



Santiago de Cali, veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023), hora 04:00 p.m.

ACTA No. 029

El ponente, magistrado **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**, en Sala, en virtualidad TIC'S por la pandemia COVID 19 , conforme con el procedimiento de los arts.11 y 12, Decreto legislativo 491, 564 y art.15, Decreto 806 del 04 de junio de 2020, Decreto 039 de 14- 01- 2021 y Acuerdos 11567-CSJ del 05 de junio de 2020, 11581, CSJVAA20- 43 de junio 22, 11623 de agos-28 de 2020, PCSJA20- 11632 de 2020, CSJVAA21- 31 del 15 de abril de 2021, Acuerdo 11840 del 26 de agosto de 2021, Acuerdo CSJVAA-21- 70 del 24 de agosto de 2021, Resolución 666 de 28 de abril de 2022 y Ley 2213 de 2022 y demás reglas procedimentales de justicia digital en pandemia, procede dentro del proceso de la referencia a hacer la notificación, publicidad virtual y remisión al enlace de la Rama Judicial link de sentencia escritural virtual del Despacho.

SENTENCIA No.2829

El ex trabajador VÍCTOR HUGO DURAN ORTIZ convoca a la patronal/demandada <EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI E.I.C.E. E.S.P. – EMCALI E.I.C.E. E.S.P. en adelante EMCALI E.I.C.E. E.S.P. quien llama en garantía a SEGUROS DEL ESTADO s.A., aceptada mediante auto 8560 del 16/11/2016 (F.245), y solidariamente a SERVICIOS INTEGRALES DE PERSONAL TEMPORAL S.A.S. y SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S.> dentro de proceso ordinario laboral, para que la jurisdicción previa declaratoria de las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Declárese que entre VICTOR HUGO DURAN ORTIZ y la empresa EMCALI EICE - ESP, representada legalmente por la doctora CRISTINA ARANGO OLAYA, o quien haga las veces, existió un contrato de trabajo realidad, a término indefinido por haberse superado el término legal de la contratación que como trabajador en misión hicieron las empresas SERVICIOS INTEGRALES DE PERSONAL TEMPORAL S.A.S. y SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., en la empresa EMCALI EICE - ESP la que por mandato de Ley pasó a ser su empleador directo.

SEGUNDA: Que la empresa EMCALI EICE - ESP, termino el contrato de trabajo que tenía con el señor VICTOR HUGO DURAN ORTIZ, sin cumplir con el procedimiento establecido el Artículo 63 de la Convención Colectiva de Trabajo firmada entre EMCALI EICE - ESP y SINTRAEMCALI, la cual establece la ACCION DE REINTEGRO, cuando el trabajador sea despedido sin cumplir con los requisitos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo.

TERCERA: Que como consecuencia de la declaración anterior, EMCALI EICE - ESP, está obligado a REINTEGRAR al actor en el término que el señor Juez fije al mismo cargo y en las mismas o superiores condiciones laborales que tenía al momento del despido, declarándose sin solución de continuidad la relación laboral para todos los efectos legales y especialmente en el salarial y prestacional.

CUARTA: Se condene a la empresa EMCALI EICE - ESP, al pago de los salarios dejador de percibir desde el 31/12/2015, fecha en que fue despedido hasta el día en que efectivamente sea reintegrado.

QUINTA: Se le reconozcan y paguen a partir del 16 de mayo y en adelante las prestaciones extralegales pactadas en la Convención Colectiva de Trabajo vigente, firmada entre el sindicato SINTRAEMCALI y la empresa EMCALI EICE - ESP en calidad de afiliado al sindicato.

SEXTA: Se condene además a EMCALI EICE - ESP, a pagar a partir del 16 de mayo y en adelante la diferencia entre lo pagado por las intermediarias por concepto de Vacaciones, primas auxilios.

SEPTIMA: Igualmente se le ordene el pago de la Seguridad social integral a partir del 16 de mayo y en adelante, teniendo en cuenta el salario que devenga un motorista de EMCALI EICE - ESP que realiza las mismas funciones que el actor.

OCTAVA: Se condene a las demandadas a pagar la indexación o corrección monetaria y las costas del proceso, incluidas las agencias en derecho.

CONDENAS.

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar a favor del demandante las siguientes condenas debidamente indexadas así: **a)** Salarios dejados de percibir desde el 31/12/2015, fecha del despido la suma de \$18.760.000. **b)** Al pago de cesantías desde el 31/12/2015 hasta el día que sea reintegrado la suma de \$789.000. **c)** Al pago de los intereses de cesantía desde el 31/12/2015 hasta el día que sea reintegrado la suma de \$72.000. **d)** Pago de Primas legales desde el 31/12/2015 hasta el día que sea reintegrado de 2015 la suma de \$6.000.000. **e)** Pago de vacaciones desde el 31/12/2015 hasta el día que sea reintegrado de 2015 \$1.200.000. **f)** Pago de la Seguridad Social desde el 31/12/2015 hasta el día que sea reintegrado \$1.500.000. Total pago de condena: \$28.321.000.

... Con base en hechos, pretensiones, pruebas, oposición, alegaciones y excepciones suficientemente conocidos y debatidos por las partes protagonistas de la relación sustancial laboral, y jurídico procesal en este juicio, enteradas éstas de los fundamentos fácticos probados y argumentos jurídicos de la condena parcial proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali <Sentencia No. 264 del 12 de julio de 2019> ...

1°.- DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FONDO propuesta oportunamente por el apoderado judicial de la accionada EMCALI E.I.C.E. E.S.P., la cual denominó "PETICIÓN DE LO NO DEBIDO".

2°.- DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo realidad desde el 16 de mayo de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2015, entre el señor VÍCTOR HUGO DURÁN ORTIZ, como trabajador y EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE E.S.P., representada legalmente por el doctor GUSTAVO ADOLFO JARAMILLO VELASQUEZ, o por quien haga sus veces, como empleador, el cual terminó por la finalización de la obra o labor contratada.

3°.- ABSOLVER a la accionada EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE E.S.P., representada legalmente por el doctor GUSTAVO ADOLFO JARAMILLO VELASQUEZ, o por quien haga sus veces, de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

4°.- ABSOLVER a la sociedad SERVICIOS INTEGRALES DE PERSONAL TEMPORAL S.A.S., representada legalmente por la señora JHOANNA ZAPATA BOTERO o por quien haga sus veces, de todas las pretensiones de la demanda.

5°.- ABSOLVER a la sociedad SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., representada legalmente por el señor DIEGO ARMANDO MADROÑERO CERON o por quien haga sus veces, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

6°.- ABSOLVER a la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A., representada legalmente por el señor ANDRES FELIPE GONZALEZ MUÑOZ, o por quien haga sus veces, de la totalidad de las pretensiones de la demanda.

7°.- COSTAS a cargo de la parte vencida en el proceso. Líquidense por la Secretaría del Juzgado. FIJESE la suma de \$300.000, en que este Despacho estima las AGENCIAS EN DERECHO, a cargo del demandante y a favor de las demandadas y de la llamada en garantía, por partes iguales para cada una.

Y de la apelación del demandante y la demandada condenada EMCALI EICE E.S.P.

ANTECEDENTES PROCESALES: EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P.

llama en garantía a SEGUROS DEL ESTADO S.A. y es aceptado mediante auto 8560 del 16/11/2016 (F.245. P.263); e igualmente se integra al contradictorio y solidariamente SERVICIOS INTEGRALES DE PERSONAL TEMPORAL S.A.S. y SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S. SEGUROS DEL ESTADO en general contesta 'NO ME CONSTA'<f.252-265. P.280-293>; SERVIREMOS<f.296-307. P.329-340> y SERVICIOS INTEGRALES MEDIANTE CURADORA<f.350-351. P.396-398> contestan en lo que les concierne a sus intereses.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN II INSTANCIA:

I.- LIMITES APELACION DEL DEMANDANTE: *Sustenta: Apelo la decisión proferida por el despacho en relación con las pretensiones presentadas por el señor VÍCTOR HUGO DURAN ORTIZ, y presento mi reparo en lo siguiente: lo primero, al considerar el despacho, primero se reconoce el contrato realidad al trabajador durante el término que se excedió precisamente la empresa usuaria en el servicio que le hizo el trabajador, comparto esa decisión. En relación con la no aplicación de la convención colectiva, es preciso traer como precedente oficial la sentencia del 24/04/1997 radicado 9435 de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en el caso de la contratación de un trabajador como trabajador oficial en el INSTITUTO DE FOMENTO INDUSTRIAL, ... La empresa EMCALI es una empresa industrial y comercial del estado del orden municipal, lo mismo pasaba con IFI que es una empresa industrial y comercial, en su naturaleza del orden nacional, allí cuando se trata de la naturaleza jurídica, que no se plantea como establecimiento público en este caso, por ser una empresa industrial, la mayoría de los trabajadores son trabajadores oficiales, a excepción de los cargos de dirección que están dentro del estatuto de la empresa y son la excepción, diferente a los establecimientos públicos que los empleados públicos son la excepción. ... y en el caso del trabajador aquí, se trata también de un servicio que es de conductor y que la empresa la naturaleza jurídica de ambas son iguales, la mayoría son trabajadores oficiales en la empresa y solamente son empleados públicos la excepción y están contemplados dentro de los estatutos de la empresa. Ya partiendo de las decisiones del caso, vemos de que el trabajador fue se consideró desde el mismo momento que sobre paso el termino legal permitido por la ley, se consideró trabajador de EMCALI EICE ESP y por tanto tenía los mismos derechos de los demás trabajadores y es más, era afiliado al sindicato, que por ser un sindicato de industria como lo dijo uno de los testigos, tenía derecho de afiliarse, pero también en la convención colectiva, que es para los trabajadores que firman para los trabajadores que laboran en EMCALI y el trabajador de acuerdo con la declaración del contrato realidad tiene derecho igual que todos los trabajadores, no puede ser la excepción porque sería darle un trato indigno y el derecho al trabajo es un derecho humano y debe darse en condiciones dignas y justas, no puede haber discriminación y en este caso había discriminación con el trabajador y un abuso del derecho porque se abusó con el servicio del trabajador dándole un trato indigno y realmente eso no está permitido, porque la misma constitución en el art. 53 y el art. 25 también se declara que el trabajo es un derecho humano y el trabajador realmente se lo merece. En relación con las agencias en derecho, es que al trabajador no se le puede condenar costas y agencias en derecho, también no estoy de acuerdo porque el trabajador no fue al estado precisamente porque se le reconociera un derecho, entonces él le castiga al trabajador que debe pagar, cuando está pagando, tanto bien, tuvo para presentar esta demanda, le toco contratar un servicio de un profesional porque realmente necesitaba que se le reconociera el derecho, entonces no se le puede condenar porque viene a la justicia a que se le haga efectivo un derecho, entonces se le castiga que debe pagarle al demandado. En relación con las empresas que lo vincularon, es otra forma de burlarse de los derechos del trabajador, la empresa primera que lo contrato fue SERVIREMOS MULTISERVICIOS S.A. el nit 900103664412, el mismo número del Nit., luego hace una reforma, es que es una forma de burlarse de los derechos del trabajador, hace una reforma en el 2014, esta empresa nace en el 2009 la primera, luego hace una reforma con el mismo nit, con el mismo representante legal y le cambia el nombre de SERVIREMOS SAS, de SERVIREMOS luego pasa a otra y hace de SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL y por último el 27/06/2017, hace otra reforma y le cambia el nombre de OUTSOURCING EMPRESARIAL por el de SERVIREMOS MULTISERVICIOS SAS, vemos realmente que hay toda una, se le trata realmente de burlar al trabajador cambiándole de empleador cuando es el mismo y el mismo representante legal de la empresa que es el señor DIEGO ARMANDO MONDRAGON SEGOVIA, aquí realmente vemos que al trabajador no solamente se le desconocieron sus derechos sino que también trataron de burlarse del trabajador, por lo tanto solicito que el recurso de apelación se surta ante el superior.*

II.- LIMITES APELACION DE LA DEMANDADA EMCALI E.I.C.E. E.S.P.: *Sustenta: Interpongo recurso de apelación contra la sentencia 264 emitida hoy 12/07/2019, en el tenor de manifestar que no hubo contrato realidad entre EMCALI EICE ESP, no cabe duda que entre el demandante y EMCALI no existió la relación laboral y por el contrario las pruebas apuntan a la existencia de un contrato de trabajo en donde el contratante fue SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL SAS, con el demandante en el periodo consignado en la demanda, ahora bien, según lo expuesto en el proceso y las pruebas documentales y testimoniales arrojadas, no se logró demostrar la subordinación, se deben tener en cuenta que mi representada EMCALI EICE ESP, es una sociedad EICE prestadora de servicios públicos domiciliarios legalmente constituida, de naturaleza pública, tiene como objeto principal, de conformidad con lo previsto en el art. 34 de 1999 la prestación de servicios públicos domiciliarios, en consecuencia, no existe relación de causalidad en cuanto a que el servicio contratado no pertenece a las actividades normales o corrientes misionales ni a la naturaleza, ni directamente vinculada con el área de explotación de su objeto económico, ni con la actividad ordinaria del beneficio, es decir de EMCALI EICE ESP, quien le encargo su ejecución, en consecuencia, siendo ajena a ella, los trabajadores del contratista independiente, no tienen contra el beneficiario del trabajo la acción solidaria que consagra el art. 34 del CST, en ese orden de ideas, solicito al tribunal superior de Cali sala laboral, se revoque la decisión en el sentido de no declarar el contrato realidad y absolver a mi defendida de todas las pretensiones.*

Atendiendo la consonancia, <Art. 66-A, CPTSS> con la demanda, análisis de sentencia, de la lectura de la sustentación de los recursos de apelación interpuestos, se tiene como problemas jurídicos para resolver en esta instancia:

1. Verificar si el demandante laboro al servicio de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. mediante un verdadero contrato de trabajo.
2. Si como consecuencia de lo anterior tiene derecho a la aplicación de la convención colectiva de trabajo, en los términos solicitados en la demanda.
3. Verificar si es el demandante quien debe pagar costas procesales y agencias en derecho en favor de las entidades demandadas.

La a quo tomo su decisión con base en las siguientes consideraciones:

(...) En orden a dar solución a los problemas jurídicos, es preciso tener en cuenta que todas las pretensiones de la demanda van dirigidas en contra de la accionada EMCALI E.I.C.E. E.S.P., y desde luego ninguna eventual condena podría ser emitida en contra de las demandadas SERVICIOS INTEGRALES DE PERSONAL TEMPORAL S.A.S. y SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., destacando además, que en los hechos de la demanda ninguna alusión se hace al papel que juega en este asunto, la demandada SERVICIOS INTEGRALES DE PERSONAL TEMPORAL S.A.S. y solo en el acápite de declaraciones es que se solicita se declare que dicha empresa envió al actor como trabajador en misión a EMCALI, pero no especifica los extremos temporales, dentro de los cuales el accionante se desempeñó como trabajador en misión en EMCALI, por lo que revisados los documentos aportados al proceso, observamos como documento anexo a la demanda a folio 137,... por eso se explica, que en el hecho primero de la demanda se afirme que el actor ingreso a laborar, desde el 16/05/2013 hasta el 30/12/2015 como trabajador en misión en EMCALI a través de la empresa SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S. Aclarado lo anterior, se itera que el pronunciamiento será absolutorio a favor de las demandadas SERVICIOS INTEGRALES DE PERSONAL TEMPORAL S.A.S. y SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., así las cosas, queda por establecer, si hay lugar a declarar la existencia del contrato realidad entre el actor y EMCALI E.I.C.E. E.S.P., por haberse superado el termino legal de contratación como trabajador en misión...

De los relatos de los testigos, se logra establecer, que el actor desempeñaba su labor de vehículo automotor de la empresa EMCALI EICE ESP, para lo cual debía cumplir un horario que tenían asignados los revisores de dicha empresa, pues su labor consistía en transportarlos hasta el sitio donde debían desarrollar su labor de revisión de servicios según las ordenes que fueran emitidas por la empresa, para la atención de los usuarios de la misma, por ello debía estar a disposición con el vehículo de la empresa, según lo afirman los testigos, desde las 7:30 de la mañana, y su labor se prolongaba hasta aproximadamente hasta las 4:30 de la tarde, o según la necesidad del servicio, podía extenderse con posterioridad a esa hora, según lo afirman los declarantes, las ordenes o instrucciones que se daban al conductor iban por escrito, pues a través de ellas se lo autorizaba al conductor para transportar los revisores, hasta el sitio donde debían ejecutar sus labores. De lo anterior, bien puede inferirse, que por el cumplimiento del horario y la disponibilidad que debía tener el accionante para transportar a los revisores de servicios de EMCALI, hasta el sitio donde debían ejecutar las labores y posteriormente regresarlos, tal actividad del accionante, puede calificarse como de subordinada o dependiente de la empresa, en este caso de EMCALI EICE ESP, por lo que en principio podría hablarse de que por prestarse personalmente el servicio y aparentemente estar subordinado a la empresa, habría lugar a declarar la existencia del contrato realidad entre el actor y EMCALI, no obstante que el empleador era la empresa SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., dado que con esta empresa fue que el actor suscribió el contrato de trabajo, sin embargo, eso no puede despacharse de esta forma, si se tiene en cuenta que la empresa de servicios temporales funge como verdadero empleador del trabajador, al tenor de lo establecido en el art. 71 de la ley 50 de 1990 (...) La empresa SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., por estar constituida como una empresa de servicios temporales, tenía el carácter de empleadora del actor y el argumento por el cual se pretende la declaratoria del contrato de trabajo realidad, es el de haberse superado el termino de contratación del accionante como trabajador en misión, (...) Así las cosas, en este caso concreto, se tiene que el demandante, fue contratado como trabajador en misión desde el 16/05/2013 y según el régimen jurídico de las EST, su contratación no podía extenderse por más de un año, es decir, que sería máximo hasta el 15/05/2014, sin embargo, tal contratación se prolongó hasta el 31/12/2015, tiempo que supera el máximo de contratación legal primitivo para las empresas de servicios temporales, razón por la cual, como ya se indicó, al haber permanecido el accionante en situaciones de subordinación y dependencia, frente a la empresa usuaria, en este caso EMCALI EICE ESP, es viable dar aplicación al principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, para declarar la existencia de un contrato de trabajo, entre el demandante y EMCALI EICE ESP, desde el 16/05/2013 hasta el 31/12/2015. Determinado lo anterior, se procede a examinar si hay lugar a declarar que la demandada EMCALI EICE ESP, termino el contrato de trabajo al actor sin cumplir con el procedimiento establecido en el art. 63 de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre EMCALI y SINTRAEMCALI, donde se establece la acción de reintegro, cuando el trabajador sea despedido sin cumplir los requisitos establecidos para el efecto, para esto debe tenerse en cuenta, que el demandante había suscrito contrato de trabajo con la EST SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., en el cual se estableció que su termino de duración dependía del tiempo que durara la finalización de la obra o labor determinada, como ya se indicó EMCALI EICE ESP, suscribió con

SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., el contrato de prestación de servicios No. 600-GAC-CS-0105-2013, del 29/04/2013, en virtud del cual el demandante fue contratado como motorista para conducir vehículos de propiedad de EMCALI a partir del 16/05/2013, fecha en la cual también se suscribió el acta de inicio, de la que se estableció, que la fecha de terminación del contrato sería el 15/03/2014, como se ve a folio 230 y 334. ...

De allí en adelante, ya no obra dentro del proceso ningún prueba documental que permita establecer que dicho contrato de prestación de servicios pactado entre las citadas empresas hubiera sido prorrogado, pues como bien lo afirma la testigo ADRIANA VILLARTE LOZANO como gerente de facturación de EMCALI, el contrato de prestación de servicios que tenía suscrito EMCALI con SERVIREMOS, para el suministro de conductores de vehículos para el departamento de facturación, estuvo vigente hasta diciembre de 2015 y desde esa época EMCALI ya no volvió a suscribir ningún otro contrato con dicha empresa,...

...es decir que en este caso no puede hablarse de la existencia de un despido injusto y por tanto no habría lugar a aplicar el citado artículo 63 de la Convención Colectiva de Trabajo, que consagra la estabilidad laboral y la acción de reintegro, esto en caso que se diera por sentado que el actor es un trabajador oficial de la empresa EMCALI EICE ESP, circunstancia discutible, porque una cosa es que se declare la existencia de un contrato de trabajo realidad y otra muy diferente, que por ello adquiriera la condición de trabajador oficial de dicha demandada y además que fuera beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita entre EMCALI y SINTRAEMCALI, lo cual también resulta discutible, pues esta solamente aplica para los trabajadores oficiales de esta empresa y la condición de trabajador oficial del actor, por lo que se ha dejado expuesto queda en entre dicho, porque entre otras cosas, tampoco queda demostrado en el proceso, si realmente el cargo de conductor o motorista en EMCALI tiene la calidad de trabajador oficial, o por el contrario la de empleado público. Lo que hasta aquí se ha considerado, releva al despacho de examinar otros documentos, como sería el obrante a folio 131 tachado de falsedad, tacha que desde el principio de conformidad con lo establecido en el art. 269 del CGP, resulta inadmisibile por cuanto el documento tachado de falso no proviene de ninguna de las partes, además que, por no influir en la decisión, también resulta inadmisibile y por tanto queda resuelta la tacha formulada. Ahora, no puede hablarse que EMCALI EICE ESP hubiera incumplido algún procedimiento relacionado con la terminación del contrato de trabajo del actor, toda vez que de este se encargó la empresa SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., quien fungía en ese momento como su empleador, distinto es que a través de esta sentencia y en aplicación al principio de primacía de la realidad se establezca ahora la existencia del contrato de trabajo, pero no para responsabilizarla de la omisión de un procedimiento relacionado con la terminación del contrato de trabajo, sino eventualmente para ordenar el pago de acreencias laborales dejadas de cancelar, caso que aquí no se presenta, toda vez que todas las acreencias laborales reclamadas, son posteriores a la terminación del contrato de trabajo. De lo anterior, debe concluirse que como en este caso no es viable la acción de reintegro del accionante, a pesar de haber sido presentada la acción ordinaria dentro del término previsto, en el parágrafo segundo de la citada norma convencional, las pretensiones que dependían de la prosperidad del reintegro, deberán ser desestimadas, así mismo las relacionadas con las diferencias entre lo pagado al actor como motorista por la empresa SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., y lo que devenga un motorista de EMCALI EICE ESP, toda vez que no fue probado con las pruebas, que permitan determinar la existencia de tales diferencias y menos aún que se hubieran acreditado las exigencias, para una eventual nivelación salarial (...) elementos probatorios que en este caso brillan por su ausencia. Así las cosas, deberá entonces declararse la existencia de un contrato de trabajo realidad desde el 16/05/2013 hasta el 31/12/2015, entre el señor VÍCTOR HUGO DURÁN ORTIZ, como trabajador y EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI EICE E.S.P., como empleador, el cual terminó por la finalización de la obra o labor contratada. De las demás pretensiones de la demanda, deberá absolverse conforme a lo antes expuesto, en consecuencia, el pronunciamiento también deberá ser absolutorio, respecto a la llamada en garantía SEGUROS DEL ESTADO S.A. Lo antes expuesto sirve de fundamento para declarar probada la excepción de fondo denominada petición de lo no debido, propuesta por la demandada EMCALI EICE ESP.

Respecto al primer problema jurídico planteado tenemos que en la pretensión primera de la demanda, el actor solicita la declaratoria del contrato de trabajo realidad entre el demandante y la demandada EMCALI EICE E.S.P., sin establecerse los extremos temporales, sin embargo, en el hecho tercero se dice que el demandante presto sus servicios como conductor desde el 16 de mayo de 2013 hasta el 30 de diciembre de 2015, y así lo declaro la a quo en el resolutive segundo de la sentencia apelada, por tanto, será ese el tiempo que se estudie en la instancia.

Para lo cual se sienta la premisa normativa, propia y aplicable a los trabajadores oficiales de EMCALI, que están en la planta de personal, contenida en el art. 5, Ley 6 de 1945, que dice:

“ARTÍCULO 5°.- La diferencia de salarios para trabajadores dependientes de una misma empresa en una misma región económica y por trabajos equivalentes, solo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en la obra, y en ningún caso en diferencias de nacionalidad, sexo, edad, religión, opinión política o actividades sindicales.<...>”

Bajo el presupuesto que en derecho administrativo nacional público y en derecho público laboral, en cualquier nivel, es regla del órgano rector y máximo juzgador en lo contencioso administrativo, que a la administración pública <en cualquiera de sus niveles, nacional, territorial o distrital, ni descentralizado por servicios en lo local> no se le pueden imponer situaciones de hecho porque *“no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente/ Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la constitución y desempeñar los deberes que le incumben./...<art.122,CPCo.y estudiar T-501 de agosto 21 de 1992,M.P.JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO>.*

En armonía con lo anterior, *‘son servidores públicos...los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. /Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. <...>’ <art.123,CPCo.> y reglas que entran a armonizar con ‘nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público,...’ / ‘Entiéndese por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas’ <art.18,CPCo.>.*

En materia salarial se avienen las siguientes reglas, para lo cual debe tenerse que la diferencia salarial, cuando exista al interior de una empresa una política salarial y de funciones, la cual señale los cargos, funciones y remuneraciones con base en los respectivos MANUALES DE FUNCIONES, solo es posible cuando los trabajos no sean equivalentes, la que sólo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en el cargo, debiendo, cuando esté organizado el régimen de concurso de méritos para ascender a un cargo, someterse a las reglas del respectivo concurso, sin el cual no es posible aspirar a cargo o nivel salarial alguno por la fuerza de situaciones de hecho.

Bajo la premisa que el juez en sentencia ni autoridad alguna en acto administrativo <cualquiera sea su denominación> puede imponer a la administración situaciones de hecho <en cualquiera de sus niveles, nacional, territorial, departamental, municipal o distrital> en materia de cargos o empleos que no estén en su planta de personal, ni menos para crearlos o modificarlos, contraviniendo su régimen jurídico o los reglamentos de su funcionamiento. Regla de oro que se aplica a continuación.

Para lo cual debe tenerse que la diferencia salarial, cuando exista al interior de una empresa una política salarial y de funciones, la cual señale los cargos, funciones y remuneraciones con base en los respectivos MANUALES DE FUNCIONES, solo es posible cuando los trabajos no sean equivalentes, la que sólo podrá fundarse en razones de capacidad profesional o técnica, de antigüedad, de experiencia en la labor, de cargas familiares o de rendimiento en el cargo, debiendo, cuando esté organizado el régimen de concurso de méritos para ascender a un cargo, someterse a las reglas del respectivo concurso, sin el cual no es posible aspirar a cargo o nivel salarial alguno por la fuerza de situaciones de hecho.

Aquí es necesario precisar que un empleo o cargo<en su triple dimensión funcional, personal y teleológica, para entenderlo como conjunto de deberes, responsabilidades, funciones y competencias regladas <Ley 909 de 2004 y Younes Moreno, Diego, Derecho Administrativo Laboral, Temis, pg. 90 y ss> y que conlleva, por principio de legalidad, que nadie puede ejercer empleo, o funciones anejas ni tener competencias distintas a las atribuidas en ley o reglamento¹ y manuales generales y específicos de funciones, condicionados a las obligaciones concernientes al cargo, la idoneidad, buena fe y cabalidad<que son constituyentes del derecho al cargo> no lo compone una función única o unas pocas eventuales funciones, por el contrario lo que lo diferencia de otros empleos o cargos es la multiplicidad de funciones asignadas legalmente, que debe realizar quien lo ocupe o desempeñe, lo que apareja responsabilidades y obligaciones, así como derechos, que por ejercerlo en empresa oficial en donde exista escalafón y una política salarial, con establecimiento de escala salarial en correspondencia con el cargo y las funciones, le corresponde una determinada remuneración en ese escalafón, pero no se puede pedir una nivelación salarial por ejercer parcialmente una o pocas funciones eventuales de un empleo o cargo, pues, tal fracturación no es posible en los cargos regidos por un escalafón legal o por reglamentados autorizados por la Constitución o la ley; pues, se estaría contraviniendo lo reglado en la Constitución Política de Colombia así:

1 Desarrollo del principio del empleo oficial en la regla constitucional que no puede existir ningún empleo público que no tenga detalladas sus tareas en normas de carácter legal o reglamentario, art.122,CPCo.

ARTICULO 122. <Artículo corregido por Aclaración publicada en la Gaceta No. 125> No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben. (Negritas y subrayas del Despacho).

PARTES-SUJETOS PROCESALES Y VINCULOS JURÍDICOS:

1.- El demandante: **VÍCTOR HUGO DURAN ORTIZ , *motorista o conductor de vehículos enviado en misión por las* empresas SERVICIOS INTEGRALES DE PERSONAL TEMPORAL S.A.S. desde el 08/11/2011 hasta el 04/03/2013<f.137> y en seguida con SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., desde el 16/05/2013 hasta el 30/12/2015, con una interrupción de aproximadamente 2 meses y medio<f.137>, también enviado en misión para que trabaje en las instalaciones de EMCALI, en el querer de demandante.**

2.- LAS EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE ESP, celebró el *contrato comercial de prestación de servicios<conforme al art. 968,C.Cio.> 600-GAC-CS-0105-2013<f.20 y 21>, del 29/04/2013 y finalizó el día 31 de diciembre de 2015con la empresa SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., constituida como una empresa de servicios temporales, en virtud de lo cual dicha empresa suscribió con EMCALI EICE ESP ese contrato, en el cual se consignó como objeto el siguiente: “contratar el suministro de servicios para realizar actividades operativas comerciales, las cuales están relacionadas con el manejo de vehículos de propiedad de EMCALI, para el desplazamiento dentro de su jurisdicción en relación con las revisiones de servicios, con el fin de continuar con el desarrollo eficiente y control estricto de todas y cada una de las actividades emanadas en las funciones propias de gerencia del área comercial y gestión al cliente”.*

Bajo las siguientes prorrogas: Se inicia el 29/04/2013 con terminación el 15/03/2014<f. 230 y 334>. El 14/03/2014, dichas empresas suscribieron ‘OTRO SI’ al contrato para adicionar el plazo del contrato de 5.5 meses que iba hasta el 31/08/2014<f.234>; el 26/08/2014, las mismas empresas suscriben el ‘OTRO SI No. 2’, mediante el cual se amplía el plazo de ejecución hasta el 30/11/2014<f.237>; el 12/11/2014 las mismas empresas suscriben el ‘OTRO SI No. 3’, para adicionar el plazo del contrato en 6 meses más, desde el 01/12/2014 hasta el 31/05/2015<f.237 y 239>; el 29/05/2015 las mismas empresas suscriben el ‘OTRO SI No. 4’, para adicionar el plazo del contrato por 7 meses, desde el 01/06/2015 hasta el 31/12/2015<f.339, exp.digital>.

Contrato de suministro de servicios reglamentado por el Artículo 968 del Código del Comercio, en el que se contrató con *SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S.* para que suministrara personal para manejo de vehículos, proceso complementario que no forma

parte del giro principal del negocio de EMCALI EICE ESP. Como se observa los Contratos Civiles anteriormente referenciados, no recayeron sobre funciones, cargos o puestos de trabajo.

NATURALEZA JURIDICA DE EMCALI EICE ESP: Antes como establecimiento público, el Objeto social, según el Acuerdo Municipal 034 de 26 de enero de 1999, y luego, con la reforma ordenada por la Ley 142 de 1994, este se hace consistir en la prestación de servicios públicos domiciliarios, de Energía, Acueducto y Alcantarillado y Telecomunicaciones a nivel de toda la ciudad de Santiago de Cali y los municipios aledaños de Jamundí, Puerto Tejada y Yumbo.

En ese contexto institucional, el Objeto social del contrato 600-GAC-CS-0105-2013<f.20 y 21>, del 29/04/2013, celebrado entre EMCALI EICE ESP y con la empresa de *SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., constituida como una empresa de servicios temporales*, nada tiene que ver con el objeto social de la empresa EMCALI EICE ESP, su especialidad son los servicios públicos domiciliarios, conforme a la Constitución y a la Ley 142 de 1994, el primero,

" Art 365 C. P. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita" Estado y de los particulares"

Transformada para cumplir los propósitos de la Ley 142 de 1994, esto se hace consistir, se itera, se itera, EMCALI EICE ESP., es una EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO del orden Municipal cuyo Objeto Social es *la prestación de servicios públicos domiciliarios contemplados en las Leyes 142 y 143 de 1994, tales como acueducto, alcantarillado, distribución y comercialización de energía, distribución de gas combustible, telefonía básica conmutada, telefonía móvil y móvil rural y demás servicios de telecomunicaciones incluyendo los servicios agregados, generación de energía y tratamiento de aguas residuales* a nivel de toda la ciudad de Santiago de Cali y los municipios aledaños de Jamundí, Puerto Tejada y Yumbo.

Por tanto, no es de su objeto social ni su finalidad primaria los servicios de motoristas ni transporte masivo personal. *Por supuesto, que por la especialidad de su objeto social* , constitucionalmente le está vedado a EMCALI EICE ESP, la prestación del servicio de primarios de motorista o transporte de personal, no teniendo unidad, departamento o división con tales fines. Es por tal especialidad que

"La Corte, en varias decisiones ha referido explícitamente al régimen jurídico que cubre los actos propios de las empresas industriales y comerciales del Estado, y al respecto ha señalado que, (i) son entidades de naturaleza jurídica pública aunque

por razón de su objeto sus actos se rigen por el derecho privado sin que por ello se elimine dicha naturaleza jurídica 1, (ii) en cuanto a su objeto institucional se rigen por las normas del derecho privado, (iii) son entidades estatales sujetas a las normas del derecho público aunque el legislador puede señalarles una regulación especial con remisión al derecho privado dada la naturaleza de las actividades que desarrollan, similares a las que ejecutan los particulares y al no comprender el ejercicio exclusivo de funciones administrativas, sin que ello signifique que su régimen sea estrictamente de derecho privado ni que se encuentren excluidas del derecho público ya que tienen un régimen especial que cubre ambas modalidades, (iv) se les ha señalado un objeto comercial específico cuyo desarrollo se sujeta al derecho privado atendiendo la similitud de las actividades que cumplen con las que desarrollan los particulares, por lo que se les otorga un tratamiento igualitario respecto a la regulación, imposición de límites y condicionamiento de sus actividades, y aplicación del respectivo régimen jurídico, en esta medida el precepto constitucional que consagra la libre competencia (art. 333) debe aplicarse en forma igualitaria tanto a las empresas particulares como a las que nacen de la actuación del Estado en el campo de la actividad privada, y (v) aunque se regulan por las normas y procedimientos de derecho privado y con un propósito lucrativo o rentable, se encuentran vinculadas a la administración pública." (C572/97 y C-199/01).

Esta conclusión jurisprudencial obliga a hacer la siguiente inferencia '...nótese que no existe prueba en el proceso que dé cuenta que en la planta de personal de cargos o de estructura de EMCALI, estuviera creado el cargo de motorista o transporte de personas como trabajador oficial y natural es que no lo haya, pues esta es una empresa de servicios públicos domiciliarios y no una empresa que preste los de motorista o de transporte de personal.' Es así como constitucional y legalmente le está vedado a EMCALI EICE ESP, la prestación del servicio de transporte de personal o motoristas, dado que no es una empresa autorizada para transportar personas.

3.- SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., *constituida como una empresa de servicios temporales<según se desprende del objeto social, que se consigna en el certificado de existencia y representación legal, exp.digital>.* Según el certificado de Cámara de Comercio en autos, en autos presunto empleador **SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S.,** es una sociedad simplificada por acciones 'SAS'. Su objeto social es hacer ofertas comerciales de remisión de personal en misión para desempeñar funciones determinadas de los usuarios.

4.- VINCULO JURÍDICO: EMCALI EICE ESP., *mediante el procedimiento de licitación pública conforme a la Ley 80 de 1993, para las entidades estatales y territoriales de cualquier nivel, celebra el 29/04/2013 contrato de prestación de servicios 600-GAC-CS-0105-2013<f.20 y 21>, con la empresa SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., bajo el objeto siguiente: "contratar el suministro de servicios para realizar actividades operativas comerciales, las cuales están relacionadas con el manejo de vehículos de propiedad de EMCALI, para el desplazamiento dentro de su jurisdicción en relación con las revisiones de servicios, con el fin de continuar con el desarrollo eficiente y control estricto de todas y cada una de las actividades emanadas en las funciones propias de gerencia del área comercial y gestión al cliente".<f.328 y 329>.*

Se ha de tener en cuenta que los términos de referencia para la contratación, se señaló que **SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S.** debía velar por el buen funcionamiento de los vehículos entregados, así como sus condiciones de limpieza, igualmente señaló la responsabilidad en cabeza de la sociedad contratista de responder pecuniariamente por las multas o sanciones de tránsito a que se vea avocado por hechos de su autoría o de sus agentes, incluyendo accidentes de tránsito(2).

2 La sociedad contratada contaba con toda la autonomía para desarrollar el objeto del contrato celebrado, debemos entender la facultad plena y sin limitación del contratista para el manejo y disposición de sus recursos, para la toma de decisiones, para la organización del trabajo o de la gestión contratada. Es el derecho a impartir órdenes y exigir que se cumplan, a dar instrucciones e imponer criterios, es decir, para desarrollar sin restricciones, salvo las propias de la contratación, el encargo. Como en efecto ocurre. Es de la esencia de la figura del contratista independiente, y esa libertad de acción, es precisamente aquella que lo distingue del simple intermediario. Debe tener en cuenta el despacho, que los términos de referencia para la contratación, se señaló que el contratista, debía nombrar un Coordinador para la ejecución del contrato. No obstante lo anterior, debe tener en cuenta el despacho la Jurisprudencia de las altas cortes, veamos: "(...) **Sometimiento a condiciones para el desarrollo eficiente de contrato de prestación de servicios no necesariamente configura subordinación** (Consejo de Estado Sección 2da, Sentencia 25000232500020110104001 (07252014)-2/16/2016) Así lo reiteró recientemente la Sección 2da del Consejo de Estado luego del estudio de la evolución jurisprudencia/ del principio constitucional acerca de la primacía de la realidad sobre las formalidades

5.- VINCULACION JURIDICA ACTOR y SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S.:

Para dar cumplimiento al contrato de prestación de servicios suscrito entre las citadas empresas, SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S., suscribió contrato de trabajo por duración de la obra o labor determinada con el señor VÍCTOR HUGO DURAN ORTIZ desde el 16/05/2013, para desempeñarse como conductor de EMCALI y según la carta de terminación del contrato de trabajo<f.342>, el aquí accionante laboro como motorista hasta el 31/12/2015, fue contratado como trabajador en misión para la empresa usuaria EMCALI EICE ESP.<f.328 y 329>.

Es el único tiempo precisado por la a-quo, desde el 16/05/2013 hasta el 31/12/2015, razón para que absolviera a SERVICIOS INTEGRALES DE PERSONAL TEMPORAL S.A.S., lo que se debe confirmar. Mediante comunicación de fecha del día 30/12/2015 se le comunico al actor la cancelación del contrato de trabajo como trabajador en misión de la empresa EMCALI E.I.C.E. ESP. <hecho 12, y f.136. P.150. >.

6.- VINCULACION JURIDICA EMCALI Y ACTOR:

Pretende el actor que se declare un contrato realidad entre EMCALI EICE ESP y el actor, en el desempeño de un cargo y función inexistente en la planta de personal, por ende, sin existir salario para el mismo, por lo que se procede a realizar el análisis de las pruebas documentales obrantes en el plenario, junto con la prueba testimonial y el interrogatorio de parte rendido en audiencia tanto por el demandante como los testigos, respecto al primer problema jurídico planteado.

Se tiene que el demandante solicita la declaratoria del contrato de obra o labor contratada, teniendo como empleador<según su querer y pretendiendo ignorar o desconocer el contrato de trabajo por obra o labor determinada con SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S. y el actor> con las Empresas Públicas Municipales de Cali EMCALI E.I.C.E. E.S.P. desde el 16/05/2013 hasta el 31/12/2015.

establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, específicamente en el contrato de trabajo y de prestación de servicios. Al respecto, aclaró que la relación de coordinación de actividades entre contratante y contratista, que implica que el segundo se somete a las condiciones necesarias para el desarrollo eficiente y productivo de la actividad encomendada, lo cual puede incluir: (i) el cumplimiento de un horario, (ii) el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores (ii) o de tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación. Así las cosas, el alto tribunal precisó que, para acreditar la existencia de la relación laboral, es necesario probar que el supuesto contratista se desempeñó en las mismas condiciones que cualquier otro servidor público y que las actividades realizadas no eran de coordinación entre las partes para el desarrollo del contrato (CP Sandra Lisset /barra)". "Debe reiterarse a propósito de esto, que la existencia de un contrato independiente civil o comercial, en ningún caso implica la veda total de instrucciones o el ejercicio de control y supervisión del contratante sobre el contratista." CSJ Sala de Casación lab., sentencia del 06/09/2007, radicación 16062 MP Carlos Isaac Nader. En conclusión, no se limita la independencia cuando se ponen condiciones objetivas para el cumplimiento del encargo, así como tampoco cuando se vigila su ejecución (...)"

Ahora bien, al solicitar la declaratoria de contrato realidad en contra de EMPRESAS PÚBLICAS MUNICIPALES DE CALI EMCALI E.I.C.E. E.S.P. desde el 16/05/2013 hasta el 31/12/2015, de conformidad con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo< que no procede en autos, porque corresponde la LEY 6 DE 1945 Y SU DECRETO REGLAMENTARIO 2127 DE 1945, PARA EL SECTOR DE TRABAJADORES OFICIALES, TERRITORIAL DESCENTRALIZADO EN ESTE CASO, POR SERVICIOS>, le corresponde al demandante asumir la prueba y acreditar la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario o remuneración. No logrando ese acometido, como se ve a continuación. En cuanto a la prestación del servicio del demandante a favor de la demandada EMCALI E.I.C.E. E.S.P., examinaremos la escasa prueba documental, allegada al proceso, relacionada con el demandante.

Debemos entonces verificar, qué actividades desarrollo el demandante, a fin de verificar si se enmarcan dentro de las ejecutadas por los trabajadores oficiales <destacándose que en autos no se prueba si el cargo de motorista, conductor o persona de transporte de personal , sea un empleo público o de trabajador oficial> , que es lo primero que se debería acreditar para poder declarar el contrato realidad. En el hecho primero de la demanda se afirma que fue conductor y en el plenario reposan pruebas de la vinculación del demandante con la demandada así:

- Certificación laboral expedida por SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S. el 16/05/2013 se dice que se desempeña en el cargo de MOTORISTA<f.26>.
- Carnet de EMCALI que identifica al demandante como contratista CONDUCTOR<f.30>.
- Listado de relación de motoristas del Departamento de Facturación de EMCALI, en el que aparece el nombre del actor a renglón No. 8.<f.31>.
- Oficio del 30/12/2015 por el cual SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S. le informa al demandante la terminación de su contrato de trabajo el 31/12/2015 en el cargo de MOTORISTA<f.136>.
- Contrato individual de trabajo suscrito entre el demandante y SERVIREMOS S.A.S. el 16/05/2013 para el cargo de CONDUCTOR. En el cual no se detallan las funciones que debía cumplir el actor<f.308 y 309>.

La forzosa conclusión es que el contrato de trabajo se firma entre SERVIREMOS OUTSOURCING EMPRESARIAL S.A.S. y el trabajador demandante, sin que figure para nada EMCALI EICE ESP.

De la anterior prueba documental, de la cual se debe destacar que no se aporta la planta de personal que indique que en la estructura de la EMCALI EICE ESP existe el

empleo público o de trabajador oficial, la función, el cargo y el salario para *‘motorista o conductor de transporte de personal’*, se extrae únicamente el cargo desempeñado por el actor y no las funciones desempeñadas, por lo cual, analizaremos el interrogatorio de parte rendido por el señor VÍCTOR DURAN y los testigos traídos al proceso.

INTERROGATORIO DE PARTE VÍCTOR HUGO DURAN ORTIZ

- Dijo que actualmente desempeña el trabajo de supervisor de EMCALI<sic>.
- Que está vinculado como contratista.
- Que prestó sus servicios con la empresa SERVIREMOS OUTSOURCING desde marzo de 2013 hasta mayo de 2015 para trabajar con EMCALI EICE ESP.
- Que era supervisado por el ingeniero AURELIANO MENA Jefe del Grupo de Revisiones, que era quien le daba las rutas a seguir y les decía con cual revisor les tocaba, o la ingeniera DIANA VIDAL.
- Que los citaban a las 7 de la mañana en el campo, pero previamente debían recoger el vehículo a las 6 de la mañana y laboraban hasta las 4 o 5 de la tarde.

TESTIMONIO JUAN CARLOS CAICEDO MILLAN

- Dijo ser revisor de servicios de EMCALI.
- Que hace 7 u 8 años conoce al demandante, como en el año 2012 o 2013, conduciendo un vehículo de la empresa.
- Que lo veía llegar a la empresa por las mañanas, cuando el señor AURELIANO MENA coordinador del grupo, le entregaba el recorrido que debía efectuar diariamente.
- Que el demandante estuvo como hasta el año 2015, tiempo durante el cual debía cumplir un horario de 7:30 am, pero ya en la tarde, no era obligatorio que regresara a la empresa, simplemente tenía que guardar el vehículo en los sitios autorizados por EMCALI y durante el día, el demandante debía transportarlos y esperarlos en los sitios, donde el como revisor de servicios le indicaba.

TESTIMONIO ALVARO GOMEZ

- Dijo ser revisor de servicios de EMCALI, desde hace 30 años.
- Que aproximadamente desde el año 2012 conoce al demandante porque manejaba los carros de la sección de EMCALI para llevarlos a las rutas donde debían ejecutar la labor de revisión.
- Que lo dejaba en el sitio y continuaba con los otros compañeros.
- Que el encargado de entregar la ruta a ellos y al conductor es el señor AURELIANO MENA.

- Que siempre ha habido 8 conductores y que ignora que tipo de vinculación tienen.
- Que el horario que debían cumplir era de 7:30 am y dependiendo de la ruta que tenían que ejecutar terminaban a las 4 de la tarde o en otras oportunidades después de esa hora.
- Que no sabe si el demandante debía regresar a la empresa a marcar tarjeta.
- Que la vinculación del demandante fue más o menos a principios del año 2012, como febrero o marzo hasta diciembre de 2015.
- Que de los 8 conductores que anteriormente estaban vinculados, prestando sus servicios a EMCALI, a la fecha ninguno de ellos sigue ahí.
- Que los conductores que están ahora están vinculados directamente con EMCALI, pero no tiene conocimiento desde cuándo.
- Que cualquier trabajador que trabaje en el área de servicios públicos puede afiliarse al sindicato de EMCALI, por ser este un sindicato de industria.
- Que el demandante estaba afiliado a dicho sindicato.

TESTIMONIO ADRIANA VILLARTE LOZANO

- Dice que es ingeniera industrial con maestría en administración de empresas.
- Que actualmente es gerente de facturación de EMCALI.
- Que conoció al demandante en mayo de 2013 al año 2015, porque hacia parte del contrato con la empresa SERVIREMOS, con la cual EMCALI había contratado el servicio de conducción de vehículos de la empresa para el departamento de facturación, contratación que se dio porque dicho departamento no contaba con ese personal para prestar el servicio.<se destaca>.
- Que el número de conductores dependía de la necesidad del servicio, que así fue como el demandante llegó a prestar su servicio como conductor en el departamento de facturación de EMCALI.
- Que el demandante conducía el vehículo para transportar a los revisores que, por los sectores, debían desplazarse en vehículos y los revisores eran quienes sabían a donde debían dirigirse de acuerdo con las ordenes programadas para los predios que se requería visitar.
- Que el conductor los esperaba en la calle, no tenía que entrar a la empresa, solamente tenía que llegar a recoger el vehículo en una de las plantas de EMCALI, para transportar a los revisores del servicio, saliendo a primera hora, a las 7:30 de la mañana.
- Que a los revisores de servicios era a quienes se les entregaba las ordenes de lo que tenían que realizar en el día y cuál era el conductor que los iba a transportar.

- Que la actividad la desarrollaban durante todo el día y el conductor tenía que guardar el vehículo en los sitios autorizados por la empresa cuando finalizara la actividad que era realizada de lunes a viernes.
- Que el contrato de prestación de servicios que tenía suscrito EMCALI con SERVIREMOS para el suministro de vehículos del departamento de facturación, estuvo vigente hasta diciembre del año 2015 y desde esa época EMCALI no volvió a suscribir ningún otro contrato con dicha empresa, ya que desde el año 2016, se contrató con la empresa GESTIÓN EFICAZ.
- Que, en el departamento de facturación, no existe de planta el cargo de conductor.
- Que la labor de conductor que desarrollaba el demandante, mas no misional de la empresa.<subrayas ajenas>

IMPOSIBILIDAD DE DECLARAR LA EXISTENCIA DE CONTRATO REALIDAD EN UN CARGO QUE NO EXISTE EN LA PLANTA DE EMCALI EICE ESP.

De la prueba recaudada y reseñada, se deduce que el demandante transportaba a trabajadores de EMCALI, por fuera de las instalaciones de la demandada con destino a los sitios objeto de revisión en sus funciones, esto es, el actor, no permanecía en las instalaciones de EMCALI EICE E.S.P.<los podía esperar en la calle>, siendo imposible por tanto establecer que haya desempeñado labores que se enmarquen en las realizadas por los trabajadores oficiales de EMCALI, y que tal como se hizo referencia en líneas anteriores, han sido establecidas legalmente, a igual conclusión llego incluso la a quo, quien pese a haber declarado el contrato realidad entre el señor VÍCTOR HUGO DURAN y EMCALI EICE E.S.P., en la parte considerativa de la sentencia dijo: *"...la condición de trabajador oficial del actor, por lo que se ha dejado expuesto queda en entre dicho, porque entre otras cosas, tampoco queda demostrado en el proceso, si realmente el cargo de conductor o motorista en EMCALI tiene la calidad de trabajador oficial, o por el contrario la de empleado público".*

Corolario de lo anterior, se concluye que dado que el demandante no logro demostrar, al no aportar la planta de personal y salarios, como tampoco el organigrama de la empresa que su cargo o funciones eran susceptibles de catalogarse como trabajador oficial o de empleado público, no es posible tampoco declarar la existencia de un contrato de trabajo<so pretexto de la teoría del contrato realidad> con EMCALI EICE E.S.P.

En efecto, la naturaleza de vinculación a la que aspira el demandante, de confirmarse la declaratoria del contrato de trabajo, sería la de trabajador oficial, así, respecto de los trabajadores oficiales, el Departamento Administrativo de la Función Pública, emitió el concepto No. 87411 de 2019, en el que se dijo:

“... El trabajador oficial es aquella persona que presta sus servicios a una entidad o corporación pública y se vincula a la misma mediante un contrato de trabajo, que tiene como prerrogativa la oportunidad de determinar bilateralmente, cuáles serán las condiciones de trabajo y acogerse al reglamento interno de trabajo, la convención o pacto colectivo que exista en la entidad”.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral, Expediente 27883. Acta No. 08 del 6 de febrero de 2007, MP. ISAURA VARGAZ DIAZ, respecto de los trabajadores oficiales ha dicho lo siguiente:

“... Al respecto, conviene recordar los criterios que según la jurisprudencia son los que permiten concluir la calidad de trabajador oficial expuestos por la Corte en sentencia de 19 de marzo de 2004 (Radicación 21.403), en los siguientes términos:

... Con tal fin reitera la Sala que son básicamente dos criterios que hay que tener en cuenta para clasificar, en una entidad territorial, a un servidor público, como empleado público o trabajador oficial, esto es, el factor orgánico relacionado con la naturaleza jurídica de la entidad del ente para la cual se laboró y el funcional relativo a la actividad a la cual se dedicó aquel, para constatar si ella guarda relación directa o indirectamente con la construcción y sostenimiento de obras públicas.

... Al respecto, es pertinente reenumerar lo precisado en la sentencia del 27 de febrero de 2002, radicación 17729, a saber:

Cabe precisar que para ser establecida la calidad de trabajador oficial, ha sostenido la jurisprudencia, debe acreditarse en el juicio que las funciones desempeñadas en el caso específico, tienen relación con las actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, pues no toda labor de servicios generales o mantenimiento que se realice sobre un bien de una entidad pública o afectado a un servicios público como aseo de instalaciones, reparaciones, albañilería, pintura, etc., determina por ese solo hecho la naturaleza jurídica del vínculo laboral.

Así, se expresó la Sala en sentencia de 4 de abril de 2001, radicación 15143:

... para establecer si un servidor público ha de ser considerado con la excepcional calidad de trabajador oficial y, por ende, vinculado mediante contrato de trabajo, debe aparecer fehacientemente acreditado si los servicios prestados se llevaron a cabo en actividades relativas a la construcción y sostenimiento de una obra pública, la cual debe analizarse a cada caso particular y concreto en que se discuta la incidencia del mismo.

... En esa dirección, se advierte entonces, que es la ley la que define el carácter de trabajador oficial o empleado público de un determinado servidor y no la voluntad de las partes o la forma de su vinculación...”

Respecto a las actividades que debe realizar el trabajador para ser considerado como trabajador oficial, igualmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3474. Acta 29 del 27 de agosto de 2019. Radicación No. 59242. MP. DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA, expuso lo siguiente:

“De ahí que, en la actualidad, la línea jurisprudencial al respecto, como se adujo en la sentencia CSJ SL4440-2017, reiterada en las sentencias CSJ SL7783-2017 y CSJ SL3934-2018, sostiene que la actividad de los trabajadores oficiales, en torno al concepto de construcción y mantenimiento de «obra pública», se refiere tanto a las actividades de fabricación, instalación, montaje o demolición de estructura, infraestructuras y edificaciones, como al «[...] conjunto de

actividades orientadas a la conservación, renovación y mejora del bien construido, lo cual implica intervenciones para su reparación de base, transformación estructural, garantía de prolongación de su vida útil y engrandecimiento», sin diferenciar entre bienes de uso público y bienes fiscales”.

Luego, en esa ilación, para un cargo que no existe y no está probado que esté en la planta de personal de EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE ESP – EMCALI E.I.C.E. E.S.P., ni calificado o determinado como empleado público o trabajador oficial, debiéndose, por tanto, REVOCAR el numeral SEGUNDO, de la apelada sentencia y absolver a EMCALI EICE E.S.P. de todas las pretensiones, confirmándose en lo demás, incluso lo de las costas procesales a cargo del demandante, por haber sido la parte vencida en juicio.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del H. Tribunal Superior de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el resolutivo **SEGUNDO** de la sentencia oral apelada No. 264 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali, el 12 de julio de 2019, para en su lugar absolver a **EMPRESAS MUNICIPALES DE CALI EICE ESP – EMCALI E.I.C.E. E.S.P.** de todas las pretensiones, **confirmándose en lo demás. SIN COSTAS** en esta sede. **DEVUELVA** el expediente al despacho de origen.

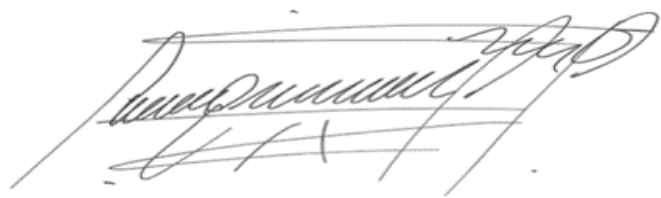
SEGUNDO.- NOTIFÍQUESE en [micrositio https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-003-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/38](https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-003-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/38)

TERCERO. - CASACIÓN: A partir del día siguiente de la notificación e inserción en el link de sentencias del despacho, comienza a correr el termino de quince días hábiles para interponer el recurso de casación si a bien lo tiene(n) la(s) parte(s) interesada(s).

CUARTO - ORDEN A SSALAB: En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal y ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al juzgado de origen. E interpuesto el citado recurso y concedido, inmediatamente ejecutoriado, remítase a la Corte que corresponda. Su incumplimiento es causal de mala conducta.

APROBADA SALA DECISORIA 08-03-2023. NOTIFICADA EN <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-003-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/38>.
OBEDÉZCASE Y CÚMPLASE

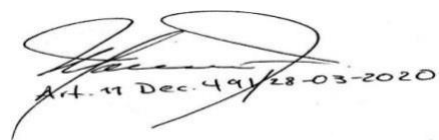
LOS MAGISTRADOS,



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
SALVA VOTO



Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO
ACLARA VOTO