

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN**  
**- SALA LABORAL -**

**MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.**

Popayán, veintisiete (27) de Enero de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado concedido a las partes para presentar por escrito alegatos de conclusión y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, le corresponde a la Sala entrar a resolver los recursos de apelación instaurados por los apoderados judiciales de ambas partes en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán ©, el 3 de septiembre de 2020, en el presente proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por la señora **FIDELINA ANDRADE RODRIGUEZ**, contra **EMPIENDAMO E.S.P.** Asunto radicado bajo la partida No. 19001-31-05-002-2019-00138-01.

**SENTENCIA**

**1. ANTECEDENTES**

**1.1.** Como antecedentes fácticos y procesales relevantes, se tienen los contenidos en la demanda visible a folios 12 a 21 del cuaderno principal, subsanada a folio 28 a partir de la cual la parte demandante pretende se declare y reconozca en su favor y a cargo de la demandada lo siguiente:

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

- a) Que se declare que entre la señora Fidelina Andrade Rodríguez y la demandada EMPIENDAMO existió una relación laboral a término indefinido mediante contrato de trabajo verbal con fecha de inicio el mes de julio de 2007 y que terminó sin justa causa el 26 de junio de 2016.
- b) Que se declare que la demandada durante la relación laboral y al terminar no le pagó a la demandante los valores o sumas correspondientes a primas de servicios, auxilios de transporte, auxilio de cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, horas extras o trabajo suplementario, descanso en dominicales o festivos y demás derechos o acreencias labores que surgieron durante la relación laboral.
- c) Que se declare que la demandada no tenía afiliada a la demandante al sistema integral de seguridad social.
- d) Que como consecuencia se condene a la demandada a pagar las sumas de dinero detalladas en la demanda por concepto de recargo nocturno, auxilio de transporte, cesantías, intereses, primas de servicios, vacaciones, indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales, indemnización moratoria por no consignación de cesantías, indemnización por despido injusto, indexación, y costas del proceso.

**1.2.** Por su parte, una vez notificado del auto admisorio de la demanda, **EMPIENDAMO ESP**, al ejercer su **DERECHO DE CONTRADICCIÓN**, con la contestación de la demanda, visible a folios 59 a 65, aceptó algunos hechos y negó otros; se opuso a las

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

pretensiones formuladas, y propuso las excepciones de mérito de: Inexistencia de una relación laboral a término indefinido mediante contrato de trabajo verbal entre demandante y demandada, Carencia de los elementos esenciales para que haya contrato de trabajo, Carencia absoluta de causa, Inexistencia del derecho a reclamar, Cobro de lo no debido, La no existencia de estipulaciones verbales, Inexistencia sin justa causa en el contrato de prestación de servicios, Prescripción y la innominada.

**1.3.** Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, el A quo, en audiencia pública llevada a cabo el 3 de septiembre de 2020, procedió a dictar **SENTENCIA**, en la cual resolvió: **(i)** negar la tacha formulada contra el testimonio de Gerardo Urbano; **(ii)** declarar que entre la señora Fidelina Andrade Rodríguez y las Empresas Municipales de Servicios Públicos de Piendamó – EMPIENDAMO existió una única relación laboral regida por un contrato de trabajo entre el 31 de diciembre de 2009 y el 31 de diciembre de 2015 para desarrollar labores de aseo en la galería municipal los días sábados de 4:00 p.m. a 10:00 p.m., sin que se acredite el hecho del despido; **(iii)** declarar la prescripción de todos aquellos derechos laborales exigibles con anterioridad al 24 de marzo de 2015 a excepción del auxilio de cesantías y los aportes al sistema de pago de aportes al sistema de seguridad social en pensiones; **(iv)** condenar a Empiendamó E.S.P., a reconocer y pagar a la señora Fidelina Andrade Rodríguez los siguientes conceptos: Por recargo nocturno \$579.915, Cesantías \$359.907, intereses a las cesantías \$9.859, prima de navidad \$9.198, vacaciones \$12.162, prima de vacaciones \$12.162, para un total de \$983.242; **(v)** Condenar a la demandada a la indexación de todos y cada uno de los conceptos impuestos desde su causación y hasta el momento del pago efectivo; **(vi)** Condenar a la demandada al pago de aportes

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

al sistema de seguridad social generados entre diciembre de 2009 y diciembre de 2015, teniendo como base el salario mínimo legal vigente para cada anualidad y que serán trasladados a la administradora de pensiones a la que se encuentre afiliada la demandante; **vii)** Negar las demás pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandada.

Como fundamento de la decisión, el A quo manifestó que valorada en conjunto la prueba recaudada en el proceso, se llega a la conclusión que la demandante prestó sus servicios los días sábados de 4 p.m. a 10 p.m., y no lo fue en condiciones de autonomía e independencia, pues además de estar sujeta al cumplimiento de horario ya que la labor de aseo de la galería no podía llevarse a cabo en otro distinto, estaba sujeta al poder subordinante de la empresa a través de la persona encargada de verificar el cumplimiento de la labor encomendada, esto es el señor Gerardo Burbano hasta el punto de suspenderla por no asistir dos sábados a prestar servicios, pese a que acepta que fue informado que, por motivos de enfermedad la actora no podía asistir. Hecho relevante que denota la posibilidad que tenía la empresa de exigir el cumplimiento de la labor los días sábados en el único horario que era posible so pena de que fuera sancionada, aspecto que encaja perfectamente en la facultad que tiene todo empleador de exigir el cumplimiento de órdenes, lo que es propio del elemento subordinación.

Señala que los extremos temporales indicados en la demanda no se demostraron con la prueba testimonial y las órdenes de pago allegadas solo evidencian el pago de servicios personales para algunos periodos de 2009, 2010 y 2011, debiéndose extraer del

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

material probatorio que al menos para el mes de diciembre de 2009 la accionante prestó sus servicios y hasta el último día de diciembre de 2015.

Aduce que sobre la indemnización por terminación del contrato de trabajo no se demostró el despido, por lo que no hay lugar a su imposición y en cuanto a las indemnizaciones, la moratoria de que trata el artículo 1 del decreto 797 de 1949 y la del artículo 99 de la ley 50 de 1990, la demandada actuó bajo el convencimiento de estar ante una vinculación distinta a un contrato de trabajo dadas las particulares condiciones en que se prestó el servicio los días sábados en labores de aseo de la galería municipal incluso con la posibilidad de que en algunas ocasiones pudiese ser reemplazada por su esposo e hijo, hecho que en algún momento podría hacer pensar la inexistencia del elemento *intuitu personae* propio de los contratos de trabajo, aunque por lo argumentado, tal hipótesis se descarta.

**1.4. Inconformes con esta decisión, los apoderados judiciales tanto de la parte demandante como demandada formularon RECURSOS DE APELACION, de la siguiente manera:**

**1.4.1. De la apelación de la parte demandante:**

El apoderado judicial de la parte demandante en síntesis manifestó no estar conforme con los extremos temporales reconocidos, ni con el no reconocimiento de las sanciones moratorias solicitadas, habiéndose realizado una indebida valoración probatoria de la prueba testimonial, documental y de la

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

contestación de la demanda, sin tener en cuenta el testimonio del señor Pechené y cuando fue demostrada la mala fe de la entidad concedora de sus obligaciones para sus trabajadores, habiendo señalado el testigo Gerardo Urbano que hay personas bajo contratación de planta y otra por OPS. Refiere las sentencias SL 11436 de 2016, radicado 45936 y con radicación 49738 de 2017, como sustento para solicitar se condene a las sanciones por no consignación de cesantías y pago de salarios.

#### **1.4.2. De la apelación de la parte demandada:**

La apoderada de la empresa demandada por su parte aduce en síntesis que no se evidenció el principio de primacía de la realidad sobre las formas. Resalta que la única actividad que realizó la actora algunas veces las realizaba su hijo otras veces su esposo, o no iba, sin que se demuestren los elementos propios del contrato de trabajo como la prestación personal, ni la subordinación, pudiendo la empresa contratar algunas actividades que no alcance con el personal de planta, mediante OPS, sin que la ley 142 haya prohibido tal celebración, siendo allegados los diferentes pagos que eran altos, habiendo servido la actora como mero apoyo y teniendo libertad y autonomía, en tanto no tenía horario y no se le daban órdenes. Señala que no comparte la mala fe que pretende endilgarle la demandante a la entidad.

**1.5. Alegatos de conclusión:** En este punto es importante resaltar que los alegatos no constituyen una oportunidad adicional para cambiar o adicionar los fundamentos del recurso de apelación,

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

por lo que la Sala sólo resolverá sobre los puntos objeto de apelación.

**1.5.1.** El apoderado judicial de la demandante, durante el término concedido para presentar sus alegatos de conclusión, aduce que se ratifica en los argumentos del recurso de apelación en cuanto a que los extremos temporales de la relación laboral están acreditados por la manifestación realizada en la contestación de la demanda en los hechos 1, 2 y 3 donde no se refutó el tiempo laborado y tampoco se demostró lo contrario y los testimonios de los señores Burbano y Pechené y la misma demandante. Igualmente indica que el fallo erró al no condenar por las sanciones solicitadas por el no pago de acreencias laborales a la terminación y por la no consignación de las cesantías durante la relación y a la terminación, cuando fue acreditada la mala fe al querer disfrazar una relación que debía estar cobijada por un contrato de trabajo porque así lo ordena la ley 142 en los art.17 y 41 en concordancia con el 5 de decreto 3135 de 1968 y los estatutos de Empiendamó en su Título IV art. 38, existiendo otros trabajadores que prestaban los mismos servicios vinculados de planta como lo dijo el testigo Gerardo Burbano, quien también es de planta.

**1.5.2.** La apoderada judicial de la parte demandada, durante el término concedido, presentó alegatos de conclusión, manifestando en síntesis que a las entidades públicas no les está vedado contratar la prestación de servicios personales como apoyo a la gestión para cumplir el objeto misional, confundiéndolo con el objeto social, el cual es la prestación del servicio de aseo encaminado a la recolección de basuras responsabilidad de Empiendamó y no al barrido de la galería que es responsabilidad del Municipio, donde la

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

contratación de la demandante no era necesaria, sino de apoyo y quedó evidenciado con los testigos Elkin y Burbano que su asistencia dependía de su voluntad, disponibilidad, era autónoma, que el día que no podía ir enviaba a su hijo o esposo y habían días que no iba y se llamaba otra persona, lo cual se aceptaba por la necesidad del cumplimiento del compromiso adquirido por la empresa y no como reemplazo. Refiere que de las pruebas quedó claro que la labor ejecutada era ocasional y no se acreditaron los elementos propios del contrato de trabajo.

Con fundamento en lo anterior, esta **SALA DE DECISION**, pasa a resolver el asunto en comento, teniendo en cuenta las siguientes,

## **2. CONSIDERACIONES:**

**2.1. COMPETENCIA:** Es esta Sala de Tribunal competente para conocer de la alzada propuesta por los apoderados judiciales de la parte demandante y demandada, respectivamente, contra la sentencia enunciada en los antecedentes, por ser el Superior Funcional del Juzgado que profirió la decisión atacada, la cual además es susceptible del recurso de apelación, en virtud de lo normado en el artículo 66 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007.

**2.2.** Es importante precisar que en virtud de lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en materia laboral, así como el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos eventos en los que no se requiera del decreto y práctica de pruebas, se proferirá por escrito. En consecuencia, es este el fundamento normativo que

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

en esta oportunidad aplica la Sala para resolver por escrito, las alzadas ya mencionadas.

**2.3. PRINCIPIO DE CONSONANCIA:** Para resolver la apelación debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 66 A del C.P.T.– adicionado por el art. 35 Ley 712 de 2001-, en virtud del cual, “La sentencia de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”, por lo que esta Sala centrará su atención en resolver los puntos relativos a los recursos, los cuales hacen énfasis en lo anteriormente sintetizado.

**2.4.** Por consiguiente, surgen como **PROBLEMAS JURÍDICOS** a resolver por parte de la Sala, en virtud de los recursos de apelación, los siguientes:

**2.4.1.** ¿Determinar si conforme a los medios de prueba obrantes al interior del proceso fue acertado declarar que entre la demandante Fidelina Andrade Rodríguez y Empiendamó E.S.P, existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo entre el 31 de diciembre de 2009 y el 31 de diciembre de 2015, como lo declara la sentencia de primera instancia, o si lo fue desde julio de 2007 hasta el 26 de junio de 2016, como se solicita en la demanda y lo reclama la apelación de la demandante, o si por el contrario, la prestación de la demandante estuvo regida por un contrato de prestación de servicios, como lo aduce la parte demandada en la apelación?.

**2.4.2.** En caso de que se establezca la existencia de contrato de trabajo, se debe determinar si procede condenar a la parte

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

demandada al pago de las indemnizaciones moratorias solicitadas en la demanda y que reclama la parte demandante en la apelación?

**2.5. TESIS DE LA SALA:** La tesis de la Sala se dirige a confirmar parcialmente la sentencia de primer grado, en vista de que fue debidamente acreditado que la actora de manera personal prestó el servicio para la parte demandada durante los días sábados desde el 16 de diciembre de 2009 hasta el 31 de diciembre de 2015, en labores de aseo de la galería municipal, por lo que se modificará el extremo inicial de la relación laboral declarada, sin que haya lugar a proferir las condenas por las indemnizaciones solicitadas en la demanda, en tanto la empresa demandada actuó bajo el convencimiento de que por el hecho de prestar el servicio solamente durante los días sábados y permitir que en algunas ocasiones fuera reemplazada o ayudada por su esposo e hijo, no era necesario que su vinculación se realizara mediante contrato de trabajo.

#### **2.5.1. El fundamento de la tesis es el siguiente:**

##### ***Respecto del primer problema jurídico:***

Siguiendo los artículos 3º y 4º del C.S.T., en concordancia con el numeral 1º del artículo 2º del CPL y de la SS, se obtiene total claridad sobre la competencia de la Jurisdicción Ordinaria Laboral para conocer y decidir los conflictos que se originan en las relaciones laborales, por contrato de trabajo, entre otras, de los trabajadores oficiales.

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

Para efectos de dar respuesta al primer problema jurídico planteado, se hace necesario recordar que de conformidad con lo dispuesto en el art. 41 de la ley 142 de 1994, por medio de la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios, las personas que presten sus servicios a empresas de tal naturaleza ya sean del orden privado o mixtas, tendrán el carácter de trabajadores particulares y estarán sometidas a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y a lo dispuesto en la ley. En tanto que las personas que presten sus servicios a aquellas empresas que a partir de la vigencia de esa ley (11 de julio de 1994) se acojan a lo establecido en el parágrafo del artículo 17, se regirán por las normas establecidas en el art. 5 del decreto 3135 de 1968.

El artículo 17 de la referida ley hace referencia a las empresas industriales y comerciales del Estado.

Se hacen las anteriores afirmaciones y citas en tanto en el proceso está demostrada la calidad con que fue creada la entidad demandada (fls. 12 a 41 del archivo denominado anexos de la demanda<sup>1</sup>), es decir, como empresa industrial y comercial del Estado del orden Municipal, la cual tiene como objetivo la prestación de los servicios públicos de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, gas y teléfonos y las actividades complementarias de estos servicios para el Municipio de Piendamó.

En consecuencia, el régimen laboral, es el de que las personas que llegasen a prestar sus servicios a la referida empresa son trabajadores oficiales y por excepción, el gerente y quienes

---

<sup>1</sup> Acuerdo 008 de 24 de mayo de 1996, proferido por el Concejo Municipal de Piendamó – Cauca, a través del cual, se crea la Empresa Municipal de Servicios Públicos de Piendamó – Cauca “EMPIENDAMO ESP”, como empresa industrial y comercial del Estado del orden municipal, sometida a lo dispuesto para esa clase de empresas a la Constitución Política, la ley 142 de 1994 y el código laboral entre otras normas.

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

realicen funciones de dirección y confianza, ostentan la calidad de empleados públicos.

De lo anterior, es claro que desde su creación en la empresa demandada pueden coexistir dos regímenes laborales, uno, el de los trabajadores oficiales, y el otro, el de los empleados públicos, éste último, limitado al gerente y a aquel personal que desempeña cargos de dirección y confianza.

Ahora, para comprender los elementos estructurales del vínculo laboral, menester se hace remitirnos a los artículos 2 y 3 del decreto 2127 de 1945, compilados y derogados en el decreto 1083 de fecha 26 de mayo de 2015, artículos 2.2.30.2.2. y 2.2.30.2.3. (vigente desde su misma fecha y publicado en el diario oficial Año CLI. N.49523, pág.1588), el cual también resulta aplicable a las personas que ostentan la calidad de trabajadores oficiales, los cuales señalan, que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren estos tres elementos esenciales:

*“ a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;*

*b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea o simplemente ocasional,*

*c) El salario como retribución del servicio.*

Y que: “Por el contrario, **Una vez reunidos los tres**

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

**elementos de que trata el artículo anterior, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera”.**

(Subraya y negrilla fuera de texto).

En consecuencia de lo anterior, ante la presencia de los tres requisitos citados, es posible hablar de la existencia de un contrato de trabajo, consagrando además el mismo decreto una presunción a favor del trabajador, consistente en que se presumiría la existencia del contrato de trabajo, ante la prueba de la prestación personal del servicio (artículo 20 del decreto 2127 de 1945), razón por la que corresponde a quien recibió el servicio, desvirtuar la mencionada presunción.

En el presente caso, conforme a las pruebas obrantes y practicadas al interior del proceso, tales como la documental aportada con la demanda, dentro del archivo denominado anexos de la demanda, la documental allegada con la contestación a la misma y de las declaraciones de los testigos Gerardo Burbano y Elkin Pechené, surge como situación probada, el hecho de que la demandante los días sábados prestó de manera personal sus servicios a la empresa demandada en labores de aseo y limpieza de la galería, entre el mes de diciembre del año 2009 al año 2015.

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

Al respecto, junto con la contestación de la demanda se encuentran copias de órdenes de pago, comprobantes de egreso y certificaciones de pago, que dan cuenta de los valores y las fechas que Empiendamó le remuneró los servicios prestados a la actora. Respecto del año **2009**, el primer pago aparece en orden de pago No. 2371 de fecha 31 de diciembre de 2009 y refiere un periodo de 16 días por valor de \$275.600 y el último pago con comprobante de egreso No. 3108 de fecha 5 de abril de **2011** y refiere un periodo de 23 días por valor de \$381.000.

Analizada la prueba testimonial, se puede llegar a la conclusión de que la demandante se desempeñó en labores de aseo y limpieza de la Galería Municipal de Piendamó, bajo la subordinación, directrices y mando del señor Gerardo Burbano, trabajador de planta de Empiendamó E.S.P. a quien se le había encomendado la labor de supervisión del personal de aseo por el gerente de la empresa.

En tal sentido, el testigo **Gerardo Burbano**, quien adujo prestaba servicios para la accionada como conductor del vehículo recolector desde finales del año 1999 hasta la fecha, vinculado mediante contrato de trabajo a término indefinido, dijo conocer a la demandante porque ella trabajó en el grupo de aseo como barrendera ocasional los días sábados desde el año 1998 -1999 más o menos y le parece que fue hasta 2016 – 2015.

Así mismo, indicó que la actora siempre cumplió con la misma labor, relacionaba con la actividad de EMPIENDAMO ESP, y que él cumplía una labor de supervisión en el sentido de que se hiciera bien el trabajo o se devolvieran sino estaba bien. Precisó que como funcionarios de planta estaban los señores Aldemar, Aniceto, Arley

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

y Toño, quienes además de barrer las calles debían barrer la plaza de mercado los días sábados y que éstos podían buscar a otra persona para que los reemplazara e indicó que la diferencia respecto de esta última actividad y la realizada por la señora Fidelina Andrade Rodríguez era que una vez terminaba su labor podía irse mientras que los de planta debían quedarse hasta última hora, señalando que la demandante prestaba estos servicios de aseo entre 4:00 p.m. y 10:00 p.m., y aunque aclaró que no estaba sujeta a horario de trabajo, también señaló que no era posible realizar la labor de barrido en horario distinto porque a esa hora se desocupaba la galería, aduciendo que las personas que barren son las primeras que salen.

Afirmó también que el personal ocasional, incluida la demandante, también podían buscar reemplazos para desempeñar esta labor y que en algunas ocasiones, por motivos de enfermedad, la accionante había enviado al esposo o a su hijo para cumplir la labor el día sábado, sin que otra persona la hubiese reemplazado.

Al ser preguntado, el testigo aceptó que había suspendido a la accionante por 3 o 4 sábados, al dejar de asistir dos (2) sábados al parecer por motivos de enfermedad, según se le comunicó, y que de esta suspensión comunicó al gerente de la empresa, así como de su admisión para que volviera a trabajar, afirmando que esa labor de supervisión del personal de aseo le había sido encomendada por el mismo gerente de la empresa.

Este testigo manifestó que para el desempeño de su labor, a la demandante y al resto de personal se les entregaba guantes, tapabocas, escoba y gafas que eran suministrados por el almacenista de la empresa, señalando que la vinculación de la

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

demandante era ocasional, pero para la realización de las labores de aseo era necesario que el personal estuviese ahí.

Por su parte el señor **Elkin Pechené**, precisó que prestó servicios para la empresa demandada entre el año 2009 con interrupción de un año aproximadamente y luego en el año 2010 hasta el 2012 que ya dejó de prestarlos. Manifestó que conoció a la demandante prestando los servicios como barrendera más que todo el día sábado a partir de las 4:00 p.m. sin hora fija de salida, pues a veces salía a la 1:00 a.m. y otras a las 2:00 a.m.

En su testimonio también dijo que quien le exigía el cumplimiento de este horario era el señor Gerardo como conductor del camión vinculado a la empresa, que además era el coordinador de la entrada, quien regañaba, encargado de estar “rondando a los trabajadores” para el cumplimiento de sus labores, esto es, que quedara bien barrida la plaza de mercado, que no llegaran tarde, que estuvieran trabajando y aunque dijo que los señores Aldemar y Aniceto (recolectores), podían buscar a otras personas para que los reemplazaran en la labor de aseo y que eran ellos los que se encargaban de buscar a la persona que los reemplazaría, en el caso de la señora Fidelina indicó que nunca vio a otra persona reemplazándola aunque aceptó que en ocasiones el hijo de aquella le ayudaba más no la reemplazaba, hecho que le consta porque en esa época la demandante estaba muy enferma.

Respecto de los extremos, dijo que la actora había ingresado en el año 2007 y terminado en el año 2016 porque así se lo comentó la misma accionante, haciendo referencia al hecho de que un viernes la demandante debió ser hospitalizada por lo que no pudo asistir un sábado y al siguiente fue suspendida por el señor

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

Gerardo por lo que dejó de trabajar un mes y que después se le permitió volver. Reiteró que el señor Gerardo era un coordinador ya que el Jefe Inmediato era el Gerente quién nunca les dió ordenes, ni asistían a reuniones. Aduce que ocho (8) operarios prestaban el servicio de aseo, incluida la señora Fidelina y que el pago era mensual mediante cheque del banco agrario o coprocenva.

A su vez, la demandante señora Fidelina Andrade Rodríguez, en su interrogatorio de parte adujo que prestó a la demandada los servicios de barrer los sábados, entre julio de 2007 y junio de 2016, donde un sábado que se enfermó fue suspendida dos semanas, exigiéndosele el cumplimiento de horario de 4 p.m. a 1 o 2 a.m., dándole la empresa guantes, tapabocas, escoba y que recibía órdenes solamente de Gerardo. Para el pago asegura que firmaba una planilla e iba al banco agrario o coprosenva, recibiendo en los primeros años \$16.000 y después \$22.000, por cada sábado. Finalmente, acepta que una vez la reemplazó su esposo y dos sábados le ayudó su hijo por que estaba enferma.

De estos medios de prueba, la Sala encuentra acreditado el elemento de prestación personal del servicio por parte de la demandante y a favor de la entidad demandada, es decir, el elemento del contrato de trabajo que hace operante la presunción de su existencia, e igualmente, permite inferir que dicha labor se ejecutó de manera subordinada y dependiente. Presunción que como se señalara en párrafos anteriores, para efectos de dar al traste con las pretensiones, debía ser derruida por la parte demandada, en quien por virtud de lo contemplado en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 recaía tal carga procesal, y que en el presente caso desatendió totalmente, como quiera que no se ocupó de acreditar que en general la subordinación jurídica propia del

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

contrato de trabajo no se daba, existiendo total orfandad probatoria, sobre este aspecto.

La Sala considera que en aplicación de la referida presunción, y del principio de supremacía de la realidad sobre las formalidades, fue correcto declarar la existencia del pretendido contrato de trabajo entre las partes en contienda, por ello sobre este aspecto comparte esta instancia las razones que motivaron al juez de primer grado para llegar a tal conclusión, ya que tanto la prueba documental como la testimonial da cuenta de una prestación personal del servicio, dando lugar a la aplicación de la referida presunción, donde la prueba testimonial además proporciona otros elementos, tal y como es el caso de la subordinación, el cual se acredita no solo por el hecho de que los testigos hubieran manifestado que la actora debía cumplir un horario, y que durante todo el tiempo que ejerció la labor contratada, lo hizo atendiendo las instrucciones y orientaciones que le daba el señor Gerardo Burbano, sino también por el hecho de que fue suspendida por haber dejado de asistir a realizar sus labores de aseo de la galería. Labor, que indiscutiblemente atendiendo las directrices atrás señaladas, corresponden a actividades propias de los trabajadores oficiales del orden municipal.

Así las cosas, atendiendo la valoración conjunta de todas las pruebas que obran al interior del proceso, así como a los factores orgánico y funcional que deben aplicarse a las entidades públicas del orden territorial, que confirman el carácter de trabajadora oficial de la demandante, debe refrendarse en cuanto a la declaratoria de existencia de la relación laboral, lo decidido por el A quo en la sentencia, pero con extremo temporal inicial de 16 de diciembre de 2009, en tanto, así lo acredita el comprobante de pago No. 2371 de

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

fecha 31 de diciembre de 2009 allegado con la contestación de la demanda y que refiere servicio de aseo y limpieza sector galería y sus alrededores, por un periodo de 16 días, por valor de \$275.600, documento éste que contiene la firma de la actora, del gerente y del tesorero de la Empresa Municipal Servicios Públicos Piendamó, y permite establecer la prestación durante 16 días del mes de enero de 2009.

En cuanto al extremo final, nótese que ninguno de los deponentes dio cuenta con certeza de la fecha de terminación de labores de la demandante, en tanto el dicho del señor Pechené sobre los extremos inicial y temporal es por comentarios de la misma demandante, y dejó de prestar sus servicios en el año 2012, razón por la cual no le puede constar de forma directa la prestación de servicios de la actora hasta el año 2016 y el señor Burbano por su parte, habla de un extremo inicial desde el año 1998 o 1999, es decir muy distante a lo señalado y solicitado en la demanda, habiendo él ingresado a trabajar en la empresa a finales del año 1999, según él mismo lo manifestó, y en cuanto al extremo final adujo que fue hasta el año 2015 - 2016, sin poderlo precisar.

En razón de lo anterior, el juzgador, demostrada la prestación personal del servicio optó por escudriñar los extremos de la relación laboral, como era su deber y tuvo como extremo inicial el 31 de diciembre de 2009, que como ya se dijo será modificado a 16 de diciembre de 2009 en atención al comprobante de pago No.2371 referido, y como extremo final el 31 de diciembre de 2015, que será mantenido, en atención a que sobre este punto en concreto no se queja la apelación de la parte demandada, tampoco se encuentra prueba para modificarlo y a la contestación de la demanda, no se le puede dar el alcance que pretende la parte demandante en tanto lo

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

que se adujo desde la misma es que la relación entre las partes estuvo regida por OPS, más no por contrato de trabajo, siendo admitida tal contestación a través de providencia de fecha 9 de septiembre de 2019, que se encuentra ejecutoriada.

En consecuencia, en atención a lo antes dicho, se habrán de modificar parcialmente los ordinales segundo y sexto la parte resolutive de la sentencia objeto de apelación, en el sentido de declarar que el contrato de trabajo inició el 16 de diciembre de 2009, debiendo igualmente la condena de aportes en pensión ir desde esta fecha, teniendo en cuenta su carácter imprescriptible, sin que las condenas contenidas en el ordinal cuarto de la parte resolutive sufran modificación alguna dada la prosperidad de la excepción de prescripción propuesta por la empresa demandada y al no existir inconformidad concreta sobre estos puntos por parte de la demandada.

### **Del segundo problema jurídico**

Al quedar definida la existencia de la relación laboral mediante un contrato de trabajo, debe determinar la Sala si procede condenar a la parte demandada al pago de las indemnizaciones moratorias solicitadas en la demanda y que reclama la parte demandante en la apelación?

Para dar aplicación a las sanciones solicitadas se ha de recordar que:

De conformidad con lo consagrado en el artículo 1º de la Ley 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945,

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

éste último compilado y derogado en el decreto 1083 de fecha 26 de mayo 2015, artículo 2.2.30.6.16 (vigente desde su misma fecha y publicado en el diario oficial Año CLI. N.49523, pág.1588), la ausencia de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnización debidos al trabajador oficial una vez vencido el período de gracia de noventa (90) días que refiere la norma en cita, genera a favor del trabajador el pago de una sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora en el pago de los mencionados emolumentos a cargo del empleador.

Respecto de la misma debe señalarse que se trata de sanción cuya operancia no procede de manera automática sino que se encuentra sujeta a la demostración de la mala fe por parte del empleador para la fecha de terminación del contrato de trabajo, es decir, que debe acreditarse que éste incurrió en mora teniendo conocimiento de la obligación a su cargo, pues de lo contrario, debe ser exonerado de ella.

Igualmente, debe indicarse que se trata de una sanción que se halla desligada de las causas que motivaron la terminación del vínculo laboral, pues su objeto es el de “proteger al trabajador de los efectos en el tiempo de la falta de pago de las acreencias laborales debidas a la culminación de la relación laboral<sup>2</sup>”.

Por lo tanto, es evidente que la indemnización que surge como consecuencia del no pago de las obligaciones laborales, se funda en la mala fe del empleador, como excepción al principio constitucional de presunción de buena fe. De manera que el empleador debe demostrar en el proceso las razones o motivos de

---

<sup>2</sup> Corte Constitucional, Sentencia C – 892 de 2009

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

los cuales se deduzca su buena fe, y en ese sentido, pueda desvirtuarse la mala fe que se le atribuye por el pago tardío o no pago de las prestaciones sociales al trabajador; prueba que en este proceso se obtuvo del conjunto de pruebas recaudadas, dentro de las que se encuentra las órdenes de pago, comprobantes de egreso y certificaciones de pago, efectuados a la trabajadora y las respuestas emitidas por la empresa a las reclamaciones elevadas por la demandante respecto del pago del servicio contratado y desarrollado durante los días sábados, así como también del relatado por el testigo Gerardo Burbano cuando señala la diferenciación que existía entre el personal de planta y el ocasional, esto es, que mientras el de planta debía quedarse hasta última hora, el ocasional una vez terminaba de barrer podía irse; todo lo cual da cuenta de la convicción que se tenía de que el contrato se desarrolló bajo una forma diferente a la de un contrato de trabajo. Lo anterior sumado a lo resaltado por el A quo en cuanto a la posibilidad que tuvo la demandante de ser en algunas ocasiones reemplazada por su esposo y ayudada por su hijo, aunque descartado para desvirtuar el elemento *intuitu personae*, propio de los contratos de trabajo.

Así las cosas, en el presente caso, la Sala encuentra que no habría razón para reconocer la mala fe a la terminación de la relación de trabajo por parte de la empresa demandada, pues son las propias circunstancias en que el vínculo contractual se desarrolló, las que impiden la aplicación de la sanción moratoria antes referida, habiendo dado en su lugar la sentencia de primer grado, la respectiva indexación.

Atendiendo la línea jurisprudencia fijada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para la correcta

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

aplicación de esta normativa, se debe estudiar la buena fe del empleador, que lo exonera de la sanción moratoria. Al respecto, pueden ser revisadas entre otras, las sentencias de 8 de mayo de 2012, radicado 39186 y SL11436 – 2016.

En estas providencias, la Alta Corporación precisó que la absolución de la aludida indemnización cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo, no depende únicamente del desconocimiento que del mismo haga el llamado a juicio al dar contestación a la demanda, ni por el mero hecho de aportar como prueba contratos de otra naturaleza, como tampoco su procedencia, de que se declare la existencia del contrato de trabajo por el juzgador en la sentencia que pone fin al proceso, ya que precisa que en ambos casos, lo que se debe efectuar es un riguroso análisis de la conducta del empleador, a partir de las pruebas allegadas, en torno a las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo de vínculo laboral, a fin de determinar si su conducta halla justificación o no y su proceder de buena o mala fe.

En cuanto a la manera como los juzgadores deben apreciar la conducta del empleador, de cara a la imposición de la sanción por mora y a la inexistencia de parámetros o reglas absolutos, en sentencia de 13 de abril 2005, radicado 24397, la CSJ-SL explicó:

*“... deben los jueces valorar ante todo la conducta asumida por el empleador que no satisface a la extinción del vínculo laboral las obligaciones a su cargo, valoración que debe hacerse desde luego con los medios probatorios específicos del proceso que se examina...”, como lo dejó sentado en la sentencia del 15 de julio de 1994, radicación 6658. “Así, pues, en materia de la indemnización moratoria no hay reglas absolutas que fatal u objetivamente determinen cuando un empleador es de buena o de mala fe. Sólo el análisis particular de cada caso en*

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

*concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro. En ese sentido se pronunció igualmente la Corporación en providencia del 30 de mayo de 1994, con radicación 6666, en la cual dejó consignado que: ‘Los jueces laborales deben entonces valorar en cada caso, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios y atendibles que lo exoneren de la sanción moratoria...’.*

Igual suerte debe correr la **sanción moratoria por no consignación de cesantías**, al no encontrar la Sala ninguna situación que pudiere llevar a inferir por parte del empleador la existencia de mala fe.

Así las cosas, son suficientes las anteriores consideraciones para modificar en la forma enunciada la sentencia apelada, teniendo en cuenta además el mandato contenido en el inciso 2° del artículo 283 del Código General del Proceso, según el cual, *“el juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado”*, por tanto es importante precisar que a la fecha de esta sentencia, el valor de las condenas impuestas por el juzgador de primer grado en providencia de 3 de septiembre de 2020, debidamente indexadas, asciende a la suma de: **un millón ciento setenta y siete mil ochocientos ochenta y dos pesos m/cte (\$1'177.882<sup>3</sup>)**, tal y como da cuenta la liquidación efectuada por el Profesional Universitario Grado 12 que le presta

---

<sup>3</sup> La condena actualizada a diciembre de 2020, asciende a **un millón ciento setenta y siete mil ochocientos ochenta y dos pesos m/cte (\$1'177.882)**, discriminados de la siguiente manera: Por concepto de recargo nocturno: la suma de **\$694.712**, por concepto de cesantías la suma de **\$431.153**, por concepto de intereses a las cesantías, la suma de **\$11.811**, por concepto de prima de navidad la suma de **\$11.019**, por concepto de vacaciones la suma de **\$14.570** y por concepto de prima de vacaciones la suma de **\$14.617**.

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

asistencia a esta Sala, y que se ordena allegar al expediente, para que haga parte de esta decisión.

En razón y mérito de lo expuesto, la **SALA LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** parcialmente los ordinales segundo y sexto de la parte resolutive de la sentencia de fecha 3 de septiembre de 2020, dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán ©, dentro del **PROCESO ORDINARIO LABORAL** adelantado por la señora **FIDELINA ANDRADE RODRIGUEZ**, contra **EMPIENDAMO E.S.P.**, en el sentido de declarar que el contrato de trabajo inició el 16 de diciembre de 2009, debiendo igualmente la condena de aportes en pensión ir desde esta misma fecha. **CONFIRMAR** el resto de la sentencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas en esta instancia a la parte demandada al no haberle prosperado el recurso de apelación interpuesto. De conformidad con los art. 365 y 366 del C.G. del P., una vez ejecutoriada la presente providencia se pasará a fijar por parte de esta instancia el valor de las agencias en derecho, para lo cual la Secretaria de la Sala deberá pasar a despacho el presente asunto.

**TERCERO:** Señalar que a la fecha de emisión de esta providencia, las condenas impuestas a Empiendamó en la parte

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.

resolutiva de la sentencia revisada, ascienden a **UN MILLON CIENTO SETENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS MCTE (\$1'177.882,00)**, que se discriminan así: **Por concepto de recargo nocturno 35%** la suma de: seiscientos noventa y cuatro mil setecientos doce pesos (**\$694.712**), **por concepto de auxilio de cesantía** la suma de cuatrocientos treinta y un mil ciento cincuenta y tres pesos (**\$431.153**), **por concepto de intereses a las cesantías**, la suma de once mil ochocientos once pesos (**\$11.811**); **por concepto de prima de navidad** la suma de once mil diecinueve pesos (**\$11.019**), **por concepto de vacaciones** la suma de catorce mil quinientos setenta pesos (**\$14.570**) y **por concepto de prima de vacaciones** la suma de catorce mil seiscientos diecisiete pesos (**\$14.617**).

**CUARTO: ORDENAR** allegar al expediente, la liquidación efectuada por el Profesional Universitario Grado 12 que presta su colaboración a la Sala Laboral de este Tribunal, por medio de la cual se actualizó o indexó a la fecha de emisión de la sentencia de segundo grado, el monto de las condenas procedentes impuestas a la parte demandada.

**QUINTO: NOTIFICAR** la presente sentencia mediante estado electrónico con inserción de la copia de la providencia en el mismo.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA**

Proceso: Ordinario Laboral  
Radicación: 19001-31-05-002-2019-00138-01  
Demandante: Fidelina Andrade Rodríguez.  
Demandado: Empiendamó E.S.P.  
Asunto: Apelación Sentencia.



**LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTÉS**

Firma digitalizada válida para  
actos judiciales y administrativos



**FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA**  
**Magistrado**

Popayán-Cauca