El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia.** Sentencia de Segunda Instancia – 07 de noviembre de 2017

**Proceso.** Ordinario laboral – Confirma fallo que accedió a las pretensiones

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-004-2015-00574-01

**Demandantes:** Cristian Camilo Malagón Fajardo

**Demandado:** Empresa de Aseo de Pereira SA ESP y Municipio de Pereira

**Juzgado de Origen:** Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

**Tema a Tratar: CONTRATO REALIDAD.** Para desentrañar los problemas jurídicos planteados se hace necesario recordar, que los elementos esenciales que se requieren concurran para la configuración del contrato de trabajo, son: la actividad personal del trabajador, esto es, que este realice por sí mismo, de manera prolongada; la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que lo faculta para requerirle el cumplimiento de órdenes o instrucciones al empleado y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio (art.23 CST). Estos requisitos los debe acreditar el demandante, de conformidad con el estatuto procesal civil, que se aplica por remisión del artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S.; carga probatoria que se atenúa con la presunción consagrada en la ley a favor del trabajador (art.24 CST), a quien le bastará con probar la prestación personal del servicio para dar por sentada la existencia del contrato de trabajo, de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar tal presunción legal. Así mismo no es suficiente acreditar la existencia del contrato de trabajo, debe también demostrarse los extremos de la relación, toda vez que no se presumen, necesarios para realizar la cuantificación de las liquidaciones e indemnizaciones que se reclamen en la demanda.

**DESPIDO INJUSTO.** En el caso que nos atañe se advierte que en la sentencia la Jueza de primer nivel declaró la existencia de varios contratos de trabajo, sin especificar la modalidad, por lo que no es de recibo lo que afirma la parte demandante que la *a quo* declaró la existencia de contratos de trabajo a término indefinido. Por el contrario, al señalar la Jueza de primera instancia que aquellos terminaron por vencimiento de término, y estar por escrito, se entiende que los consideró a término fijo, al estar sujetos a un plazo. Argumentos que se comparten. Siendo así las cosas, le correspondía a la codemandada Empresa de Aseo de Pereira SA ESP demostrar que realizó el respectivo preaviso de que trata el artículo 46 del CST al finalizar el último contrato, pero como no lo hizo, el despido se considera sin justa causa y por lo tanto, se hace merecedora al pago de la indemnización en los términos del artículo 64 del CST, consistente en cinco meses de salario, tiempo que faltaba para cumplir el plazo estipulado del contrato, teniendo en cuenta que al no darse el preaviso, éste contrato se prorrogó; arrojando una suma de $5.659.850., y así se dejará dicho en el numeral 1 de la sentencia. **INDEMNIZACIÓN MORATORIA.** En lo atinente a esta indemnización, ha de decirse que no es de aplicación automática, como lo ha dicho reiteradamente el órgano de cierre de esta especialidad. Entonces, al tener naturaleza sancionatoria debe estar precedida de un examen de la conducta del empleador, con el fin de determinar si actuó de buena o mala fe al omitir o retardar el reconocimiento de la acreencia laboral.

En Pereira, a los siete (7) día del mes de noviembre de dos mil diecisiete (2017), siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación frente a la sentencia proferida el 7 de julio de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso que promueve el señor **Cristian Camilo Malagón Fajardo** contra la **Empresa de Aseo de Pereira ESP** y el **Municipio de Pereira,** radicado 66001-31-05-004-2015-00574-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandado y su apoderado:

**TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende el señor Cristian Camilo Malagón Fajardo, que se declare que entre él y la Empresa de Aseo de Pereira SA ESP existió un contrato de trabajo a término indefinido, que terminó por despido injustificado; en consecuencia, se le condene a la última a pagarle la indemnización por despido sin justa causa, las prestaciones sociales, vacaciones, calzado y vestido de labor, auxilio de transporte, intereses moratorios de las cesantías (sic), pago de los días no laborados por orden de la entidad demandada, indemnizaciones moratoria y por daños morales, y el reintegro por pensión, ARL y EPS; como pretensión subsidiaria la indexación de todos los valores que mediante sentencia se declaren.

Fundamenta sus pretensiones en que: (i) del 18-07-2012 al 21-06-2014 trabajó, a través de cuatro contratos de prestación de servicios, para la Empresa de Aseo de Pereira SA ESP, en el mantenimiento de zonas verdes y jardinería del Parque Temático de Flora y Fauna de Pereira; labor que ejecutó con las herramientas de la Empresa, de lunes a viernes de 7:00 a.m. a 12:00 m. y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m. y sábados de 7:00 a.m. a 12:00 m, y por la que recibió un salario mensual de $1.131.970.

(ii) Desde el inicio de labores recibió órdenes e instrucciones del jefe directo, Eduardo Osorio, técnico de campo, lo que se consagró en el contrato como obligaciones del contratista.

(iii) Durante la relación laboral solo recibió calzado y vestido de labor en el primer contrato.

(iv) El 21-06-2014 la empresa le informó que su contrato se daba por terminado; sin que se le pagara durante la vigencia de la relación laboral prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, vestido labor; asimismo no fue afiliado al sistema de seguridad social, que el mismo asumió.

(v) Por el actuar de mala fe de la Empresa de Aseo de Pereira SA ESP no ha podido volver a conseguir empleo, lo que le ha ocasionado angustias y preocupaciones que afectan diariamente su existir.

(vi) El Municipio de Pereira es garante de la Empresa de Aseo de Pereira SA ESP al ser su capital 100% público.

**Municipio de Pereira** aceptó sólo los contratos de prestación de servicios; los demás hechos los negó, al no ser una relación laboral.

Agregó, que el Municipio de Pereira es una persona jurídica totalmente independiente de la Empresa de Aseo de Pereira SA ESP, y ésta es la llamada a responder, ya que con el Municipio de Pereira no ha tenido vinculación laboral, ni contractual el actor.

Se opuso a todas las pretensiones y propuso la excepción que denominó “falta de legitimación por pasiva”.

**Empresa de Aseo de Pereira SA ESP** aceptó que el demandante desarrolló la labor de mantenimiento de zonas verdes y jardinería en el Parque Temático de Flora y Fauna de Pereira, pero en ejecución de varios contratos de prestación de servicios pactado por meses y unos honorarios; sin que el horario de trabajo y coordinación de actividades implique subordinación; los demás hechos los negó.

Añadió que tal contrato fue resultado de un convenio interadministrativo para la prestación de servicios de sostenimiento de las áreas verdes y especies arbóreas del Parque Temático de Flora y Fauna de Pereira, al no contar con personal de planta.

Se opuso a todas las pretensiones y propuso las excepciones que denominó “cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación” e “inexistencia del pago de salarios y prestaciones”.

**2. Síntesis de la sentencia objeto de apelación**

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira declaró la existencia de tres contratos de trabajo entre el actor y la Empresa de Aseo de Pereira SA ESP; con vigencias del 24-07-2012 a 23-11-2012; 07-02-2013 al 31-12-2013 y del 22-01-2014 al 21-06-2014, los que terminaron por vencimiento del término; en consecuencia, condenó al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte y la devolución de aportes por seguridad social; las demás pretensiones las negó y absolvió al Municipio de Pereira.

Conclusión a la que arribó con la prueba obrante, indicativa de la prestación personal del servicio del actor en el Parque Temático de Flora y Fauna Ukumari de Pereira, donde cumplió funciones relacionadas con el paisajismo del lugar; al igual que de la remuneración y subordinación, esto último al no tener autonomía y libertad, siendo contratos interrumpidos, al dejarse de probar que de forma inmediata a la suscripción se comenzara su ejecución.

Sin que sea de recibo la petición del demandante de pagarse los salarios por el tiempo que medió entre los contratos por ser imputable al empleador la ausencia de prestación de servicios al tenor del artículo 140 del C.S.T., por cuanto en este asunto no se demostró tal situación, por el contrario, ello se debió simplemente a la inexistencia de contrato en esos periodos, situación que quedó corroborada con la declaración específicamente del señor Eduardo Osorio.

En cuanto al despido sin justa causa, adujo que se indicó en la demanda, que la relación terminó por decisión unilateral del empleador; sin embargo, fue aportado al plenario copia del último contrato de prestación de servicios, en el cual se fijó como extremo final, el día 21-06-2014, por lo tanto, la relación terminó en la fecha acordada por las partes, sin que haya quedado acreditado por parte del trabajador a quien le competía hacerlo, en virtud de la carga probatoria, que fue la empresa de aseo quien decidió dar por terminado el contrato.

De los intereses moratorios de las cesantías, señaló que no hay lugar a imponer tal sanción, como quiera que no está establecida en la ley.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., estableció que no se acreditó que la entidad accionada hubiese actuado de mala fe; pues la relación tuvo un carácter eminentemente temporal, fue por alrededor de dos años, donde la empresa de aseo realizó labores de paisajismo en el mencionado parque y luego fue reemplazada por otras entidades.

Asimismo cada uno de los declarantes admitieron que eran conocedores de la temporalidad de la relación y que se mostraron conformes con las condiciones de la vinculación; fue solo cuando ya no los llamaron más que decidieron demandar, pero el hecho de que ahora, en virtud de ese principio de la primacía de la realidad se determine, que lo que existió entre las partes fue un contrato o varios contratos de trabajo, no desvirtúa la existencia de unos acuerdos entre las partes, que permiten inferir que la entidad actuó de buena fe y cumplió con su deber.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Los voceros judiciales de la parte demandante y demandada Empresa de Aseo de Pereira SA ESP apelaron la decisión.

El demandante presenta su inconformidad en relación a (i) la declaratoria de la existencia de 3 contratos, cuando se probaron 4; (ii) la negativa de la indemnización por el despido sin justa causa, al considerar que con la contestación de la demanda, no se allegó prueba alguna que demostrara que el despido se realizó en condiciones injustas e ilegales y porque es incoherente que después de declararse la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, se niegue el despido injustificado al tomar las fechas de terminación de los contratos.

(iii) Respecto de los intereses moratorios de las cesantías señaló que se debe condenar al pago de este concepto porque el contrato duró del 18-07-2012 al 21-06-2014 y el 15 de febrero se tenía la obligación de consignar en el fondo, conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1990; (iv) referente al auxilio de transporte señaló que como se indicó en la sentencia, el demandante siempre devengó un salario inferior a dos salarios mínimos.

(v) Los pagos de los días no laborados, alegó que ello se le atribuye a la empresa de aseo, que suspendía los contratos y luego, determinaban cuando iniciaban los mismos; tiempo en el que el actor no laboró porque estaba realizando nuevas pólizas y otros documentos; (vi) la indemnización moratoria por que la empresa de aseo actuó de mala fe en la forma de contratación de sus empleados, se aprovecharon del bajo grado de escolaridad de cada uno, imponiéndoles un contrato de trabajo que no encajaba en las condiciones que debían ejecutarlo, con el fin de evadir las obligaciones laborales.

Por su lado, el apoderado de codemandada Empresa de Aseo de Pereira SA ESP expuso que el hecho de que se cumpliera un horario no prueba la subordinación alegada pues la actividad contratada requiere la prestación del servicio en horario preferente, tal como lo demuestran los testimonios.

Agrega que es lógico que al mediar un contrato de prestación de servicios haya una coordinación de tareas a efectos de que la ejecución del mismo se logre de forma satisfactoria.

**CONSIDERACIONES**

En atención al artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la competencia de esta Sala, está asignada por los puntos objeto de apelación, dados a conocer en primera instancia, sin que pueda adicionarse en la segunda.

**1. Problemas jurídicos**

De acuerdo con lo anterior, la Sala plantea los siguientes cuestionamientos:

(i) ¿La prueba obrante en el proceso acredita la existencia de una vinculación entre las partes de carácter laboral?

(ii) De ser así, ¿cuántos contratos se dieron y cuál fue su naturaleza?

(iii) ¿Por qué se terminó el contrato de trabajo que vinculó a las partes de este proceso?

(iv) ¿Hubo condena en primera instancia por auxilio de transporte?

(v) ¿Tenía derecho al pago de salarios por el tiempo en que no se prestó el servicio, al tenor del artículo 140 del CST?

(vi) ¿Solicitó la parte demandante la sanción por no consignación de cesantías?

(vii) ¿Actuó con mala fe la codemandada Empresa de Aseo de Pereira SA ESP, en la vigencia de la relación laboral con el demandante?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1. Contrato de trabajo**

**2.1.1 Fundamento Jurídico**

Para desentrañar los problemas jurídicos planteados se hace necesario recordar, que los elementos esenciales que se requieren concurran para la configuración del contrato de trabajo, son: la actividad personal del trabajador, esto es, que este realice por sí mismo, de manera prolongada; la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que lo faculta para requerirle el cumplimiento de órdenes o instrucciones al empleado y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio (art.23 CST).

Estos requisitos los debe acreditar el demandante, de conformidad con el estatuto procesal civil, que se aplica por remisión del artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S.; carga probatoria que se atenúa con la presunción consagrada en la ley a favor del trabajador (art.24 CST), a quien le bastará con probar la prestación personal del servicio para dar por sentada la existencia del contrato de trabajo, de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar tal presunción legal.

Así mismo no es suficiente acreditar la existencia del contrato de trabajo, debe también demostrarse los extremos de la relación, toda vez que no se presumen[[1]](#footnote-1), necesarios para realizar la cuantificación de las liquidaciones e indemnizaciones que se reclamen en la demanda.

**2.1.2 Fundamento fáctico**

**2.1.2.1.** De manera liminar debe indicarse que no es objeto de discusión que el señor Cristian Camilo Malagón Fajardo prestó sus servicios de jardinería en el Parque Temático de Flora y Fauna de Pereira “Ukumari” por cuenta de la ESP DE Pereira, quien lo contrató.

Tal hecho permite presumir que la relación entre el señor Malagón Fajardo y la Empresa de Aseo de Pereira SA ESP estuvo regida por un contrato de trabajo, por lo que le correspondía a la parte demandada desvirtuar tal presunción legal, de conformidad con el artículo 24 del CST, y no probarla al demandante, como se estableció en la apelación por la recurrente Empresa de Aseo de Pereira SA ESP.

Para lograr su cometido, la Empresa de Aseo de Pereira SA ESP allegó el acta de recibo final No.697 del contrato de prestación de servicios adicional No.311, celebrado entre Cristian Camilo Malagón Fajardo y la Empresa de Aseo de Pereira SA ESP, para el periodo 08-07-2013 (sic) a 07-09-2013, el que se realizó por su idoneidad y experiencia, con el objeto de realizar actividades de mantenimiento de zonas verdes y jardinería en el Municipio de Pereira, y el acta de liquidación del mencionado contrato de fecha 07-02-2013 a 07-09-2013.

Documentos que por sí solos no desvirtúan la presunción; tampoco lo hacen los contratos de prestación de servicios allegados al proceso, pues en ningún caso estos ponen al descubierto la independencia financiera, técnica y administrativa del actor, que es el punto diferenciador entre los contratos de prestación de servicios y los laborales, máxime que en materia laboral campea el principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP).

Así las cosas, se analizará si con la prueba testimonial solicitada por el demandante, al no solicitar alguna la codemandada Empresa de Aseo de Pereira SA ESP y en virtud del principio de comunidad de la prueba, se derruyó la presunción del contrato de trabajo.

Veamos que se probó:

Los testimonios de Nelson Enrique Arboleda Hernández y Jorge Antonio Suárez Aguirre – extrabajadores del Parque Temático de Flora y Fauna de Pereira, “Ukumari”, dieron cuenta de la prestación personal del servicio y la forma en cómo se desarrolló, al percibirlo por sus propios sentidos.

Quienes de manera hilada, responsiva y detallada manifestaron que el señor Malagón Fajardo realizó labores de jardinería, tales como, siembra de árboles, mantenimiento de zonas verdes, muros de tierra, de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. Así mismo, que para el ingreso y salida al Parque se firmaba una lista, se llamaba a lista, previa a la formación de cuadrillas y se le asignaba tareas diarias.

Agregan, que debían cumplir con las directrices que impartía el señor Valencia Osorio, en nombre de la Empresa de Aseo de Pereira, al desempeñarse en el Parque como técnico de campo, a quien el actor debía solicitarle permiso, pues no se podía ausentar de sus actividades sin su aquiescencia; además, era la persona que asignaba nuevos oficios cuando el actor culminaba con los previamente encomendados.

De esta manera, se ratifica el elemento de la subordinación, al develarse el deber por el actor de cumplir el horario y las órdenes e instrucciones del señor Eduardo Osorio Valencia; sin que pudiera el señor Malagón Fajardo ejecutar actividades diferentes a las que le asignaban diariamente; como la obligación de solicitar permisos para ausentarse del Parque Temático.

Es más, con esta misma prueba testimonial se derruye las características esenciales del contrato de prestación de servicios, que alega la demandada es el que celebró con el señor Malagón Fajardo; si en cuenta se tiene que las actividades que ejecutó de “resiembras en campo”, limpieza de malezas”, “elaboración de zanjas de drenaje”, entre otras (fl.17), no son de aquellas que requieran formación profesional o capacitación, diferente a la que se adquiere por la experiencia, que ameritara la celebración de un contrato de prestación de servicios; es más, el mismo señor Osorio Valencia adujo que el actor no tenía experiencia en labores de campo, pues ella había sido en obra civil. Por ende, la coordinación de actividades que ejercía el técnico de campo, es indicativa de un acto de subordinación.

En suma, la autonomía administrativa, técnica y financiera fue inexistente, porque en todo ese tiempo el actor prestó sus servicios para la Empresa de Aseo con total dependencia, sometido a quién tenía la coordinación de las actividades a desarrollar en el Parque Temático, el técnico de campo, Osorio Valencia, el que definía las actividades a ejecutar, formaba las cuadrillas de trabajo, y asignaba las nuevas tareas cuando estas terminaban, verificaba su cumplimiento, además le debían solicitar permiso para ausentarse, tal como lo relató cuando rindió su testimonio. Así se despacha de manera desfavorable la inconformidad planteada por la codemandada Empresa de Aseo de Pereira SA ESP, al existir entre las partes contratos de trabajo y no convenios de prestación de servicios.

**2.1.2.2.** Ahora, en cuanto al número de contratos de trabajo se develan fueron 3 contratos independientes a) del 24-07-2012 al 23-11-2012; b) 07-02-2013 al 31-12-2013; c) 22-01-2014 al 21-06-2014, tal como lo esbozó la primera instancia; cuyos extremos no fueron cuestionados por las partes.

Por otro lado, dentro del último contrato está comprendido el que reclama el actor en su apelación, habida cuenta del corto tiempo que medió entre los dos últimos contratos suscritos, al finalizar el tercero denominado de prestación de servicios por el demandado, el 07-09-2013 y comenzar el cuarto el 09-09-2013; criterio que comparte la Sala, pues como lo ha dicho el Órgano de cierre en materia laboral[[2]](#footnote-2), las interrupciones pequeñas entre uno y otro contrato no tienen la virtualidad de fracturar la unidad contractual, siempre y cuando se continúe con el objeto del contrato, que fue lo que aconteció en éste caso al haber un bache entre uno y otro contrato de 2 días y tener por objeto ejecutar la misma actividad.

Por tal razón, la decisión de declarar la existencia del 3 contrato entre el 07-02-2013 al 31-12-2013, que fue el único aspecto que se atacó de la primera declaración de la sentencia, resulta acertada, por lo que no sale avante el recurso de apelación de la parte activa en este aspecto.

**2.2 Despido sin justa causa (art.64 CST)**

En el caso que nos atañe se advierte que en la sentencia la Jueza de primer nivel declaró la existencia de varios contratos de trabajo, sin especificar la modalidad, por lo que no es de recibo lo que afirma la parte demandante que la *a quo* declaró la existencia de contratos de trabajo a término indefinido.

Por el contrario, al señalar la Jueza de primera instancia que aquellos terminaron por vencimiento de término, y estar por escrito, se entiende que los consideró a término fijo, al estar sujetos a un plazo. Argumentos que se comparten.

Siendo así las cosas, le correspondía a la codemandada Empresa de Aseo de Pereira SA ESP demostrar que realizó el respectivo preaviso de que trata el artículo 46 del CST al finalizar el último contrato, pero como no lo hizo, el despido se considera sin justa causa y por lo tanto, se hace merecedora al pago de la indemnización en los términos del artículo 64 del CST, consistente en cinco meses de salario, tiempo que faltaba para cumplir el plazo estipulado del contrato, teniendo en cuenta que al no darse el preaviso, éste contrato se prorrogó; arrojando una suma de $5.659.850., y así se dejará dicho en el numeral 1 de la sentencia.

**2.3 Indemnización moratoria del artículo 65 del CST**

En lo atinente a esta indemnización, ha de decirse que no es de aplicación automática, como lo ha dicho reiteradamente el órgano de cierre de esta especialidad[[3]](#footnote-3). Entonces, al tener naturaleza sancionatoria debe estar precedida de un examen de la conducta del empleador, con el fin de determinar si actuó de buena o mala fe al omitir o retardar el reconocimiento de la acreencia laboral.

Bien. Se advierte en este asunto no existe ningún motivo o justificación en la demandada que permita no hacerla merecedora de dicha sanción, al probarse que se disfrazó una verdadera relación laboral con contratos de prestaciones de servicios, donde nunca faltó la subordinación; además de realizar el señor Malagón Fajardo tareas elementales que en momento alguno ameritaba la suscripción de contratos de prestación de servicios, reservados a áreas del conocimiento especializadas, presentándose un abuso en la forma empleada, a fin de desconocer al trabajador la justa retribución legal de sus servicios.

Lo dicho permite calificar el comportamiento de la codemandada Empresa de Aseo de Pereira SA ESP como de mala fe; en consecuencia se revocará este segmento de la decisión recurrida y se impondrá el reconocimiento de esta indemnización.

Como la demanda fue presentada el 29-10-2015, es decir, dentro del año siguiente a la terminación del nexo laboral, y el actor devengó más de un salario mínimo legal mensual vigente, la indemnización moratoria consiste en el pago de un salario diario de $37.732, por 24 meses contados desde el 22-06-2014, suma que asciende a $27.167.278. Y a partir del mes 25, esto es, desde el 22-06-2016, deberá el demandado cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, sobre las sumas adeudadas por prestaciones sociales y vacaciones reconocidas en primera instancia.

**2.4 Sanción moratoria por no consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990**

Respecto de esta sanción se advierte que dentro del libelo se solicitó intereses moratorios de las cesantías, y frente a dicha pretensión la primera instancia dispuso que no había lugar a imponer tal sanción, como quiera que no está establecida en la ley; sin embargo, al revisar los fundamentos de derecho se tiene que la apoderada de la activa transcribió el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y en el recurso de apelación refirió que se debía condenar al pago de este concepto porque el contrato duró del 18-07-2012 al 21-06-2014 y el 15 de febrero se tenía la obligación de consignar en el fondo, conforme al artículo 99 de la Ley 50 de 1990; de tal forma, que al interpretar la demanda, se debe entender que la apoderada pretendió el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por no consignación de cesantías, contemplada en el artículo 99, pretensión frente a la cual la primera instancia guardó silencio y que procederá a analizar esta instancia.

Sanción que igual a la moratoria del artículo 65 del CST va precedida del análisis de la buena fe, en los términos atrás señalados; no obstante, dado que los contratos nacieron y fenecieron en un mismo año, esto es, antes de nacer la obligación de consignar las cesantías correspondientes al año inmediatamente anterior, no hay lugar a que se condene por esta sanción.

**2.5 Salario sin prestación del servicio art.140 del CST y auxilio de transporte**

El artículo 140 del C.S.T., dispone que durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario, aun cuando no haya prestado el servicio por disposición o culpa del empleador; por lo tanto, uno de los requisitos esenciales para su aplicación es que el contrato debe estar vigente, situación que no aconteció toda vez, que como se señaló líneas atrás, se declararon tres contratos independientes, frente a los cuales no hubo reparo por parte del demandante, en consecuencia los tiempos reclamados como salarios, quedaron por fuera de las vigencias contractuales declaradas judicialmente, lo que impide acceder a lo pedido.

Por último, en lo que tiene que ver con el auxilio de transporte, éste fue reconocido por la primera instancia, valor que lo incluyó dentro de los $5.993.038,30 que corresponde al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, y auxilio de transporte, tal como se escucha en el audio; sin embargo, como no se dejó constando en el acta, dentro del numeral 2 de la parte resolutiva de la sentencia, al igual que los intereses a las cesantías, se adicionará al tenor del artículo 286 del Código General del Proceso.

**CONCLUSIÓN**

En armonía con lo expuesto, la Sala confirmará la sentencia proferida el 07-07-2016 salvo los numerales 1, 2, 8 y 9 que se modificarán y adicionarán, conforme a lo expuesto precedentemente; sin perjuicio, de que en la primera instancia se considere, en razón al aumento de las condenas, modificar las agencias en derecho impuestas.

Costas.Hay lugar a imponerlas sólo a favor de la demandante a cargo de la codemandada Empresa de Aseo de Pereira SA ESP al no salir avante su recurso.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 07-07-2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Cristian Camilo Malagón Fajardo** contra la **Empresa de Aseo de Pereira SA ESP** y el **Municipio de Pereira,** en lo que fue motivo de inconformidad, salvo los numerales 1, 2, 8 y 9, que se modificarán y adicionarán,los que quedarán así:

PRIMERO: DECLARAR que entre CRISTIAN CAMILO MALAGON FAJARDO y la EMPRESA DE ASEO DE PEREIRA S.A. ESP, existió una relación laboral regida por tres contratos de trabajo **a término fijo** que se surtieron entre:

Entre el 24-07-2012 a 23-11-2012 total 120 días

Entre el 07-02-2013 y el 31-12-2013 total 325 días

Entre el 22-01-2014 al 21-06-2014 total 150 días.

SEGUNDO: CONDENAR a la EMPRESA DE ASEO DE PEREIRA S.A. E.S.P. a cancelar a favor del demandante la suma de $5.993.038,30 que corresponde al valor de cesantías, **intereses a las cesantías**, vacaciones, primas de servicios y **auxilio de transporte** no cancelados durante la ejecución de la relación, por lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.

OCTAVO: CONDENAR a la EMPRESA DE ASEO DE PEREIRA S.A. E.S.P. al reconocimiento y pago de la indemnización por despido injusto de que trata el artículo 64 del CST al señor CRISTIAN CAMILO MALAGÓN FAJARDO, consistente en $5.659.850.

NOVENO: CONDENAR a la EMPRESA DE ASEO DE PEREIRA S.A. E.S.P. al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST a favor del señor CRISTIAN CAMILO MALAGÓN FAJARDO, consistente en el pago de un salario diario de $37.732, por 24 meses contados desde el 22-06-2014, suma que asciende a $27.167.278. Y a partir del mes 25, esto es, desde el 22-06-2016, deberá el demandado cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación, sobre las sumas adeudadas por prestaciones sociales y vacaciones reconocidas en primera instancia.

**SEGUNDO:** Los demás numerales de la sentencia quedan incólumes. Sin perjuicio, de que en la primera instancia se considere, en razón al aumento de las condenas, modificar las agencias en derecho impuestas.

**TERCERO:** Costas en esta instancia, sólo a favor de la demandante a cargo de la codemandada Empresa de Aseo de Pereira SA ESP, por lo ya expuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada

**\***Anexo



OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA

Magistrada Ponente

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 16-11-2016. Radicado 45051. M.P. Fernando Castillo Cadena. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 27-01-2016. Radicado 47590. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz. [↑](#footnote-ref-2)
3. Sala de Casación Laboral. Sentencias del 01-07-2015. Radicación 44186. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y 18-05-2016. Radicación 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-3)