El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proces o. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Providencia: Sentencia del 9 de octubre de 2020

Radicación No.: 66001-31-05-003-2018-00476-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandantes: Heriberto Palomino Castañeda

Demandado: Libardo Antonio Giraldo Gómez

Juzgado de origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / ELEMENTOS / LAVADOR DE CARROS / DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / SUBORDINACIÓN COMO FACTOR DETERMINANTE / VALORACIÓN PROBATORIA / INDEMNIZACIÓN MORATORIA / PRESUNCIÓN DE BUENA FE DEL EMPLEADOR.**

… es necesario precisar que, contrario a los contratos de trabajo, en los contratos de prestación de servicios no hay subordinación, lo que significa que el prestador del servicio únicamente está obligado a cumplir con el objetivo para el que ha sido contratado, en el plazo acordado y bajo los términos acordados.

Así las cosas, si en el contrato de prestación de servicios no se generan las prerrogativas propias del contrato de trabajo, serán los interesados quienes acuerden en el respectivo contrato, que puede ser verbal, aspectos tales como objeto, condiciones y calidad del servicio, sanciones en caso de incumplimiento, el tiempo de ejecución, remuneración por los servicios prestados y demás conceptos, toda vez que la legislación laboral no establece procedimientos ni condiciones especiales en un contrato de prestación de servicios.

Ahora bien, es claro que si el contrato a realizar cumple con los requisitos para que se genere una relación de tipo laboral, con los elementos contemplados por el artículo 23 del C.S.T, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, esto es, i) actividad personal del trabajador, ii) continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y iii) salario como retribución del servicio, nace entre las partes un vínculo laboral con las respectivas obligaciones que se derivan de todo contrato de trabajo…

Del caudal probatorio reseñado surge con toda claridad que el demandante NO era autónomo e independiente en la prestación del servicio, por las siguientes razones:

1) Los lavadores de carros debían pedir permiso para abandonar el turno…

2) Tenían un día de descanso semanal, el cual era asignado por uno de los administradores del lava-autos a quien denominan “patiero”…

3) Las reglas de juego dentro del lavadero… indica que el trabajador no tenía autonomía para presentarse a trabajar a cualquier hora, pues en ese caso no alcanzaba a ser “enturnado”…

4) Otra inequívoca expresión de la subordinación a que estaban sometidos los lavadores, incluido el demandante, proviene del dicho del señor DIEGO LEÓN, quien dio a entender que el administrador podía prohibirles a los lavaderos que lavaran los vehículos de sus clientes propios, imponiéndoles el cumplimiento estricto de los turnos.

5) Aunque se diga que el trabajador podía ausentarse del lugar de trabajo para salir a fumar, lo cierto es que estaba sometido al poder disciplinario del administrador de turno, quien imponía el orden al interior del lavautos…

En conclusión, luego de valorar las declaraciones, encuentra la Sala que el empleador no pudo desvirtuar la presunción que se deriva del artículo 24 del C.S.T., en la medida que, como se explicó en precedencia, los testimonios ponen de relieve varias expresiones del poder subordinante del contratante(…)

Es de anotar que en asuntos que revisten las mismas características del presente, la Sala ha exonerado al empleador demandado de las indemnizaciones moratorias previstas ante la falta de pago de prestaciones sociales y por ausencia de la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal finalidad, al considerar que la sola declaración de la existencia del contrato realidad no indica per se que la conducta del demandado hubiere estado ausente de buena fe a la finalización del vínculo laboral al quedar debiendo las prestaciones sociales al actor.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

… sin discusión en la doctrina y la jurisprudencia, el elemento subordinación, es el que identifica y diferencia la existencia del contrato de trabajo. Es por eso que, para desvirtuar la presunción, se exige al empleador que pruebe que el mismo no existió en la relación contractual que tuvo con el prestador del servicio.

Y es en este punto en el que últimamente, en múltiples providencias, vengo observando un entendimiento totalmente limitado del concepto plasmado en la norma, mediante el cual se exige a los presuntos empleadores, para quebrar la presunción, la prueba, casi diabólica de negaciones indefinidas de hechos tales como que “no daba órdenes, no dirigía la actividad”, en síntesis “no subordinaba”, sin percatarse que el concepto de subordinación que consagra la norma, no es para nada simple, sino evidentemente calificado…

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, octubre nueve (9) de dos mil veinte (2020)

Acta No. 146 del 8 de octubre de 2020

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Dto. No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y por el Magistrado JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **HERIBERTO PALOMINO CASTAÑEDA** en contra del **LIBARDO ANTONIO GIRALDO GÓMEZ**.

**PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación impetrado por la parte actora en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el pasado 09 de septiembre de 2019, dentro del proceso ordinario laboral reseñado con anterioridad. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

**Heriberto Palomino Castañeda** afirma que le prestó servicios personales al señor **LIBARDO ANTONIO GIRALDO GÓMEZ** en el establecimiento de comercio denominado PARQUEADERO LOS ALAMOS, de su propiedad.

Afirma que empezó labores el 20 de mayo de 2008 y que fue despedido de manera unilateral e injusta el 18 de junio de 2018. Seguidamente, señala que el objeto del contrato era que prestara sus servicios lavando los carros, pues en dicho establecimiento se presta el servicio de parqueadero a los buses de expreso bolivariano y de lavado de vehículos a la vez. Agrega que recibía ordenes de los administradores de turno, que fueron varios a lo largo de toda la contratación, que su horario fue de miércoles a lunes, de 04:00 P.M. a 04:00 A.M., y descansaba los días martes.

Finalmente indica que el término de duración del contrato no se pactó, por tratarse de un contrato verbal y, por tanto, a término indefinido, como se establece en el artículo 47 del C.S.T.; que el salario pactado fue el mínimo mensual vigente y que no fue afiliado a seguridad social, ni le pagaron auxilio de transporte, prima de servicios, vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías.

Con fundamento en lo anterior, solicita que se declare que entre el demandante y el señor **LIBARDO ANTONIO GIRALDO GÓMEZ** existió contrato de trabajo a término indefinido entre el 20 de mayo de 2008 y el 11 de junio de 2018, que finalizó de manera arbitraria, ilegal e injusta por parte del empleador. Solicita igualmente que se declare que tiene derecho a las prestaciones sociales inherentes al contrato de trabajo y a los dejados de percibir desde el momento en que se efectuó el despido ilegal e injusto por parte del demandado y hasta que se produzca la sentencia y, consecuencia de lo cual, solicita el pago del auxilio de transporte, prima de servicios, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, la indemnización por despido injusto y al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y los aportes a pensión y salud.

En respuesta a la demanda, el señor LIBARDO ANTONIO GIRALDO GÓMEZ se opuso a la prosperidad de las pretensiones y señaló que nunca hubo o existió prestación de servicios subordinados con el demandante, y mucho menos existió continuidad en la prestación de servicios, pues en realidad el demandante utilizaba el patio del lava-autos “los Álamos” para lavar carros y obtener un porcentaje sobre lo que se cobraba por dicho servicio y algunas veces se ausentaba por tiempos indefinidos y regresaba cuando quería. Señaló que jamás hubo expresiones de subordinación sobre el demandante, pues el papel del lava-autos consistía en asignarle una pareja para que lavara vehículos y si no asistía o se ausentaba, no existía ningún problema, simplemente ese día no hacía plata, sin que existiera llamados de atención o suspensión por ello. Propuso como fórmula de la defensa las excepciones de “ausencia de los elementos fundantes de toda relación laboral”, “falta de pruebas que demuestran una relación laboral”, “enriquecimiento sin justa causa” y “prescripción”.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

 La a-quo negó la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda, declaró probadas las excepciones de mérito planteadas por la entidad demandada y condenó en costas procesales de primera instancia.

 Antes de arribar a dicha conclusión, hizo una larga disertación acerca de los elementos del contrato de trabajo y la presunción legal de su existencia, que se deriva de la prestación personal de un servicio, conforme al artículo 24 del C.S.T. Seguidamente señaló que nadie pone en duda la prestación de servicios personales del demandante al señor LIBARDO ANTONIO GIRALDO GÓMEZ, pues incluso en la contestación a la demanda se admite que el actor se presentaba al lava-autos a lavar carros, motos y camiones y recibía por ello el 50% del valor cobrado por ese servicio a los conductores.

Bajo la anterior premisa, concluyó que debe operar la citada presunción, la cual, sin embargo, admite prueba en contrario, pues puede ser derruida si el demandado demuestra que dichos servicios se prestaron con prescindencia de la subordinación y con total independencia y autonomía del prestador frente al contratante.

Siguiendo ese hilo, indicó que luego de escuchar los 3 testigos presentados al proceso y los interrogatorios de parte al demandante y al demandado, se encuentra que el único testigo que afirma que el demandante estaba obligado a presentarse a laborar todos los días y cumplir horario, so pena de suspensiones y llamados de atención, fue el señor **CRISTIAN ANDRÉS GONZALEZ**, porque ni el mismo demandante refirió la existencia de sanciones ante la inasistencia al trabajo, antes bien, reconoció que podía ausentarse del lugar de trabajo para consumir alucinógenos y volver a trabajar sin ningún problema.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

 Contra la anterior decisión interpone recurso de apelación la parte actora, quien solicita que la misma se revoque y en su defecto se acceda a las pretensiones de la demanda, pues se pudo establecer, incluso con los testimonios aportados por el mismo demandado, que si había horarios de obligatorio cumplimiento y que el lava-autos funcionaba las 24 horas, distribuidas en dos turnos: el del día y la noche.

 Asimismo, indicó que los administradores del lava-autos controlaban los turnos, llevaban las cuentas, liquidaban la remuneración diaria y revisaban que los carros quedaran bien lavados, lo cual configura la presencia de subordinación en la relación con el demandante. Igualmente, dijo que la actividad del demandante no podía desarrollarse en ejecución de un contrato de prestación de servicios, pues la ley y la jurisprudencia es clara al establecer que las empresas no pueden acudir a dicha figura contractual para contratar actividades y servicios de carácter permanente o que hagan parte del giro normal de negocio del empleador, y en este caso el lavado de autos, no es una actividad temporal y mucho menos ocasional, sino que es precisamente la actividad principal del parqueadero, tanto así que el trabajador laboró por más de 10 en la misma actividad al servicio del demandado.

**4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN/CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Analizados los alegatos presentados por escrito por las partes, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados, concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa a continuación. Por otra parte, el Ministerio Público no conceptuó en este asunto.

1. **Problema jurídico por resolver**

El problema jurídico en este asunto se contrae a determinar si en realidad existió contrato de trabajo entre los contendores procesales, o si en la prestación personal del servicio por parte del demandante al propietario del lava-autos hubo autonomía e independencia y si este último no ejerció ningún tipo de subordinación jurídica sobre el segundo.

1. **CONSIDERACIONES**
	1. **CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y DIFERENCIAS CON EL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS**

En procura de resolver el problema jurídico planteado y conforme a los argumentos de la apelación, se encuentra por fuera de discusión que el demandante prestó sus servicios personales como lavador de carros o embellecedor de vehículos, como se presenta el propio demandante y el servicio lo prestaba en el parqueadero “Los Álamos” de la ciudad de Pereira, propiedad del aquí demandado, donde además del servicio de parqueo, se ofrecía el servicio de lavado y polichado de vehículos.

 Como se ha manifestado en innumerables pronunciamientos de esta colegiatura, el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo consagra una presunción de subordinación que se activa tan pronto el demandante prueba que le prestó sus servicios personalmente a la parte demandada. En virtud de tal presunción, el pretensor se ve relevado de la carga de probar la subordinación, pues de inmediato se produce un traslado de la carga de la prueba a la parte demandada, quien debe demostrar que la relación no era laboral, sino de otra índole.

Como premisa fundamental, es necesario precisar que, contrario a los contratos de trabajo, en los contratos de prestación de servicios no hay subordinación, lo que significa que el prestador del servicio únicamente está obligado a cumplir con el objetivo para el que ha sido contratado, en el plazo acordado y bajo los términos acordados.

 Así las cosas, si en el contrato de prestación de servicios no se generan las prerrogativas propias del contrato de trabajo, serán los interesados quienes acuerden en el respectivo contrato, que puede ser verbal, aspectos tales como objeto, condiciones y calidad del servicio, sanciones en caso de incumplimiento, el tiempo de ejecución, remuneración por los servicios prestados y demás conceptos, toda vez que la legislación laboral no establece procedimientos ni condiciones especiales en un contrato de prestación de servicios.

 Ahora bien, es claro que si el contrato a realizar cumple con los requisitos para que se genere una relación de tipo laboral, con los elementos contemplados por el artículo 23 del C.S.T, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, esto es, i) actividad personal del trabajador, ii) continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y iii) salario como retribución del servicio, nace entre las partes un vínculo laboral con las respectivas obligaciones que se derivan de todo contrato de trabajo, esto es, el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, seguridad social e indemnizaciones que se causen, al momento de la terminación del contrato de trabajo.

 En cuanto al segundo de los señalados elementos, el máximo Tribunal de la Justicia Laboral ha precisado que para establecer si hubo o no subordinación en desarrollo de la prestación de un determinado servicio, se debe verificar, entre otros criterios, por ejemplo: si el prestador de servicios tenía el deber de asistir a reuniones programadas por la empresa; si contaba con disposición de cumplir órdenes cuando se le impartieran; si sus funciones eran similares a las del personal de planta; si la asignación de turnos al prestador de servicios y al personal de planta no se diferenciaba de manera relevante; si el prestador de servicios estaba sujeto al poder disciplinario del favorecido por sus servicios.

 A modo de ejemplo, de acuerdo con la jurisprudencia uniforme de la Sala de Casación Laboral, una presunción de ese género no puede entenderse eficaz y necesariamente desvirtuada aun demostrándose los siguientes hechos: que los servicios no fueron prestados en la sede o en las instalaciones del presunto empleador; que los servicios fueron prestados con la ayuda de terceros; que los instrumentos o las herramientas con las cuales el demandante prestó el servicio eran de propiedad del prestador del servicio y no del presunto empleador; que el prestador de servicios no tenía horario; que los servicios no fueron prestados con exclusividad a pesar de que así se había pactado; que el pago por los servicios no era mensual, que el pago no se registraba contablemente como pago de salarios; que las órdenes e instrucciones se le dictaban en tono cortés y amable; que las remuneraciones periódicas efectuadas al prestador de servicios, recibían la denominación de honorarios, y no de salarios, entre otras.  En definitiva, ninguno de esos elementos, ni aislados ni en conjunto con todos los demás que se mencionaron, podrían considerarse prueba suficiente de que el servicio se prestaba de manera independiente, autónoma y sin sometimiento a subordinación jurídica.

 Ahora bien, conviene aclarar 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 de la actividad encomendada, lo cual incluye el cumplimiento de un turno o la inversión de tiempo en el desarrollo del objeto contractual, o el hecho de recibir una serie de instrucciones del contratante, o tener que reportar informes sobre sus resultados, no significa necesariamente la configuración de un elemento de subordinación.

 Así las cosas, siguiendo la orientación de la jurisprudencia patria, le corresponde al juzgador revisar las condiciones bajo las cuales fueron prestados los servicios en aras de esclarecer bajo el análisis probatorio crítico y pertinente, la verdadera naturaleza de la relación existente entre las partes, para no adoptar conceptos que de manera formal y restrictiva, homogenicen las causas propuestas ante esta jurisdicción, en detrimento del análisis sustancial particular que amerita cada caso.

 Bajo las anteriores premisas, pasaremos al análisis conjunto de las pruebas decretadas y practicadas en primera instancia.

* 1. **CASO CONCRETO**

Con el propósito de acreditar la existencia del contrato de trabajo, el demandante llamó a declarar al señor **CRISTIAN ANDRÉS GONZALEZ**, quien afirmó que trabajó en el lavadero de don Libardo entre febrero de 2013 y mayo de 2018: 4 años en la noche y 1 un año en el horario del día.

El deponente dijo que no conoce la fecha exacta en que empezó a laborar el demandante, pero puntualizó que cuando él empezó el demandante ya trabajaba allí. Afirmó igualmente que recibía órdenes del dueño del establecimiento y de sus administradores, quienes se encargaban de que todo estuviera en orden en cuanto a los trabajadores que allí laboraban. Explicó que la remuneración era variable y dependía del número de vehículos lavados, de cuyo precio le correspondía al lavador el 40%, en el turno del día, y del 50% en la noche, los cuales se liquidaban diariamente al final del turno y anotó expresamente: *“si uno no había lavado nada, lógico no le pagaban nada”*; que el demandante siempre laboró en el turno de la noche, en horario de 04:00 p.m. a 05:00 a.m., y agregó que había un día de descanso a la semana, que en lo que a él atañe era los lunes y el demandante los martes; que había que firmar la llegada en un libro y que la utilidad se liquidaba diariamente.

Adicionalmente estableció que había 3 administradores o *“patieros”:* Lina, que trabajaba en el turno del día y se quedaba hasta las 10:00 p.m., Oscar que le recibía hasta las 06:00 a.m. y Rosa, que era la encargada del turno del día junto a Lina, y un señor de nombre Franklin, que trabajó por un corto lapso.

Explicó que el lavado y polichado de vehículos se distribuía entre parejas de lavadores que se armaban para atender el servicio y en la noche había entre 3 o 4 parejas. Recordó a John, con quien hacía pareja, a otro muchacho que también se llama Cristian, a Chapulín, Orejas y Calvin, como se conoce al demandante.

Dijo que era obligatorio presentarse a trabajar diariamente y cuando no podía presentarse por enfermedad o porque le cogía la tarde o porque tenía que hacer una vuelta, entonces pedía permiso o llevaba al otro día una excusa. Fue enfático en señalar que no podía ausentarse del turno y si no había trabajo tocaba esperarlo; que diariamente lavaba entre 8 y 10 vehículos y si no se presentaba a trabajar injustificadamente, le imponían como sanción la suspensión de 4 días, con la finalidad de respetar las reglas; sin embargo, él era muy puntual y correcto y nunca lo llegaron a suspender, pero la regla era para todos.

Por su parte, para acreditar la ausencia del elemento de subordinación y dependencia y la consecuente inexistencia del contrato laboral, el demandado llamó a declarar a la señora ROSALINA MUÑOZ, conocida como LINA, y a DIEGO LEÓN SERNA. La señora LINA dijo que entre enero de 2017 y febrero de 2019 trabajó como patiera del lavautos; que se encargaba de “enturnar” los lavadores y de liquidarlos cada 8 días, de acuerdo al número de vehículos que lavaban.

Explicó que “enturnaba” en orden de llegada; que la gente empezaba a llegar desde las 6:00 a.m. y ella “enturnaba” hasta las 7:00 a.m., es decir, asignaba los carros y conformaba las parejas. Dijo que los “lavadores” no cumplen horario, unos llegan temprano y otros más tarde y si llegaban muy tarde ya no alcanzaban turno, porque se conformaban las 6 o 7 parejas que se requerían en la mañana; que conoció al demandante, que ya trabajaba allí cuando ella empezó a trabajar y agregó que cuando no había carros para lavar, los lavadores se acostaban a dormir, fumaban, veían televisión o se tomaban un café, incluso algunos iban a la casa 15, 20 minutos o hasta una hora y volvían.

Agregó que algunos lavadores llegaban borrachos o locos (drogados) y no se les asignaba turno en esas condiciones. Dijo, en relación al demandante, que ella veía cuando armaba su cosa (explicando que con ello se refería a un cigarrillo de marihuana) y *“yo le decía que no podía fumar en el patio, entonces salía se lo fumaba y volvía al rato, si se demoraba, perdía el turno de algún carro y le tocaba esperar, pero ninguna sanción se le imponía por ausentarse”*.

En cuanto a las consecuencias de no presentarse a laborar, dijo que algunos llamaban, pero la gran mayoría no, sin que ninguna sanción recibieran por ello; que a los del turno del día los liquidaban los sábados cada ocho (8) días y a los de la noche diariamente, porque no había mucho movimiento y reconoció que firmaban un librito al inicio del turno y ahí se llevaba la cuenta del número de carros que lavaban.

DIEGO LEÓN, por su parte, dijo que lava carros en el lavadero de don Libardo hace 14 años, que trabaja al porcentaje, siempre ha sido lavador y explicó: *“usted allá lava un carro, eso ganó. Si no lava nada, pues nada se gana”.* Dijo que él siempre ha trabajado en el turno del día, que entraba a las 7:00 a.m. y se iba a las 2, 3 o 4 de la tarde, dependiendo de la cantidad de trabajo y luego aclaró: *“usted llega a la hora que quiera y se puede ir a la hora que quiera”*, pero aclaró, que él era fijo para trabajar *“constante, ¿si me entiende?”*, agregó.

 Fue enfático en señalar que cuando alguien no podía ir a trabajar, *“uno le dice al patiero, pero si no avisa, tampoco le dicen nada. Ud. se puede presentarse después, siempre y cuando no coja nada de los carros”.* Con ello quiso indicar que no se pierde la oportunidad de trabajo por inasistencia, siempre y cuando el lavadero sea honrado y haga bien su trabajo. Pero más adelante, cuando la *a-quo* le preguntó, en el caso puntual de CRISTIAN (el otro testigo), con quien este había compartido por un año el turno del día, a qué horas terminaba el turno o a qué horas podía irse, dijo: *“Cristian llegaba a las 7:30 u 8:00, no sé el personal a quién dejaba ir o soltaba más ligero, uno estaba era trabajando en lo suyo”* (es decir, no prestaba atención a esos detalles). Ante tal respuesta, la jueza lo indago en su caso, a qué horas salía y si podía abandonar el turno a la hora que quisiera y dijo: *“uno tenía que pasarle un reporte al administrador, no es que Ud. entró a trabajar y ahí mismo se fue, tiene que decirle al que lo apunta a uno: vea yo me voy, vengo mañana o no vengo mañana. Uno tiene que hablar con el administrador de ahí que lo está anotando a uno”.*

No sobre anotar que ROSALINA y DIEGO LEÓN afirmaron que algunos lavadores tenían sus propios clientes, que cuando llegaban a lavar su vehículo, pedían que fuera lavado por determinado lavador, caso en el cual no era necesario respetar el turno. Sin embargo, el señor DIEGO LEÓN fue más amplio en este punto e informó: “*(…) si Ud. tiene clientes más gana. A veces él administrador dice -no que lo lave el turno o que lo lave este otro-, porque a veces no le gusta que uno tenga cliente”.*

Cabe agregar, finalmente que el demandante afirmó en la demanda y en el interrogatorio de parte, que tenía un día de descanso, que en su caso era el martes. En el mismo sentido, Cristian dijo que su día de descanso era el lunes y, ante la misma pregunta al señor DIEGO LEÓN, dijo que descansaba los miércoles y que el día de descanso lo asignaba el señor OSCAR, a quien todos los testigos reconocieron como “patiero” o administrador del establecimiento.

Del caudal probatorio reseñado surge con toda claridad que el demandante NO era autónomo e independiente en la prestación del servicio, por las siguientes razones:

**1)** Los lavadores de carros debían pedir permiso para abandonar el turno, como lo reconoció el mismo DIEGO LEÓN.

**2)** Tenían un día de descanso semanal, el cual era asignado por uno de los administradores del lava-autos a quien denominan “patiero”. Lo anterior quiere decir que los lavadores no eran autónomos para decidir los días en que querían presentarse a trabajar, pues si se les imponía un día de descanso obligatorio, quiere decir que el resto de la semana estaban obligados a presentarse a laborar, así existiera cierta flexibilidad si no lo hacían, como lo dio a entender el señor DIEGO LEÓN.

**3)** Las reglas de juego dentro del lavadero, como, por ejemplo, la de conformar las parejas y “enturnar” a los lavadores entre las 06:00 a.m. y 07:00 a.m. en el horario del día, y entre las 04:00 y 05:00 p.m., en el turno de la noche., indica que el trabajador no tenía autonomía para presentarse a trabajar a cualquier hora, pues en ese caso no alcanzaba a ser “enturnado”, ni emparejado como lo narró ROSALINDA.

**4)** Otra inequívoca expresión de la subordinación a que estaban sometidos los lavadores, incluido el demandante, proviene del dicho del señor DIEGO LEÓN, quien dio a entender que el administrador podía prohibirles a los lavaderos que lavaran los vehículos de sus clientes propios, imponiéndoles el cumplimiento estricto de los turnos.

**5)** Aunque se diga que el trabajador podía ausentarse del lugar de trabajo para salir a fumar, lo cierto es que estaba sometido al poder disciplinario del administrador de turno, quien imponía el orden al interior del lavautos, porque incluso la señora ROSALINA indicó que una vez cuando el demandante estaba “armando su coso” (refiriéndose a un cigarrillo de marihuana), le pidió que lo hiciera por fuera del establecimiento e igualmente recordó que en varias oportunidades se le hicieron llamados de atención al demandante por la pérdida de objetos que los clientes dejaban dentro de sus vehículos, y recordó que en uno de esos eventos se perdió de un vehículo una pulsera de una clienta y el demandante la tuvo que pagar.

Cabe agregar a todo lo anterior, que la actividad de los lavadores de vehículos es altamente discriminada y mal remunerada y el hecho de que muchos de ellos sean consumidores de drogas, como lo aceptó el propio demandante, no los descalifica como trabajadores, pues este es un comportamiento muchas veces tolerado por los mismos dueños de los lava-autos, entre otras razones, por la poca calificación que exige la actividad, amén de los problemas sociales que enfrentan quienes se ocupan de la misma y la informalidad con la que son contratados. Aparte de eso, va contra las reglas de la experiencia que un negocio de lavado de carros, en la que la atención inmediata del usuario es fundamental las 24 horas del día, permita que quienes lavan carros lleguen al lavautos a la hora que quieran y se marchen cuando gusten, pues el empresario debe contar con un número fijo de trabajadores para garantizar la continuidad, fluidez y rapidez del servicio.

En conclusión, luego de valorar las declaraciones, encuentra la Sala que el empleador no pudo desvirtuar la presunción que se deriva del artículo 24 del C.S.T., en la medida que, como se explicó en precedencia, los testimonios ponen de relieve varias expresiones del poder subordinante del contratante (dueño del establecimiento) y de sus representantes (administradores o patieros) sobre los lavadores de vehículos, incluido el demandante.

De otra parte, el hecho de que no se haya pactado un salario fijo, sino una retribución económica en función del número de vehículos lavados por el prestador del servicio, tampoco desvirtúa el tercer elemento del contrato, referido a la remuneración, pues es evidente que esta se pactó a destajo, es decir, por unidad de obra o de tarea, tal como lo permite el numeral 1° del artículo 132 del C.S.T.

Por lo anterior, se revocará la decisión de primera instancia y en su defecto se declarará la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el señor **LIBARDO ANTONIO GIRALDO GÓMEZ.**

En cuanto al extremo inicial de dicho contrato, se advierte que la única prueba de la que se puede inferir tal aserto, es el testimonio del señor **CRISTIAN ANDRÉS GONZALEZ**, quien afirmó que cuando llegó a trabajar al lavautos, el demandante ya trabajaba allí, de modo que se debe tomar como extremo inicial el día 28 de febrero de 2013, esto es, el último día mes en que el citado testigo dijo que empezó a laborar en el establecimiento. Lo mismo en lo que atañe al extremo final, pues ninguno de los otros testigos pudo precisar con exactitud la fecha en que el demandante dejó de presentarse al lugar de trabajo, pero el citado testigo dijo que renunció en mayo de 2018 y que le consta que el demandante siguió trabajando allí, de modo que se tendrá como hito final, el 1° de mayo de 2018.

Finalmente, en lo que atañe a la remuneración, aunque aparece probado que el salario era variable, pues se calculaba en función del número de servicios, para efectos de la liquidación de las prestaciones se fijará en la suma de un Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, en atención a lo ordenado en el citado artículo 132 del C.S.T.

En conclusión, como la parte demandada no aportó prueba del pago de las prestaciones sociales a su cargo, esto es, primas, cesantías e intereses a las cesantías, se condenará a su pago. Por las mismas razones, se condenará al pago de la compensación dineraria de las vacaciones, pues no obra prueba en el plenario de que el trabajador haya gozado de los 15 días de descanso remunerado por cada año de servicio, como lo exige el artículo 186 del C.S.T.

Para la liquidación de los emolumentos reclamados, cabe precisar que se encuentran prescritas las prestaciones sociales anteriores al 2 de octubre de 2015, esto es, las causadas por fuera de los tres (3) años anteriores a la presentación de la demanda, salvo los aportes a seguridad social, lo cuales son imprescriptibles conforme a lo dispuesto en el artículo 48 constitucional. Ello así, al trabajador se le adeudan los siguientes conceptos y valores:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **PRIMAS** | **CESANTÍAS** | **INTERESES** | **VACACIONES** |
| 2015 | $322.175 | $667.333 | $80.079 | $322.175 |
| 2016 | $689.455 | $698.045 | $83.765 | $344.727 |
| 2017 | $737.717 | $746.909 | $89.629 | $368.858 |
| 2018 | $260.414 | $260.414 | $10.416 | $130.207 |
| TOTAL | $8.413.977 |

Con apoyo en lo anterior, se condenará a la demandada al pago de la suma de $8.413.977 por concepto de prima, cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones, conforme a la liquidación que se aprecia en el cuadro anterior. Del mismo modo, se condenará al pago de los aportes a seguridad social correspondientes a los ciclos de cotización comprendidos entre el 28 de febrero de 2013 y el 1° de mayo de 2018. Se exonera del pago de la indemnización por despido injusto, pues el demandante no acreditó el hecho del despido y el demandado, por su parte, afirmó que el prestador del servicio no se volvió a presentar al lavautos luego de que se le hizo un reclamo por un objeto que se perdió del vehículo de un cliente.

En lo tocante a la indemnización moratoria, es bien sabido que la misma no es inexorable ni automática, en la medida de que al finalizar el vínculo laboral, sin que al trabajador se le haya satisfecho en todo o en parte sus salarios o prestaciones sociales, no es suficiente para imponer dicha sanción la existencia de la deuda a cargo del empleador, sino que se precisa el análisis de su componente subjetivo, en orden a auscultar en la conducta del obligado las razones que lo impulsaron a negarse a la cancelación de tales salarios o prestaciones sociales, y si las mismas son atendibles por estar revestidas de buena fe, procederá la exoneración de la condena.

Es de anotar que en asuntos que revisten las mismas características del presente, la Sala ha exonerado al empleador demandado de las indemnizaciones moratorias previstas ante la falta de pago de prestaciones sociales y por ausencia de la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal finalidad, al considerar que la sola declaración de la existencia del contrato realidad no indica *per se* que la conducta del demandado hubiere estado ausente de buena fe a la finalización del vínculo laboral al quedar debiendo las prestaciones sociales al actor.

A la luz de las anteriores premisas, es innegable que, en el presente asunto, es costumbre generalizada entre los dueños de los lava autos, contratar los servicios de los lavadores bajo la convicción de hacerlo bajo un contrato de prestación de servicios, de suerte que, salvada la buena fe del empleador, ante la ausencia de pruebas en contrario, se debe entender que éste tenía elementos de juicio para creer que no tenía una relación de trabajo con el demandante, sino un contrato de carácter civil.

Por último, se impondrá el pago de las costas procesales de ambas instancias a la parte demandada en un 70%, liquídense por el juzgado de origen.

Bajo tales premisas, se revocará la decisión de primera instancia y en su defecto se impondrán las condenas antes reseñadas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley.

**RESUELVE**

 **PRIMERO**. – **DECLARAR** que entre el señor **HERIBERTO PALOMINO CASTAÑEDA** y el señor **LIBARDO ANTONIO GIRALDO GÓMEZ** existió contrato de trabajo del 28 de febrero de 2013 al 1° de mayo de 2018.

**SEGUNDO: DECLARAR** prescritas las prestaciones sociales adeudadas con anterioridad al 2 de octubre de 2015, salvo los aportes a seguridad social.

**TERCERO: CONDENAR** a la parte demandada al pago de la suma de **$8.413.977** al demandante por concepto de primas, cesantías, intereses a las cesantías y compensación dineraria de vacaciones, conforme a la liquidación que hace parte integrante de la presente providencia.

**CUARTO: CONDENAR** a la parte demandada al pago de los aportes a seguridad social en salud y pensiones al actor, por un salario mínimo mensual vigente, por todos los ciclos de cotización comprendidos entre el 28 de febrero de 2013 y el 1° de mayo de 2018, en la EPS y el Fondo de Pensiones de elección del demandante.

**QUINTO: EXONERAR** del pago de las demás pretensiones, conforme a lo explicado en precedencia.

 **SEGUNDO. – COSTAS** de ambas instancias a cargo del demandado en un 70%. Liquídense por el juzgado de origen.

Notificación surtida en estados. Cúmplase y devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada Ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Proceso:                     Ordinario Laboral

Radicación No           66001-31-05-003-2018-00476-01

Demandante:             Heriberto Palomino Castañeda

Demandado:              Libardo Antonio Giraldo Gómez

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**15 de octubre de 2020**

**SALVAMENTO DE VOTO**

No tengo ninguna duda que acreditada la realización de un servicio en favor de una persona, opera la presunción legal de que la actividad se llevó a cabo en el marco de un contrato de trabajo. De manera textual el artículo que consagra dicha presunción dispone: “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

La norma lleva a una pregunta: ¿Qué es lo que se presume?

La respuesta a la pregunta parece obvia, pero en casos como el presente creería que amerita un análisis más profundo que el que a simple vista aparenta merecer.

En efecto, a mi juicio la disposición es clara: La relación jurídica surgida de la prestación del servicio, en principio, se asume que tiene como marco legal, con las consecuencias que ello implica, el contrato de trabajo.

Entonces el próximo paso es precisar qué cosa es un contrato de trabajo. Y allí también la respuesta surge fácil: Es un acuerdo de voluntades en el que una persona natural, con el propósito de obtener una remuneración, se obliga a prestar un servicio bajo **“la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país.”**

Precisamente, sin discusión en la doctrina y la jurisprudencia, el elemento subordinación, es el que identifica y diferencia la existencia del contrato de trabajo. Es por eso que, para desvirtuar la presunción, se exige al empleador que pruebe que el mismo no existió en la relación contractual que tuvo con el prestador del servicio.

Y es en este punto en el que últimamente, en múltiples providencias, vengo observando un entendimiento totalmente limitado del concepto plasmado en la norma, mediante el cual se exige a los presuntos empleadores, para quebrar la presunción, la prueba, casi diabólica de negaciones indefinidas de hechos tales como que “no daba órdenes, no dirigía la actividad”, en síntesis “no subordinaba”, sin percatarse que el concepto de subordinación que consagra la norma, no es para nada simple, sino evidentemente calificado.

Es que mucho va de decir que, para que opere la presunción de contrato de trabajo, basta sencillamente que la prestación del servicio haya sido “subordinada” a decir, como lo hace la norma, que debe haber una “**continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato”,** pues en este último contexto, resulta dable que se acredite la inexistencia del elemento subordinación aportando prueba de que durante todo el tiempo de duración del contrato, no se tenía la potestad de darle órdenes al presunto trabajador en “cualquier momento” respecto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, ni tampoco se tenía la facultad de imponerle reglamentos.

Todo lo anterior, para resaltar que, en el actual asunto, toda la narrativa del caso da cuenta de que, si bien hubo una prestación del servicio, la presunción fue desvirtuada, si se tiene en cuenta el elemento subordinación en los términos completos que debe ser estudiado.

En efecto, los testigos del demandado fueron coincidentes en explicar que la labor de lavador de carros, en el parqueadero del demandado, implicaba libertad para acudir o no a realizarla, solo que, si no lo hacía, obviamente, al no haber desplegado la actividad, no obtenía beneficio económico. Respecto al punto, el testigo, también lavador de carros, Diego León, sin dubitación alguna señaló: “*Usted llega a la hora que quiera y se puede ir a la hora que quiera*”, si “*Usted allá lava un carro, eso ganó. Si no lava nada, pues nada se gana*”, manifestación que fue corroborada por Cristian Andrés González -testigo pedido por el demandante-, quien igualmente y con énfasis dijo: *“si uno no había lavado nada****, lógico*** no le pagaban nada”. Por su parte, la testigo Rosalina Muñoz, explicó que los “*lavadores no cumplen horarios, unos llegan temprano y otros más tarde y si llegaban muy tarde* ***ya no alcanzaban turno”***también fue reiterativa en que si en el transcurso del día se ausentaban no había sanciones ni tampoco existían por no presentarse un día al parqueadero.

Esa libertad de asistir o no a trabajar, sin que por ello hubiere consecuencias, determina la falta de subordinación, sin que el hecho de que las personas que desarrollan la actividad fueran más o menos constantes, mute la libertad en dependencia.

No obstante la fuerza de los testimonios, la mayoría de la Sala prefirió hacer las siguientes inferencias sociológicas -que no jurídicas- para desvirtuar la conclusión de falta de subordinación:

“Cabe agregar a todo lo anterior, que la actividad de los lavadores de vehículos es altamente discriminada y mal remunerada y el hecho de que muchos de ellos sean consumidores de drogas, como lo aceptó el propio demandante, no los descalifica como trabajadores, pues este es un comportamiento muchas veces tolerado por los mismos dueños de los lava autos, entre otras razones, por la poca calificación que exige la actividad, amén de los problemas sociales que enfrentan quienes se ocupan de la misma y la informalidad con la que son contratados. Aparte de eso, va contra las reglas de la experiencia que un negocio de lavado de carros, en la que la atención inmediata del usuario es fundamental las 24 horas del día, permita que quienes lavan carros lleguen al lavautos a la hora que quieran y se marchen cuando gusten, pues el empresario debe contar con un número fijo de trabajadores para garantizar la continuidad, fluidez y rapidez del servicio.”

En mi opinión, la prueba recaudada da cuenta de la prestación de servicios en colaboración, sin vínculo permanente ni subordinación, para obtener ganancia recíproca por la explotación de un parqueadero, y, en todo caso, con ausencia total de la dependencia exigida por el C.S.T. para que pueda pregonarse la existencia de un contrato de trabajo. De allí que no había lugar a revocar la sentencia de primer grado que negó las pretensiones de la demanda.

Dejo así salvado mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado