl. 87, *ibidem*).

Puestas de ese modo las cosas, el demandante no acreditó haber desempeñado las mismas funciones que otro trabajador de la demandada en la misma intensidad horaria y con las mismas responsabilidades, en este caso, de operario de acueducto y alcantarillado como se pretende en la apelación y con ello obtener la nivelación salarial frente a dicho cargo.

Al punto es preciso advertir que si bien esta Corporación ha concedido esta nivelación salarial a trabajadores oficiales, ello ha ocurrido frente al Municipio de Pereira y únicamente bajo una interpretación de la convención colectiva que allí ampara a los demandantes, consistente en que la entidad territorial se abstendrá de vincular personal con un salario inferior al salario base para los obreros, de ahí que por lo menos, el salario básico que deberá ganar todo trabajador oficial del municipio sea por lo menos el que devengue un obrero, símil que no es posible aplicar en este evento, pues no obra acuerdo extralegal que así lo permita.

En ese sentido, fracasa la apelación del demandante para obtener la nivelación salarial frente al trabajador de alcantarillado y se mantendrá la elegida por el a quo, pese al dislate, ante el principio de no reforma en perjuicio, máxime que la demandada ningún reproche elevó en ese sentido.

## **2.4. Acreencias laborales recriminadas**

### **2.4.1. Auxilio de transporte**

La demandada en su recurso de apelación mostró su inconformidad frente a esta acreencia concedida por el a quo, porque en el Municipio de Marsella, Risaralda es pequeño y no existe transporte público, de ahí la improcedencia del citado auxilio.

Ahora bien, de conformidad con la Ley 15 de 1959 y el Decreto 1258 de 1959 todos los trabajadores tienen derecho al auxilio de transporte. A su vez, los Decretos 4936/2011, 2739/2012, 3069/2013 y 2732/2014 que fijaron para los años 2012 a 2015 el auxilio de transporte, establecieron que tanto los servidores públicos (empleados públicos y trabajadores oficiales) como los trabajadores particulares tienen derecho a este auxilio, siempre que devenguen hasta 2 veces el SMLMV, que además se paga en todos los lugares del país donde se preste el servicio público de transporte.

No obstante, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en decisión SL1316-2022 explicó que los trabajadores que se encuentran exceptuados del mismo son aquellos que i) viven en el mismo lugar de trabajo y ii) cuando la empresa suministra gratuitamente el servicio de transporte.

Decisión en la que además se memoró jurisprudencia de vieja data, entre ellas la decisión radicada al número 1950 del 01/07/1988, reiterada en la decisión SL2169-2019 mediante las cuales se enseñó que no hay lugar a su pago cuando el *“empleado no lo necesita realmente, como por ejemplo cuando reside en el mismo sitio de trabajo o cuando el traslado de éste (sic) no le implica ningún costo ni mayor esfuerzo o cuando es de aquellos servidores que no están obligados a trasladarse a una determinada sede patronal para cumplir cabalmente sus funciones”*.

Normativa y jurisprudencia de la que bien puede desprenderse que el demandante José Hernán Ospina sí tiene derecho al auxilio de transporte en la medida que no se acreditó dentro del plenario ninguna de las dos excepciones previstas por la jurisprudencia, máxime que la demandada tampoco acreditó que el demandante no necesitaría dicho auxilio ante la ausencia de costo o esfuerzo que le implicara su desplazamiento a su lugar de trabajo, sin que sea dable a esta Corporación concluir lo contrario ante la poca extensión territorial de la entidad territorial referida. En consecuencia, se confirma la decisión en este punto.

#### **2.4.2. Prima anual de servicios**

De conformidad con el 4º del Decreto 1919 de 2002 los trabajadores oficiales de las entidades de que trata ese decreto, tendrán derecho al régimen de prestaciones mínimas de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional. Así, el artículo 1º establece que dicho decreto aplica a los servidores que se vinculen a las entidades del nivel central y descentralizado de la rama ejecutiva de orden departamental, distrital y municipal, entre otras.

A su turno, el artículo 38 de la Ley 489/1998 estableció la estructura y organización de la administración pública y por ello, definió que la rama ejecutiva del orden nacional se integra en el sector central por la presidencia de la república, entre otros, y en el sector descentralizado por las empresas industriales y comerciales del estado, entre otras.

Normativa de la que se desprende en principio que en tanto EMPUMAR de conformidad con el Acuerdo Municipal No. 25 del 07/06/1996 fue constituida como empresa industrial y comercial del estado del orden municipal (fl. 50, anexos de la demanda), entonces a sus trabajadores oficiales les es aplicable el régimen salarial de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional.

Ahora bien, en cuanto a la prima de servicios la misma se encuentra establecida para los empleados públicos del orden nacional en el artículo 58 del Decreto 1042/1978; no obstante, en su campo de aplicación – art. 1º - estableció que solo aplicaría para los empleados de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional.

En consecuencia, pese a que a los trabajadores oficiales del orden municipal de las empresas industriales y comerciales del estado se les aplica el régimen salarial de los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, en el caso específico de la prima de servicios, la misma no se encuentra regulada para esta clase de entidad, es decir, industrial y comercial del estado.

Al punto se advierte que pese a que con ocasión al Decreto 2351/2014 los trabajadores de las entidades del sector central y descentralizado de la rama ejecutiva del orden territorial, asambleas departamentales, concejos distritales y municipales, contralorías, personerías, y sector educativo sí tienen derecho a esta prima, pero únicamente a partir del 2015, lo cierto es que este decreto únicamente aplica para empleados públicos y no para trabajadores oficiales.

En confirmación de lo anterior, la Sala Permanente Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un asunto en que, aun cuando el sujeto pasivo de la contienda era una E.S.E., lo cierto es que puede traerse a colación en la medida que analizó la aplicación de los decretos ya citados. Así, indicó en la decisión SL1174/2022 que:

*“En la sentencia CSJ SL15263-2016, reiterada recientemente en CSJ SL2614-2021, la Corte analizó la procedencia de **la prima de servicios** en un asunto semejante y advirtió que aunque está prevista en el **Decreto 1042 de 1978**, solo procede respecto a los empleados públicos de la Rama ejecutiva del orden nacional, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la sentencia CC C-402 de 2013, de modo que no es posible extender este beneficio a los servidores de entidades **descentralizadas**, pese a lo dispuesto en el **Decreto 1919 de 2002**”.*

En consecuencia, se confirmará la decisión de primer grado en este punto.

#### **2.4.3. Prima de vacaciones**

De conformidad con los artículos 10 y 13 de los Decretos 175 y 230 de 1975, respectivamente la prima de vacaciones es igual a 15 días de “sueldo” por cada año de servicio; pero se perderá cuando se autorice el pago de las vacaciones compensadas en dinero.

No obstante, al tenor de los artículos 1º y 24 del Decreto 1045/1978 si bien dicha prestación aplica para los servidores del orden nacional, de quienes es posible aplicar su régimen a los trabajadores oficiales del orden municipal al tenor del decreto 1919 de 2002, lo cierto es que el citado Decreto 1045/1978 solo aplica a los servidores del orden nacional que presten sus servicios específicamente en “*la Presidencia de la República, los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales*”, es decir, excluyó a las empresas industriales y comerciales del sector descentralizado.

Igual confirmación se obtiene de la decisión SL1174/2022 que expuso “*la prima de vacaciones está prevista en el Decreto 1045 de 1978; sin embargo, está dirigida exclusivamente «a los empleados públicos de los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales del orden nacional» (CSJ SL4633-2021), condiciones que no acredita el demandante. Por tanto, se absolverá a la demandada de tal pago*”.

Por lo que, fracasa la apelación del demandante que reclamó su pago, en la medida que al ser un trabajador oficial de una empresa industrial y comercial del nivel territorial – municipal – no tiene derecho a la misma; aspecto que impone la confirmación de la decisión de primer grado en este punto, aunque por estas razones y no como se adujo allí, que su improcedencia devenía del pago compensado de las vacaciones.

#### **2.4.4. intereses a las cesantías – no trabajadores oficiales.**

La Sala Permanente Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado en decisión SL1174/2022 que:

*“En cuanto a los intereses a la cesantía importa destacar que los artículos 13 de la Ley 344 de 1996 y 1.º del Decreto 1582 de 1998 consagran que los*

***trabajadores oficiales del nivel territorial que se vincularon a partir del 31 de diciembre de 1996 se les aplicará el régimen de liquidación y pago de cesantías conforme a la Ley 50 de 1990, que en su artículo 99 consagra aquellos intereses. Por tanto, se ordenará su pago en favor del demandante”.***

Entonces sí había lugar a su pago, por lo que se revocará esta decisión. Además, es preciso acotar que hay lugar al pago directamente al trabajador de los intereses causados, como quiera que independientemente del fondo de administración de cesantías en el que se encuentre afiliado el actor, sea privado o el Fondo Nacional del Ahorro, ambos establecen el reconocimiento de ésta prestación sobre el valor de las cesantías liquidadas que debían ser consignadas por el empleador, tal como lo dispuso la a quo en relación con el 12% anual sobre el valor de las cesantías reconocidas.

En consecuencia, en tanto que el despacho fijó por concepto de cesantías un total de \$4'165.685, le corresponde al demandante por intereses a las cesantías la suma de \$499.882; por lo que, se adicionará el numeral 2º de la decisión para condenar a la demandada a su pago.

## **2.5. Indemnización moratoria Decreto Ley 797 de 1949**

Se encuentra acreditado que Empumar le adeuda al demandante salarios, cesantías, intereses y vacaciones; por lo que, se abre la posibilidad de una condena por este concepto.

Ahora bien, el aludido decreto contempla como sanción el equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las obligaciones, a menos que, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, la demandada acredite que esa omisión tuvo como origen motivos serios y atendibles que excusaran al empleador de su pago.

Se advierte en este asunto que no existe ningún motivo o justificación en la demandada para absolverla de dicha sanción, al probarse que disfrazó una verdadera relación laboral a través de un contrato de prestación de servicios, donde nunca faltó la subordinación; además, José Hernán Ospina realizó tareas que en momento alguno ameritaban la suscripción de contratos de prestación de servicios con conocimientos especializados pues itérese, el manejo de una camioneta para

transportar herramientas y personal, así como las labores de aseo y alcantarillado en manera alguna requiere un conocimiento especializado; por lo que, se presentó un abuso en la forma empleada, a fin de desconocer al trabajador la justa retribución legal de sus servicios.

Por lo dicho impide entender el comportamiento de la demandada como serio y mucho menos atendible; por lo tanto, es procedente la indemnización aludida y en ese sentido, fracasa la apelación de la demandada.

## **2.6. Devolución de aportes**

El demandante en la pretensión declarativa 6 y condenatoria 3 solicitó el pago a su favor de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones (fl. 4, demanda); decisión frente a la cual el despacho de instancia condenó pero a la demandada a pagar a la entidad de seguridad social en pensiones *“la diferencia de las cotizaciones al sistema general de pensiones durante la vigencia de la relación laboral que sostuvo con el demandante”* (archivo 39, acta de audiencia).

El demandante en el recurso de alzada insistió en que se pagarán a su favor los aportes a pensión que tuvo que sufragar en su totalidad al sistema pensional.

Por su parte, la Sala Permanente Laboral de la Corte Suprema de Justicia en decisiones, SL4633-2021 ante este tipo de pretensiones ha concluido que *“al encontrarse demostrado que el demandante realizó las cotizaciones al sistema general de seguridad social integral durante la vigencia de los contratos, y estos son propios de la relación de trabajo declarada, se impone condenar al ISS a su devolución en el valor correspondiente al porcentaje de las cotizaciones que le concierne como empleador durante el tiempo que le prestó servicios, debidamente indexados”*.

Ahora bien, auscultado en detalle el expediente milita la historia laboral del demandante emitida por Colpensiones e impresa el 28/09/2018 en la que se advierte que José Hernán Ospina realizó en su propio nombre los aportes a pensión desde enero de 2012 a marzo de 2012, de junio de 2012 a diciembre de 2015 (fl. 18, archivo 4, anexos demanda) sobre el respectivo salario mínimo legal mensual vigente; en consecuencia, en tanto que el demandante acreditó que realizó las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones durante los ciclos aludidos

que coinciden con los extremos de la relación laboral declarada en primer grado, entonces se condenará a Empumar a su devolución al trabajador, pero en el valor correspondiente al porcentaje de las cotizaciones que le concernía como empleador del demandante, debidamente indexados, desde enero de 2012 a marzo de 2012, de junio de 2012 a diciembre de 2015, sobre el salario mínimo legal mensual vigente de cada anualidad.

## **2.7. Costas**

Al tenor del numeral 5º del artículo 365 del C.G.P. cuando prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en cosas, o pronunciar una condena parcial. En el evento de ahora, el despacho de primer grado condenó a la demandada al pago de las costas procesales en un 80% que encuentra ajustado esta corporación en tanto que la demanda solo prosperó parcialmente, pues se negaron las pretensiones de prima de servicios y de vacaciones. En consecuencia, fracasa la apelación del demandante en este punto.

## **CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se modificará la decisión de primer. Costas en esta instancia a cargo de la demandada ante la resolución desfavorable del recurso de apelación, de conformidad con el num. 1º del artículo 365 del C.G.P.

## **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Risaralda, Sala de Decisión Laboral**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral 2º de la sentencia proferida el 09 de febrero de 2022 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **José Hernán Ospina** contra **Empresa de Servicios Públicos de Marsella – Empumar**, para adicionarlo en el sentido de condenar a la demandada al pago de los intereses a las cesantías iguales a \$499.882.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 5º de la sentencia para adicionarlo en el sentido de **CONDENAR** a Empumar a devolver a José Hernán Ospina el valor correspondiente al porcentaje de las cotizaciones que le concernía a Empumar como empleador del demandante, debidamente indexados, desde enero de 2012 a marzo de 2012, de junio de 2012 a diciembre de 2015, sobre el salario mínimo legal mensual vigente de cada anualidad.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

**CUARTO: CONDENAR** en costas a la demandada y a favor del demandante por lo expuesto.

Notifíquese y cúmplase,

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

Salva voto

Con firma electrónica al final del documento

**Impedido**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

Con firma electrónica al final del documento

**GERMAN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrado

Con firma electrónica al final del documento

**Radicación No.:** 66001-31-05-005-2019-00433-01  
**Proceso:** Ordinario laboral  
**Demandante:** José Hernán Ospina  
**Demandado:** Empresas Públicas de Marsella  
**Tema:** Falta de jurisdicción

### **SALVAMENTO DE VOTO**

Con ocasión a la posición de las mayorías en este tipo de asuntos requiero salvar mi voto como paso a explicar.

La razón de mi disentir se concreta en que el numeral 1º del artículo 2º del C.P.L. y de la S.S. modificado por la Ley 1564 de 2012 atribuyó de manera general a la Jurisdicción Ordinaria Laboral la competencia para conocer de los asuntos relativos a los conflictos que se originan directa o indirectamente en el contrato de trabajo.

Por el contrario y de manera especial el numeral 2º del artículo 104 de la Ley 1473 de 2011 definió la competencia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para conocer de los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública y en el numeral 4 ibidem establece que también conocerá de las relaciones legales y reglamentarias entre los servidores públicos y el Estado, pues de conformidad con el numeral 4 del artículo 105 dicha jurisdicción no conocerá de los conflictos de carácter laboral surgidos entre entidades públicas y trabajadores oficiales.

Con ocasión al artículo 14 del Acto Legislativo 02 de 2015 los conflictos de competencia entre jurisdicciones diferentes que eran dirimidos por la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura pasaron a ser resueltos por la Corte Constitucional. Corporación que sentó como tesis que corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa conocer de las controversias en las que se discuten vínculos laborales ocultos bajo contratos de prestación de servicios celebrados con el Estado. Así, lo ha enseñado en los autos A479-2021, A908-2021, A492-2021, A330-2021, A491-2021, A739-2021, constituyéndose en una posición consolidada; todo ello, porque corresponde a la jurisdicción contenciosa el estudio de los contratos estatales y la calificación de la naturaleza jurídica del vínculo que ató al contratista con la administración.

Decisiones de la alta corporación que son vinculantes al tenor de la sentencia C-816 de 2011 que resaltó la fuerza vinculante de las decisiones o precedentes del citado órgano constitucional.

Además, recordó la posición del Consejo de Estado<sup>[1]</sup> frente al tema para clarificar que cuando el tema a debatir no proviene de un contrato de trabajo, sino de su presunta existencia, entonces su discusión debe darse a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, porque el hecho en cuestión se deriva de la validez del acto administrativo a través del cual la Administración Pública contesta la reclamación administrativa elevada por el contratante que reclama la existencia del vínculo laboral, y la legalidad de la modalidad contractual utilizada por la entidad pública.

Explicó la alta corporación que aun cuando en la jurisdicción contencioso administrativa se reconoce la existencia del contrato de trabajo y sus derechos económicos de aquellos que fueron vinculados con el Estado a través de un contrato de prestación de servicios, lo cierto es que no se les otorga la calidad de servidores públicos – trabajadores oficiales – pues no se cumple con el presupuesto de ingreso al servicio – contrato de trabajo - , pero ello no obsta para que, ante la configuración de la verdadera relación de trabajo y el consecuente reconocimiento de prestaciones sociales, las mismas se hagan a título de indemnización.

En consecuencia, cada vez que se reclame la existencia de un contrato de trabajo real, por oposición a la vinculación con la administración pública a través de un contrato de prestación de servicios, entonces será la Jurisdicción Contenciosa Administrativa la que deba desentrañar la cuestión puesta en conocimiento de la justicia, en tanto que corresponde a esta la determinación de la legalidad de la modalidad contractual elegida por la administración, así como las consecuencias derivadas del acto administrativo que resuelve una petición en ese sentido, máxime que de ninguna manera la decisión judicial puede declarar que quien demanda alcance la calidad de trabajador oficial, pues ello contraría las formas de vinculación con la administración pública, en la medida que *“por el hecho de haber laborado para el Estado, no se adquiere la calidad de empleado público, pues se deben cumplir con las condiciones establecidas en la Constitución y la Ley para ello”* A479-2021.

Situación diferente acontece cuando lo controvertido se deriva precisamente de una relación de trabajo legalmente constituida, esto es, cuando el problema a resolver proviene de un trabajador oficial vinculado con la administración a través de contrato de trabajo. Evento en el cual, por la excepción contenida en el numeral 4º del artículo 105 de la Ley 1437 de 2011, corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria laboral su conocimiento.

Así, en el caso en concreto José Hernán en el libelo genitor señaló que prestó sus servicios personales en las Empresas Públicas de Marsella a través de contratos de prestación de servicios para desempeñarse como conductor y aseo; pero reclama la existencia de un contrato de trabajo en virtud al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, y por ello anunció que elevó reclamación a dicha empresa con tal finalidad, que ni siquiera fue contestada por la administración.

Descripción del objeto de la litis que debía evidenciar a la Sala Mayoritaria que el presente caso correspondía a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues el mismo no deriva de las controversias surgidas con ocasión a un contrato de trabajo existente entre las partes en contienda, sino precisamente en la presunta ilegalidad del contrato de prestación de servicios que ató a las partes.

En consecuencia, al tenor del artículo 138 del C.G.P. se desprendía el infortunio del trámite seguido en esta jurisdicción, de ahí que la Sala Mayoritaria erró al no declarar la nulidad por falta de jurisdicción de todo lo actuado hasta la sentencia, para proceder a remitir el expediente a los juzgados administrativos de este Distrito.

En estos términos salvo mi voto,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Magistrada**

<sup>[1]</sup> Sección Segunda del Consejo de Estado, decisiones del 2 de marzo de 2017, Exp. 4066-14; 6 de octubre de 2016, Exp. 3308-13; 25 de agosto de 2016, Exp. 0088-15; 21 de julio de 2016, Exp. 2830-13; 16 de junio de 2016, Exp. 1317-15; 4 de febrero de 2016, Exp. 0316-14; 9 de abril de 2014, Exp. 0131-13; 13 de diciembre de 2012, Exp. 1662-12; 24 de octubre de 2012, Exp. 1201-12; 15 de junio de 2011, Exp. 1129-10; 4 de noviembre de 2010, Exp. 0761-10; 7 de octubre de 2010, Exp. 1343-09; 19 de agosto de 2010, Exp. 0259-10;

13 de mayo de 2010, Exp. 0924-09; 19 de febrero de 2009, Exp. 3074-05; 6 de septiembre de 2008, Exp. 2152-06; 17 de abril de 2008, Exp 2776-05; 16 de noviembre de 2006, Exp. 9776; 24 de noviembre de 2005, Expediente: 4058-04; 4 de noviembre de 2004, Exp. 3661-03; 21 de agosto de 2003, Exp. 0370-03; 3 de julio de 2003, Exp. 4798-02; 21 de febrero de 2002, Exp.3530-01; 28 de junio de 2001, Exp. 2324-00, entre otras.

**Firmado Por:**

**Olga Lucia Hoyos Sepulveda**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 4 Laboral**  
**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**Ana Lucia Caicedo Calderon**  
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional**  
**Sala 1 Laboral**  
**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

**German Dario Goez Vinasco**  
**Magistrado**  
**Sala 003 Laboral**  
**Tribunal Superior De Pereira - Risaralda**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **2ca4876765d6f6649e39c41b292a5d65a8d7696000e2be8c7ea97b2ee1152a39**

Documento generado en 22/08/2022 07:16:54 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**