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 la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 17 de mayo de 2018

Radicación No: 66001-31-05-004-2010-01358-02

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: Carlos Andrés Tenorio González

Demandado: Multiservicios

Juzgado de origen: Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: CONTRATO DE TRABAJO / COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO / EMPRESA USUARIA FUNGIÓ COMO VERDADERA EMPLEADORA /**

En ese orden, suficientemente decantado se tiene por la jurisprudencia patria que la intermediación laboral a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, es una práctica indebida, por cuanto las Empresas de Servicios Temporales, son las únicas autorizadas para enviar trabajadores en misión a otras empresas, acorde con el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, y para los limitados eventos previstos en el art. 77 de la ley 50 de 1990, en los que evidentemente no encuadran las CTA. Al respecto, el órgano de cierre de esta especialidad laboral ha precisado en varios de sus pronunciamientos que: “las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden asumir el rol de las empresas de servicios temporales, por lo que les está vedado suministrar personal y servir de instrumento indebido para ocultar relaciones de trabajo subordinado” (sentencia Radicación No. 36560 de 2013).

(…)

Así mismo, que era la empresa pseudo usuaria quien seleccionaba y ordenaba la vinculación del personal, suministraba los implementos, equipos e insumos que debían ser utilizados para la ejecución de la labor, ejercía poder subordinante sobre el personal contratado, pues daba órdenes e instrucciones a través de un supervisor o jefe inmediato, valoraba y determinaba la calidad y cantidad del servicio prestado, imponía horarios, evaluaba constantemente el desempeño de los trabajadores asociados, hacía llamados de atención por faltas disciplinarias, retardos, incumplimientos en la labor, inasistencia a reuniones, entre otros aspectos, sometiéndolos además al cumplimiento de políticas y normas internas de trabajo, propias de los empleados de planta.

**EXTREMOS DE RELACIÓN LABORAL- Se pueden fijar de manera aproximada / SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA / TRABAJADOR OFICIAL / CONVENCIÓN COLECTIVA- Aplica por cobijar a más de la tercera parte de trabajadores / PRESCRIPCIÓN- No afecta vacaciones, auxilio cesantías ni aportes a Seguridad Social en pensiones / REVOCA / CONCEDE /**

En cuanto a los extremos de la relación laboral, la Sala encuentra que contrario a lo determinado por la primera instancia, sí existe en el plenario material probatorio suficiente que permite fijarlos en forma aproximada, conforme a las pautas y parámetros jurisprudenciales que frente al tema ha sentado el órgano de cierre de esta especialidad laboral pues aunque no se lograron establecer con exactitud, tanto las pruebas testimoniales como las documentales indican un periodo de tiempo determinado que permite hacer una inferencia lógica de las mismos.

(…)

Para ello, es menester recordar que con arreglo en el artículo 2º del Acuerdo 020 de 2004, del Consejo Municipal de Pereira, Multiservicios S.A. se transformó en una Sociedad de Economía Mixta del orden municipal con una participación accionaria pública de más del 90%, por lo que al tenor de lo preceptuado en el artículo 3º del Dto. 3130 de 1968, está sometido al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y por ende, indefectiblemente sus servidores por regla general son trabajadores oficiales (artículo 5º Dto. 3135 de 1968 y 3º del Dto.1848 de 1969).

(…)

Conforme al artículo 4º del texto convencional vigente al inicio de la relación laboral (2003-2004), adicionada mediante acta de acuerdo final (2005 a 2008), se tiene que el campo de aplicación son todos los contratos de trabajo individuales vigentes a la suscripción o los que en un futuro celebrase la empresa, por manera que es dable afirmar que el actor es beneficiario de las disposiciones allí contenidas, máxime cuando por disposición del artículo 471 del CST, dicho acuerdo convencional le es extensivo por contar la organización sindical Sintraemsdes con más de la tercera parte de los trabajadores de Multiservicios S.A., según certificación visible a folio 163 del cdno.1.

(…)

Con base en lo anterior, teniendo en cuenta que la relación laboral terminó el 31 de diciembre de 2008, y el actor elevó reclamación administrativa el 29 de julio de 2010 –fl.11- e inició la demanda el 22 de noviembre del mismo año –fl.10-, el fenómeno extintivo de la prescripción se declarará probado en forma parcial, respecto a las prestaciones causadas con antelación al 29 de julio de 2007. No obstante, dicho fenómeno extintivo no cobija la compensación de vacaciones, dado que este pago solo hace exigible una vez el trabajador termina su labor sin que hubiere disfrutado de sus vacaciones, tal como lo indica el literal b) del artículo 47 del Decreto 1848 de 1969. Tampoco, el auxilio de cesantías ni los aportes a seguridad social en pensiones, dada la naturaleza de imprescriptible del derecho a la pensión.

*REPÚBLICA DE COLOMBIA*

***
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA***

# *SALA DE DECISIÓN LABORAL*

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 17 de mayo de 2018

**Radicación No**:66001-31-05-004-2010-01358-02

**Proceso**: Ordinario Laboral

**Demandante**: Carlos Andrés Tenorio González

**Demandado:** Multiservicios

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

**Magistrado Ponente:** Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Tema a tratar: Carga de la prueba para demostrar una relación laboral:** A parte de la presunción del artículo 24 del C.S.T. principios como el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes -art. 53 superior-, completan el cuadro de protección que la legislación le ha dispensado al trabajo humano que se preste dentro de la órbita del contrato de trabajo, de tal suerte que para la constatación de éste, sean más importantes los datos que arroje la realidad que se ofrece en el mundo de los hechos, que aquella que revelen los documentos o formas, de modo que de lo que se trata es de descorrer ese velo o manto en que se pueda encubrir la relación, en orden a que la apariencia ceda y, se ponga de manifiesto la realidad, que subyace o se oculta tras la manifestación de una voluntad vertida en papeles, que a la luz de los hechos no resulte sincera.

En Pereira, hoy diecisiete (17) de mayo de dos mil dieciocho (2018), siendo las tres y treinta de la tarde (3:30 p.m.) reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto el acto, para decidir el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 2 de febrero del año en curso por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario promovido por **Carlos Andrés Tenorio González** contra **Multiservicios S.A. en Liquidación** y la **Cooperativa de Trabajo Asociado Cootratem CTA.**

En sesión previa, la Sala discutió y aprobó el proyecto que presentó el Magistrado Ponente, el cual corresponde al siguiente,

**SENTENCIA**

1. ***ANTECEDENTES***

Pretende el demandante que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre él y Multiservicios SA, desde el 28 de agosto de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2008, fecha en que culminó por despido sin justa causa del empleador, y como consecuencia, se imponga condena por concepto de diferencia e incremento salarial legal y extralegal, cesantías retroactivas e intereses sobre las mismas, vacaciones, auxilio de transporte legal y extralegal, descansos obligatorios, primas de servicio, vacaciones, antigüedad y navidad, dotación y calzado de labor, recargos nocturnos, dominicales y festivos, devolución y pago de aportes al sistema de seguridad social, indemnizaciones por despido injusto y por falta de pago de salarios y prestaciones sociales, reintegro de los valores pagados por retención en la fuente y pólizas de seguro, la indexación de las condenas, más las costas procesales a su favor.

Las anteriores peticiones se fundan en que fue vinculado a través de la Cooperativa de Trabajadores del Aseo y Servicios Generales Cootratem para la prestación del servicio en favor de Multiservicios SA en el lapso antes referido; que se desempeñó como auxiliar de lectura de contadores y entrega de facturación en los Municipios de Pereira y Dosquebradas; que laboró de 6 am a 9 pm y recibía un pago equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente durante los primeros quince días de cada mes, más un precio determinado por unidad de lectura de medidor de energía, facturas, y entrega de volantes, dependiendo la ruta que se le asignara; que Multiservicios S.A. era quien daba las órdenes, los insumos, imponía el cumplimiento del reglamento interno de trabajo, le hacía llamados de atención, supervisaba la calidad y cantidad del servicio prestado de manera periódica y asignaba las funciones todos los días de la semana, incluyendo los domingos y festivos. Indica que Cootratem CTA no tenía autonomía para vincular el personal asociado, pues era Multiservicios quien lo seleccionada directamente o daba el aval para el ingreso.

Indica que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscita entre el Sindicato de Trabajadores y Multiservicios SA, puesto que nunca renunció a tales prebendas; que la única función de la CTA se redujo a recibir contablemente el dinero que le enviaba Multiservicios, y asentar los pagos de los trabajadores; que a la terminación del contrato de trabajo no le cancelaron las prestaciones sociales legales y convencionales a que tiene derecho; que el 29 de julio de 2010 presentó ante Multiservicios reclamación administrativa, tendiente a obtener el pago de las acreencias laborales, empero, que mediante oficio del 19 de agosto de ese año, le fue resuelta desfavorablemente.

Multiservicios S.A.***,*** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, basando su defensa en que no existió ninguna clase de relación laboral con el demandante, pues este se vinculó en calidad de asociado de la CTA demandada, en virtud del contrato de prestación de servicios celebrado entre esa entidad y Multiservicios SA. Propuso como excepciones de mérito: Inexistencia de la obligación demandada, Cobro de lo no debido, Prescripción, Inexistencia de la indemnización moratoria, Inaplicabilidad de la convención colectiva, Inexistencia del despido injusto, Mala fe y temeridad.

La Cooperativa de Trabajo Asociado CTA, actuando a través de curador ad-litem allegó respuesta al libelo demandatorio, oponiéndose igualmente a las pretensiones. Propuso como medios exceptivos los de Falta de competencia, Ineptitud de demanda, Inexistencia de relación contractual laboral y Prescripción.

1. ***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La jueza del conocimiento puso fin a la primera instancia mediante fallo dictado el 2 de febrero del año en curso, en el que negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al promotor del litigio.

Para arribar a tal determinación, indicó que si bien es cierto de las pruebas testimoniales vertidas en la actuación se permite arribar al convencimiento pleno de que el actor prestó sus servicios personales en favor de Multiservicios S.A., lo cual hacía bajo la continuada dependencia y subordinación de esta, también lo es que el demandante no cumplió con la carga que le correspondía de acreditar los extremos de la relación laboral, motivo por el que resultaba imposible establecer el valor de las condenas peticionadas.

**III-** ***CONSULTA***

Al tenor de lo establecido en el artículo 69 del Estatuto Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, se dispuso el grado jurisdiccional de consulta de la decisión por haber sido desfavorable a los intereses del demandante. Son estas las razones por las cuales las diligencias se encuentran en esta Sala, por lo que se dispone a resolver, con base en las siguientes,

1. ***CONSIDERACIONES***

***4.1 Problema jurídico*.**

Vista la panorámica anterior, el problema jurídico a resolver se plantea en:

*¿Hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre Multiservicios SA y el demandante? En caso positivo,*

*¿Se acreditaron los extremos de dicha relación laboral?*

*¿Acreditó el demandante los extremos de la relación laboral?*

*¿Hay lugar a imponer el pago de las acreencias laborales peticionadas por el actor?*

* 1. ***Desenvolvimiento de la problemática planteada***

Frente al inicial cuestionamiento, esto es si existió o no una relación laboral entre el demandante y Multiservicios SA, ha de decirse que el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945 por medio del cual se reglamentó la Ley 6ª de 1945, establece que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran tres elementos a saber: i) La actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, ii) La dependencia del trabajador respecto del patrono, la cual otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y revisar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea, ni simplemente ocasional, y, iii) El salario como retribución al servicio.

Estos elementos, reunidos en cualquier circunstancia, dan cuenta de la existencia de un contrato de trabajo, sin importar la denominación que se le dé al mismo, las condiciones particulares del patrono, la modalidad de la labor, el tiempo que se invierta en su ejecución, el sitio donde se realice así sea el domicilio del trabajador, la naturaleza de la remuneración, el sistema de pago u otras circunstancia cualquiera, ello en virtud del principio de primacía de la realidad (art. 3º ibídem y art. 53 C.P.).

Probatoriamente, incumbe a la parte que pretende la declaratoria de un contrato de trabajo demostrar la totalidad de los elementos que lo conforman. Mas sin embargo, como tal carga resulta excesiva, se dotó al trabajador de una presunción (art. 20 ibídem), en virtud de la cual, acreditada la prestación personal de un servicio a favor de una persona, se presumirá que tal relación se rige por un contrato de trabajo, invirtiendo los deberes probatorios, siendo ya, el presumido empleador, el encargado de desvirtuar tal suposición legal.

Sin embargo, no debe confundirse tal presunción con una liberación probatoria del trabajador, pues éste aún sigue ligado a sus deberes procesales de prueba, dado que tiene que llevarle al Juez los elementos necesarios para comprobar otros aspectos importantes de la relación, como por ejemplo, los mojones temporales en los cuales se desarrolló esa labor personal, la jornada suplementaria en la que se prestó el servicio, entre otros aspectos.

A parte de la presunción del artículo 20 del Decreto 2121 de 1945, principios como el de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por las partes -art. 53 superior-, amplían el cuadro de protección que la legislación le ha dispensado al trabajo humano que se preste dentro de la órbita del contrato de trabajo, de tal suerte que para la constatación de éste, sean más importantes los datos que arroje la realidad que se ofrece en el mundo de los hechos, que aquella que revelen los documentos o formas, de modo que, de lo que se trata es de descorrer ese velo o manto en que se pueda encubrir la relación, en orden a que la apariencia ceda y, se ponga de manifiesto la realidad que subyace o se oculta tras la manifestación de una voluntad vertida en papeles, que a la luz de los hechos no resulte sincera. Y, finalmente, acerca del cuidado de que en los excepcionalísimos eventos de intermediación laboral, no se distorsione la realidad frente a quien genuinamente deba responder como empleador (arts. 35-3 C.L.).

 En el sub-lite, no es objeto de controversia el hecho de que Carlos Andrés Tenorio González prestó sus servicios personales en favor de Multiservicios S.A., como auxiliar de lectura de contadores y entrega de facturación, con el encargo de examinar los medidores de energía, acueducto y gas domiciliario y entregar las facturas a los usuarios de los servicios públicos domiciliarios, y que dicha vinculación se dio a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado, pues así se colige no sólo de los documentos adosados al plenario, sino de las pruebas testimoniales y las afirmaciones contenidas en la contestación de la demanda de Multiservicios, obrante a folios 48 a 120.

El primer punto a desatar consiste entonces en determinar, si hay lugar a declarar la existencia del contrato de trabajo entre el actor y la empresa usuaria, para lo cual se torna necesario abordar el tema atinente a las CTA´S, dada la vinculación del actor con esa entidad.

En ese orden, suficientemente decantado se tiene por la jurisprudencia patria que la intermediación laboral a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, es una práctica indebida, por cuanto las Empresas de Servicios Temporales, son las únicas autorizadas para enviar trabajadores en misión a otras empresas, acorde con el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, y para los limitados eventos previstos en el art. 77 de la ley 50 de 1990, en los que evidentemente no encuadran las CTA.

Al respecto, el órgano de cierre de esta especialidad laboral ha precisado en varios de sus pronunciamientos que: “*las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden asumir el rol de las empresas de servicios temporales, por lo que les está vedado suministrar personal y servir de instrumento indebido para ocultar relaciones de trabajo subordinado*” (sentencia Radicación No. 36560 de 2013).

En el sub-lite, resulta inobjetable que la Cooperativa de Trabajo Asociado Cootratem, celebró con Multiservicios S.A. sendos contratos de prestación de servicios, cuyo objeto principal era el suministro de recurso humano para la ejecución del *“servicio de lectura de medidores, distribución de facturación e insertos y las demás actividades conexas con el proceso de facturación en los predios rurales y urbanos en el área de influencia de la empresa con personal con motocicleta (…)”*, ver folios 121 a146.

Así mismo, que era la empresa pseudo usuaria quien seleccionaba y ordenaba la vinculación del personal, suministraba los implementos, equipos e insumos que debían ser utilizados para la ejecución de la labor, ejercía poder subordinante sobre el personal contratado, pues daba órdenes e instrucciones a través de un supervisor o jefe inmediato, valoraba y determinaba la calidad y cantidad del servicio prestado, imponía horarios, evaluaba constantemente el desempeño de los trabajadores asociados, hacía llamados de atención por faltas disciplinarias, retardos, incumplimientos en la labor, inasistencia a reuniones, entre otros aspectos, sometiéndolos además al cumplimiento de políticas y normas internas de trabajo, propias de los empleados de planta.

Así lo manifestaron no sólo los deponentes citados a instancias de la parte actora, Guillermo Carvajal Muñoz y Fabián Villa Marín, sino también el señor Benicio Buriticá Castaño, en calidad de representante legal de la CTA accionada, quien aceptó que la empresa pseudo usuaria era quien ejercía subordinación sobre el personal vinculado a la cooperativa, a tal punto que el contrato de arrendamiento de vehículo de motocicleta que Cootratem realizaba con los trabajadores, fue un “invento de Multiservicios”, siendo la única función de la CTA el pago de la nómina a los trabajadores con el dinero que les giraba la empresa usuaria, pues lo demás era competencia de esta última.

De ahí que, la validez de esa modalidad de trabajo asociativo a través de la cual el actor prestó sus servicios a Multiservicios SA, se descarte de entrada ante el incumplimiento de las características básicas que rigen el cooperativismo, cuales son: autonomía administrativa, autogestión, y propiedad, tenencia o posesión de los medios de producción y puestos de trabajo en torno a una Cooperativa de Trabajo Asociado, como lo encontró acreditado la a-quo, pues claramente se demuestra que el vínculo cooperativo era meramente aparente y era la empresa pseudo usuaria la que realmente dirigía las labores, con un claro poder subordinante.

Por consiguiente, no queda duda en torno a que Multiservicios S.A. fungió como verdadero empleador del demandante, en tanto que, la participación o intervención de la CTA demandada, fue de simple intermediaria, motivo por el que desde ya que se anuncia que deberá responder solidariamente por las condenas que surjan de la relación de trabajo en mención, pro virtud de lo dispuesto en el artículo 35 del CST.

En cuanto a los extremos de la relación laboral, la Sala encuentra que contrario a lo determinado por la primera instancia, sí existe en el plenario material probatorio suficiente que permite fijarlos en forma aproximada, conforme a las pautas y parámetros jurisprudenciales que frente al tema ha sentado el órgano de cierre de esta especialidad laboral[[1]](#footnote-1) pues aunque no se lograron establecer con exactitud, tanto las pruebas testimoniales como las documentales indican un periodo de tiempo determinado que permite hacer una inferencia lógica de las mismos.

En cuanto al extremo inicial, los deponentes Benecio Buriticá Castaño y Guillermo Carvajal lo fijaron para el año 2003, sin concretar el día y mes, motivo por el cual se tendrá como fecha de iniciación de labores el último día del último mes de ese año, esto es, el 31 de diciembre de 2003, pues se tendría la convicción de que por lo menos ese día lo trabajó.

En cuanto al final, el deponente Fabián Villa Marín, adujo que cuando él dejó de laborar en Multiservicios, en el mes de noviembre de 2007, el demandante continuó vinculado en el año 2008, situación que se corrobora con las certificaciones de vinculación al sistema de seguridad social en salud y pensiones, expedidas por Cafesalud EPS y BBVA Pensiones y Cesantías, respectivamente, en las cuales se hace constar que la empresa intermediaria Cootratem CTA, efectuó el pago del último aporte en enero de 2009.

En consecuencia, se tomará como extremo final el peticionado en la demanda, esto es, el 31 de diciembre de 2008.

Superado lo anterior, paso obligado lo constituye el verificar la calidad de trabajador oficial que pudo ostentar el actor, al encontrarse prestando sus servicios en una sociedad de economía mixta. Para ello, es preciso determinar, por un lado, el componente orgánico, en orden a precisar la naturaleza de la institución a la que se prestó el servicio, y por el otro lado, el funcional, relativo a las tareas encomendadas al servidor.

Para ello, es menester recordar que con arreglo en el artículo 2º del Acuerdo 020 de 2004, del Consejo Municipal de Pereira, Multiservicios S.A. se transformó en una Sociedad de Economía Mixta del orden municipal con una participación accionaria pública de más del 90%, por lo que al tenor de lo preceptuado en el artículo 3º del Dto. 3130 de 1968, está sometido al régimen previsto para las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, y por ende, indefectiblemente sus servidores por regla general son trabajadores oficiales (artículo 5º Dto. 3135 de 1968 y 3º del Dto.1848 de 1969).

En ese orden, indubitable resulta que en el caso del demandante se reúne, tanto el componente orgánico como funcional, de trabajador oficial, en la medida en que desarrolló labores o actividades ajenas a las del personal directivo de confianza y manejo de la entidad empleadora.

Establecido lo anterior, se incursionará el análisis respecto de la fuente generadora de las acreencias laborales que puedan surgir del vínculo contractual que existió entre las partes, empezando por la convención colectiva de trabajo, celebrada por la demandada con su agremiación sindical, la cual fue aportada a folios 21 a 84 y que tiene la respectiva nota de depósito ante el Ministerio de la Protección Social.

Conforme al artículo 4º del texto convencional vigente al inicio de la relación laboral (2003-2004), adicionada mediante acta de acuerdo final (2005 a 2008), se tiene que el campo de aplicación son todos los contratos de trabajo individuales vigentes a la suscripción o los que en un futuro celebrase la empresa, por manera que es dable afirmar que el actor es beneficiario de las disposiciones allí contenidas, máxime cuando por disposición del artículo 471 del CST, dicho acuerdo convencional le es extensivo por contar la organización sindical Sintraemsdes con más de la tercera parte de los trabajadores de Multiservicios S.A., según certificación visible a folio 163 del cdno.1.

En este punto, vale la pena precisar que conforme al artículo 7º de la convención colectiva de trabajo en mención, no hay lugar a la acumulación de beneficios convencionales o legales en la misma materia, siendo procedente la aplicación del que resulte más favorable al trabajador.

Por consiguiente, se procederá a liquidar las prestaciones a que tiene derecho el actor, no sin antes analizar la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada.

Para tal efecto, al tenor de lo preceptuado en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L., las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben a los tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Conforme lo ha decantado suficientemente la jurisprudencia del órgano de cierre de la especialidad laboral, el término de prescripción se contabiliza desde el momento mismo en que cada prestación se hace exigible, y no desde la sentencia, pues esta es declarativa más no constitutiva de derechos, en cuanto que se limitan a declarar la existencia de hechos y actos anteriores a su proferimiento, que dieron nacimiento a consecuencias jurídicas desde su ocurrencia y que en todo caso preexisten a la decisión judicial, por lo tanto, el término de la prescripción de tales derechos, empieza a correr desde el momento mismo en que se hizo exigible cada uno de ellos (ver sentencia Sala de Casación Laboral del 12 de marzo de 2014, Radicado No. 44069, M.P. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas).

Con base en lo anterior, teniendo en cuenta que la relación laboral terminó el 31 de diciembre de 2008, y el actor elevó reclamación administrativa el 29 de julio de 2010 –fl.11- e inició la demanda el 22 de noviembre del mismo año –fl.10-, el fenómeno extintivo de la prescripción se declarará probado en forma parcial, respecto a las prestaciones causadas con antelación al 29 de julio de 2007.

 No obstante, dicho fenómeno extintivo no cobija la compensación de vacaciones, dado que este pago solo hace exigible una vez el trabajador termina su labor sin que hubiere disfrutado de sus vacaciones, tal como lo indica el literal b) del artículo 47 del Decreto 1848 de 1969[[2]](#footnote-2). Tampoco, el auxilio de cesantías ni los aportes a seguridad social en pensiones, dada la naturaleza de imprescriptible del derecho a la pensión.

Así las cosas, se procederá a liquidar lo correspondiente, tomando en consideración un salario equivalente al mínimo legal vigente, pues no se acreditó un monto superior.

* Nivelación salarial: se solicita en la demanda el reajuste entre el salario recibido por el actor y el que le hubiese correspondido en caso de haber sido tenido como trabajador de planta de Multiservicios S.A. Para ello es menester que militen elementos de prueba que permitan establecer en forma clara y concreta cuál es el cargo comparado y cual a comparar, con sus respectivas asignaciones y diferencias, siendo diáfano que el actor fungió en la lectura de medidores de energía y entrega de facturas y volantes a los usuarios, sin embargo, no obra tal comparación, dado que según certificación allegada por la misma entidad –fl.223-, el cargo de auxiliar de lectura nivel 4 grado 7, sólo existió en la hasta el mes de octubre del año 2000. Por ende, ninguna condena se emitirá por tal concepto.
* Incremento salarial: conforme el acta de acuerdo final de negociación de la Convención Colectiva de Trabajo, el demandante tiene derecho a un incremento salarial equivalente al IPC del año anterior más un punto, siempre que no sobrepase el 6.30%, por ende, el corresponde la suma de $469.312, tal cual se ilustra en la siguiente tabla:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **SALARIO DEVENGADO**  | **IPC**  |  | **SALARIO INCREMENTADO**  | **DIFERENCIA** | **TOTAL** |
| 2007 | $433.700 | 5,48 |  | $457.467 | $23.767 | $120.418 |
| 2008 | $461.500 | 6,30 |  | $490.575 | $29.075 | $348.894 |
|  | **TOTAL**  | **$469.312** |

* **Trabajo suplementario y recargos:** Respecto al reconocimiento de trabajo suplementario, recargos nocturnos, dominicales y festivos, que esta Corporación en reiteradas oportunidades, acogiendo el criterio de la jurisprudencia del órgano de cierre ordinario, es apremiante en exigir el máximo grado de despliegue probatorio, en orden a que no queden en meras afirmaciones los dichos de la parte interesada, dado que *“en tratándose de reclamaciones por los mencionados rubros, no puede entrar el administrador de justicia a hacer suposiciones o cálculos para liquidarlos, sino que, se debe contar en el proceso, se itera, con la prueba fidedigna y contundente respecto a la cantidad de horas trabajadas por fuera de la jornada legal de trabaj*o*”[[3]](#footnote-3).*

De ahí, que no es suficiente que el trabajador exponga que laboró en tiempo adicional, sino que debe acreditar que efectivamente lo hizo, exhibiendo la prueba que le permita al juez de manera contundente, concluir que trabajó por fuera de los topes mínimos señalados por el legislador, para así liquidar los guarismos correspondientes.

En el sub-examine, el demandante aduce que laboraba de 6 am a 9 pm todos los días de la semana, incluyendo domingos y festivos; y que dependiendo de la ruta que le fuera asignada para el desempeño de sus labores de lectura de medidores y entrega de facturación dependía su remuneración, la cual tenía como base un salario mínimo legal mensual vigente.

En orden a la comprobación del trabajo suplementario, recargos nocturnos, dominicales y festivos, la parte actora acudió a la prueba testimonial antes referida, no obstante, al hacer la respectiva valoración conforme a las reglas de la sana crítica, la Sala encuentra que no es posible establecer de manera concreta las jornadas en que el actor prestó sus servicios. Ello, por cuanto pese a que los deponentes que rindieron su declaración dentro del proceso, ratificaron que la jornada laboral del actor iniciaba a las seis de la mañana, también dieron cuenta de manera clara y contundente que el personal dedicado a las actividades de lectura de medidores y entrega de facturación, no tenían un horario de salida pre establecido o determinado, en tanto que, las rutas y cuentas que les asignaban eran siempre diferentes, unas más largas que otras, que variaban constantemente.

Luego entonces, teniendo en cuenta que la programación de los turnos y el número de cuentas era distinta cada mes, no es posible determinar cuántas horas al día dedicaba el trabajador a desarrollar las actividades encomendadas, por ende, no es posible impartir decisión favorable en este aspecto, pues se itera, no le es dable al operador judicial proferir condenas, a título de trabajo suplementario, basado en presunciones o simples suposiciones.

* **Dotación**: respecto de este punto, de entrada, la Sala dirá que no accederá a tal pedimento, toda vez que en el proceso quedó suficientemente acreditado que al demandante se le suministró la dotación de calzado y vestido de labor durante el tiempo que duró la relación laboral. Prueba de ello, es la confesión que hizo el promotor de esta Litis en el interrogatorio que absolvió, cuando indicó que Mutiservicios SA era quien le entregaba la dotación correspondiente para la ejecución de su labor, aunque precisara que tal situación sólo se presentó en los albores de la relación laboral, pues con posterioridad, únicamente continuó suministrándole pantalones y gorras marcados con el logo de la entidad. A propósito de esto último, contrario a lo manifestado por el actor, se cuenta con las declaraciones de Guillermo Carvajal Muñoz y Fabián Villa Marín, quienes refirieron al unísono que Multiservicios SA no sólo les suministró los elementos o herramientas de trabajo durante todo el vínculo laboral, sino que también cumplió su deber de entregar la dotación, consistente en uniformes de camisas, botas, pantalones y morrales.
* **Prima de servicios:** Establece el artículo 53 del Acuerdo Convencional que esta prestación se liquidará conforme lo establece el artículo 306 del C.S.T., por lo que el actor tiene derecho a la suma de $719.309, que corresponde a la prima del segundo semestre del año 2007 y la completa del año 2008.
* **Prima de navidad:** Establece el artículo 54 del Acuerdo Convencional que la empresa pagará a todos sus trabajadores como prima de navidad seis (6) días de salario, el 10 de diciembre de cada año. En ese orden, al actor le corresponde la suma de $189.608, por los años 2007 y 2008.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **SALARIO**  | **NO. DIAS**  | **VALOR PRIMA DE NAVIDAD** |
| 2007 | $457.467 | 6 | $91.493 |
| 2008 | $490.575 | 6 | $98115 |
| **TOTAL**  | **$189.608** |

* **Prima de antigüedad:** De conformidad con el artículo 56 convencional, los trabajadores que tengan entre cinco (5) u ocho (8) años acumulados de trabajo, de servicios continuos o discontinuos, una prima de 21 días de salario anualmente al momento de cumplir el tiempo de servicios. Por ende, el actor tiene derecho a $ 343.402.
* **Compensación de Vacaciones:** Con arreglo a lo dispuesto en los artículos 8º del Decreto 3135 de 1968, y 47 y 48 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, los trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio, y la posibilidad de acumular dos (2) periodos, debiendo en todo caso, disfrutarlos dentro del año siguiente. De modo que, al no haberse acreditado que el actor disfrutó de periodo vacacional alguno, lo procedente es acceder a la compensación de las vacaciones, en los términos del artículo 1º de la Ley 995 de 2005. Luego entonces el actor tiene derecho a la compensación de 5 periodos de vacaciones con base en el último salario devengado, condena que asciende a $1`226.436, que corresponde a 75 días de salario.
* **Prima de vacaciones:** El artículo 55 convencional señala que a partir del 1º de enero de 2003, la empresa cancelará como prima de navidad 44 días, entendido por cada periodo vacacional. Así las cosas, al actor tiene derecho a $ 1`363.317, correspondiente a los años 2007 y 2008, a salvo de la prescripción.
* **Auxilio de transporte:** El artículo 22 del Acuerdo Convencional señala que se otorgará a los trabajadores un auxilio de transporte para el 2003 y 2004 de $48.878 y $51.231, respectivamente que según el acta convencional, se irá incrementando conforme el IPC del año anterior para los años subsiguientes, siempre y cuando no supere el 6.3%. Por consiguiente, al demandante le asiste derecho a la suma de $1`052.377, conforme se explica en el siguiente cuadro:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  |  | **IPC** | **AUXILIO DE TRANSPORTE** | **MESES**  | **VALOR**  |
| 2007 |  | $4,48 | $59.313 | 5,06 | $300.123 |
| 2008 |  | $5,69 | $62.688 | 12,00 | $752.254 |
|  | **TOTAL**  | **$1.052.377** |

* **Cesantías retroactivas**: solicita el actor que se liquiden las cesantías retroactivamente durante todo el tiempo laborado, con fundamento en el canon 57 de la Convención Colectiva. No obstante, dicho articulado reguló lo atinente a la liquidación parcial de cesantías y no a la implementación de un sistema de retroactividad.

Por ende, teniendo en cuenta que el artículo 4º del Decreto 1919 de 2002, estableció que el régimen de prestaciones mínimas aplicable a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades descentralizadas de la Rama Ejecutiva de los niveles Departamental, Distrital y Municipal, será el consagrado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional; la liquidación de esta prestación se hará con base en lo dispuesto en los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 13 de la Ley 344 de 1996, así como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que reglamentó lo atinente a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantías, para lo cual indicó que debe atenderse no sólo la asignación básica mensual, sino también las primas de navidad, de servicios y de vacaciones, entre otros, que reciba el trabajador oficial o empleado público.

Por consiguiente, la condena por este concepto asciende a la suma de $2`229.012.

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO**  | **SALARIO BASE**  | **PRIMA DE VACACIONES** | **PRIMA DE SERVICIOS**  | **PRIMA DE NAVIDAD**  | **TOTAL**  |
| 2003 | $332.000 |   |  |  | $922 |
| 2004 | $358.000 |   |  |  | $358.000 |
| 2005 | $381.500 |   |  |  | $381.500 |
| 2006 | $408.000 |   |  |  | $408.000 |
| 2007 | $457.467 | $26.825 | $19.061 | $7.624 | $510.978 |
| 2008 | $490.575 | $29.980 | $40.881 | $8.176 | $569.613 |
| **TOTAL** |   | **$2.229.012** |

* **Intereses a las cesantías:** es viable esta pretensión, como quiera que indistintamente del fondo de administración de cesantías que el servidor hubiese elegido,  sea el Fondo Nacional del Ahorro o un fondo de cesantías privado, ambos sistemas contemplan el reconocimiento y pago de un intereses sobre el valor de las cesantías liquidadas que debían ser consignadas por el empleador. Por tal razón, se reconocerá un interés del 12 % anual o proporcional por fracción sobre el valor de las cesantías reconocidas, que se encuentran a salvo de la prescripción, por resultar más favorable que el interés equivalente al 60 % de la variación anual del IPC que consagra el artículo 12 de la Ley 432 de 1998. La condena por este concepto asciende a $94.243.
* **Indemnización por despido injusto:** sabido es que, el trabajador es el llamado a probar el hecho del despido, y su contraparte, a justificarlo con base en la demostración de uno cualquiera de los motivos legales de terminación, o de aquellas justas causas imputables al trabajador que lo habilitan para dar por finalizado el contrato laboral. En el sub-lite, se tiene que el demandante no probó el hecho del despido, puesto que ninguno de los declarantes citados a instancias suyas se pronunció acerca de la causa de la terminación del contrato. Por ende, se negará este pedimento.
* **Indemnizaciones moratorias:** En lo que toca con el reconocimiento y pago de las sanciones moratorias por la no consignación de las cesantías y, la falta de pago de las prestaciones sociales a la terminación del vínculo laboral, unánime es el criterio jurisprudencial, en torno que la misma no es inexorable ni automática, pues es menester el análisis de su componente subjetivo, en orden a auscultar en la conducta del obligado, las razones que lo impulsaron a no cancelar tales salarios o prestaciones sociales, y si las mismas son atendibles por estar revestidas de buena fe, procederá la exoneración de la condena.

En el sub-lite, dígase de una vez que tal escrutinio no favorece a Multiservicios SA, en orden a hallar visos de su buena fe, en virtud a que por el contrario, su manera de ocultar el contrato de trabajo, mediante el uso indebido de la CTA acá demandada, con el deliberado y reiterado propósito de defraudar los derechos económicos del trabajador, pone en evidencia su comportamiento alejado de la buena fe, y por ende, indigna de ser exonerada de esta indemnización moratoria.

 Así las cosas, resulta procedente la condena a título de indemnización moratoria de que trata el art. 1º del decreto 797 de 1949, la cual, respetando el periodo de gracia de 90 días a partir de la finalización del vínculo laboral, empiezan a correr a partir del 1º de abril de 2009, en cuantía de $16.352 diarios y hasta el 31 de octubre de 2012, calenda en que se decretó la apertura del proceso de disolución y liquidación de Multiservicios SA, según Acta No-004 de 2012, ver folio 340. Por consiguiente, la condena por este concepto asciende a $ 21`078.351.

En lo tocante con la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, se tiene conforme a la jurisprudencia del órgano de cierre de esta especialidad laboral, que la misma es improcedente, toda vez que la norma que la contempla -artículo 99 de la Ley 50/90-, se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales (ver sentencia SL 2051 de 2017). Por ende, se negará tal pedimento.

* Aportes a seguridad social en pensiones: teniendo en cuenta que es deber de los empleadores realizar los respectivos aportes a la seguridad social, acorde con la Ley 100 de 1993, artículo 17, 22 y 23, se impondrá a Multiservicios el pago de los aportes a pensión generados entre el 31 de diciembre de 2003 y el mes de abril de 2005, pues los causados con posterioridad hasta la finalización del contrato de trabajo, fueron materialmente objeto de pago por la Cooperativa de Trabajo Asociado que sirvió de intermediaria.

A lo que si no se accederá es a la devolución de los aportes efectuados por el trabajador, por cuanto, al tenor de la norma en cita, es también deber del afiliado contribuir en el porcentaje correspondiente al pago de los aportes al sistema de seguridad social.

* **Devolución de los dineros retenidos por concepto de retención en la fuente:** la Sala tampoco accederá a esta pretensión, como quiera que las sumas que eventualmente fueron objeto de retención, fueron entregadas directamente a la DIAN, y por ende, por tratarse de asuntos netamente tributarios, su reclamo procede por vía diferente al trámite del proceso ordinario laboral. De otra parte, carece de fundamento la pretensión de devolución o reintegro de los valores por concepto de póliza de seguros de cumplimiento, que aduce el demandante suscribió durante la relación laboral, pues no hay prueba de ello.
* **Indexación:** no se accederá a ella, por cuanto la indexación de los créditos laborales no cubiertos oportunamente por el empleador, sólo procede cuando no hay otro mecanismo de la compensación de los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento, como es la sanción moratoria a la cual se accedió.

Por virtud de lo expuesto, se revocará íntegramente la sentencia consultada, para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda en la forma establecida precedentemente.

Las costas de primera instancia estarán a cargo de las entidades demandadas, en partes iguales. En este grado, no se impondrán, dado que la sentencia se analizó en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

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,

***FALLA***

**Revocar**proferida el 2 de febrero de 2018 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira dentro del proceso de la referencia, para en su lugar:

1. **Declarar** que entre Carlos Andrés Tenorio González y Multiservicios S.A. hoy en liquidación, existió un contrato de trabajo desde el 31 de diciembre de 2003 y ese mismo día y mes del año 2008.
2. En consecuencia, **condenar** a Multiservicios S.A. hoy en liquidación a cancelar en favor del señor Carlos Andrés Tenorio González, las siguientes acreencias convencionales y legales, así: Incremento Salarial $469.312; Prima de servicios $719.309; Prima de Navidad $189.608; Prima de Antigüedad $343.402; Compensación de Vacaciones $1`226.436; Prima de Vacaciones $1`363.317; Auxilio de transporte $1`052.0377; Auxilio de Cesantías e intereses a los mismos $2`229.012 y $94.243., respectivamente; Aportes a pensión del periodo del 31 de diciembre de 2003 al mes de abril de 2005; Indemnización moratoria de la Ley 797 de 1949 calculada desde el 1º de abril de 2009 al 30 de octubre de 2012 la suma de $21`078.351, a razón de un día de salario equivalente a $16.352.
3. **Condenar** a la Cooperativa de Trabajo Asociado a responder solidariamente por las acreencias laborales impuestas a cargo de la sociedad Multiservicios S.A. en liquidación, y en favor del demandante.
4. **Declarar** parcialmente probada la excepción de prescripción de los créditos laborales susceptibles de dicho medio, causados con antelación al 29 de julio de 2007, salvo las cesantías, los aportes al sistema pensional y la compensación de vacaciones.
5. Las costas de primera instancia estarán a cargo de las entidades demandadas, en partes iguales. En este grado, no se impondrán, dado que la sentencia se analizó en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Notificación surtida **EN ESTRADOS.**

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada -Aclara voto-

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretario

1. Sentencia del 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, Sala Laboral CSJ [↑](#footnote-ref-1)
2. Sobre el tema se puede ver, entre otras, la providencia SL7915 de 2015 de la Sala de Casación Laboral. [↑](#footnote-ref-2)
3. *Sentencia del 12 de julio de 2013, radicado 2012-00168-01.* [↑](#footnote-ref-3)