

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA CIVIL - FAMILIA – LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN:	20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE:	HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO:	EMDUPAR S.A Y OTROS
DECISIÓN:	REVOCA SENTENCIA

Valledupar, siete (07) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por **HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO** contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar – Cesar, el 18 de febrero de 2022, dentro del proceso ordinario laboral que sigue a la **EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS – EMDUPAR S.A ESP** y **TEMPO EXPRESS S.A.S.**

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

Hermes Jesid Márquez Caballero, pretende se declare: *i)* que entre él y Emdupar S.A ESP existió un contrato de trabajo y, *ii)* que la empresa Tempo Express S.A.S es solidariamente responsable de todas las condenas que se impongan en el presente asunto.

En consecuencia, se condene a la parte demandada a reconocer y pagar *iii)* la reliquidación de prestaciones sociales de carácter legal tales como auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones y dotación, incluyendo todos los factores salariales y convencionales, *iv)* los beneficios convencionales tales como prima de antigüedad, prima semestral, bonificación de abril, bonificación de octubre, bonificación técnica, prima de salubridad, prima de alimentación, aguinaldo navideño, tarifa diferencial del servicio de agua, auxilio de

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

transporte y bonificación por firma de convención, correspondientes al periodo que va del 2 de febrero de 2015 al 30 de octubre de 2017, v) indemnización por no consignación de las cesantías, sanción moratoria, más las costas procesales.

2. FUNDAMENTOS DE HECHO

En síntesis, relatan los hechos de la demanda que, Hermes Jesid Márquez Caballero se vinculó laboralmente a Emdupar S.A ESP, con ocasión a contratos de prestación de servicios suscritos entre esta última y la empresa de servicios Temporales Tempo Express S.A.S, adicionados en múltiples oportunidades, desde el 2 de febrero de 2015 hasta el 30 de octubre de 2017.

Que, el actor desempeñaba el cargo de toma de lectura y repartidor de la facturación a los usuarios de Emdupar S.A ESP, cumpliendo un horario de trabajo, y atendiendo exclusivamente los servicios ordenados y exigidos por dicha empresa, con las herramientas y equipos de su propiedad.

Que, el actor es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo con vigencias 2012 – 2013, 2014- 2015 y 2016 -2017, suscritas entre Emdupar S.A ESP y el sindicato de trabajadores “SINTRAEMSDDES” Sub Directiva Valledupar, el cual tiene afiliado a la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa.

Que, a la finalización del contrato de trabajo, las accionadas procedieron a liquidar las prestaciones sociales de forma incorrecta e incompleta, así como tampoco cancelaron los beneficios convencionales correspondientes, ni se hizo la debida consignación de cesantías en un fondo.

3. ACTUACION PROCESAL

La demanda fue admitida mediante auto del 28 de junio de 2021, y una vez hecha la notificación de las demandadas, procedieron a dar respuesta en el término legal para ello.

Tempo Express S.A.S dio respuesta aclarando que entre ella y el actor existió un contrato por obra o labor determinada que inició el 3 de octubre

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

de 2016 y terminó el 30 de octubre de 2017, para la prestación del servicio encomendado por Emdupar S.A ESP, en virtud de los contratos de prestación de servicios profesionales suscritos para las actividades de toma de lectura a los medidores instalados en la ciudad de Valledupar y el reparto de facturas a los suscriptores de esa empresa, sin que nunca hubiese actuado como una empresa de servicios temporales.

Adujo que, mientras duró la relación comercial con Emdupar S.A ESP, actuó con autonomía técnica, administrativa y financiera, asumiendo todos los riesgos del encargo encomendado, características que lo hacen un verdadero contratista independiente y no un simple intermediario, ya que utilizó su propio personal, sus propias instalaciones, su propio método, identificó a los trabajadores que prestaron el servicio con sus propios uniformes y dio órdenes e instrucciones permanentes a sus trabajadores con autonomía absoluta.

Agregó que, pagó en debida forma las prestaciones sociales causadas en favor del actor, sin que adeude suma alguna por el lapso comprendido entre el 2 de febrero de 2015 y el 2 de octubre de 2016, puesto que, durante ese periodo no existió relación contractual alguna, además que, no tiene adscrito sindicatos ni ha suscrito convención colectiva de trabajo que establezcan beneficios convencionales a sus trabajadores.

En esos términos, se opuso al éxito de las pretensiones del libelo y, en su defensa, formuló las excepciones de mérito que denominó “*inexistencia de representación y solidaridad de Tempo Express S.A.S*”, “*prescripción*” y “*cobro de lo no debido*”.

Emdupar S.A ESP, indicó que no tuvo un vínculo laboral con el actor en los interregnos señalados, siendo su verdadero empleador Tempo Express S.A.S, tal como lo demuestran las pruebas documentales, por lo que tampoco es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita con el sindicato “SINTRAEMSDES”.

Expuso, además, que, revisados los archivos consta cuatro contratos de prestación de servicios con la demandada Tempo Express S.A.S, así: i) No. 004 del 16 de febrero de 2015, con prórroga por dos meses, ii) No. 010 del 12 de abril de 2016, con prórroga de dos meses 10 días y, iii) No. 028 del 14 de julio de 2017; 037 de fecha 08 de septiembre de 2017, los cuales

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

fueron liquidados por las partes, indicándose en el acta de liquidación que *“El contratista se encuentra a paz y salvo en las actividades realizadas en la ejecución del contrato y en la entrega de soportes de pago a EPS, Pensión y ARP”*.

Planteó las excepciones de mérito que denominó *“inexistencia de un vínculo laboral con la demandada Emdupar S.A E.S.P.”*, *“Inexistencia del vínculo laboral de carácter indefinido que se le imputa a Emdupar S.A. E.S.P.”*, *“prescripción”*, *“Inexistencia del derecho”*, *“buena fe”* y *“cobro de lo no debido”*.

A su vez, formuló llamamiento en garantía respecto de las aseguradoras Seguros del Estado S.A, Compañía Mundial de Seguros S.A y Confianza S.A, en virtud de las diferentes pólizas de cumplimiento constituidas con las mismas.

Luego de admitida la solicitud de llamamiento en garantía y notificadas las prenombradas entidades, procedieron a contestar el llamado en los siguientes términos.

La Compañía Aseguradora de Fianzas S.A – Confianza, se opuso a ser condenada a pagar cualquier suma de dinero al demandante, o a reembolsar suma alguna al llamante en garantía con cargo a la póliza de seguros No. 06 SP000890, puesto que ésta únicamente cubre aquellos eventos en los cuales el asegurado, esto es, Emdupar S.A ESP sea declarado solidariamente responsable de los salarios y prestaciones sociales adeudados por el tomador de la póliza que contrató a los trabajadores, en los términos del artículo 34 del CST y, en el presente asunto, lo que se pretende es que se declare aquella empresa como verdadero empleador del demandante y no como solidaria responsable, por lo que no es procedente la afectación de la póliza de cumplimiento, en consecuencia, debe ser absuelta por todo concepto.

La Compañía Mundial de Seguros S.A, afirmó que expidió la póliza No. GP 1009735 que amparaba los contratos de prestación de servicios No. 004 de 2015, con afectación del amparo de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, cuyo único asegurado es la sociedad Emdupar S.A ESP, sin que pueda realizar pago alguno por los diversos conceptos asegurados sin la previa existencia de la obligación del contratante o

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

asegurado, aunado a que, la eventual condena debe estar supeditada a la vigencia de la póliza, los amparos otorgados y límite del valor asegurado, dejando de lado las vacaciones, los beneficios extralegales como los solicitados en la demanda, y toda sanción incluyendo la moratoria, los cuales se encuentran excluidos del contrato de seguros.

Seguros del Estado S.A, señaló que entre Tempo Express S.A.S y Emdupar S.A., se suscribió el contrato de prestación de servicios n°. 028 del 14 de julio de 2017, el cual fue garantizado con la póliza de seguro de cumplimiento particular No. 37-45-101020887, figurando en calidad de asegurado la empresa Emdupar S.A, y cuyo objeto es *“garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento, el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales en desarrollo del contrato de colaboración empresarial No. 074 de 2015 (...)”*; sin embargo, se encuentra sujeta a las condiciones generales del contrato de seguros, así como las particulares que en su momento se suscribieron con el tomador.

Añadió que, el objeto del amparo de pago de salarios, prestaciones sociales legales e indemnizaciones laborales, solo cubre obligaciones laborales legales incumplidas por el contratista para con los trabajadores vinculados para ejecutar el contrato garantizado y, que, como consecuencia de ello, se imponga una condena de manera solidaria al asegurado, por lo que lo reclamado en la demanda no goza de cobertura bajo la póliza.

4. SENTENCIA APELADA

Concluyó el trámite de primera instancia mediante sentencia calendada 18 de febrero de 2022, donde se absolvió a la pasiva de todas las pretensiones de la demanda, y a las entidades llamadas en garantía de la solicitud del llamamiento; se declaró probada las excepciones de *“inexistencia de un vínculo laboral con la demandada Emdupar S.A. E.S.P”* e *“inexistencia de representación y solidaridad de Tempo Express S.A.S”* y; se impuso condena en costas a cargo del demandante.

Para adoptar tal determinación, el juez indicó que no fue aportada prueba documental alguna que permita evidenciar la relación laboral que alega el actor sostuvo con Emdupar S.A ESP, pues, solo existen unas relaciones de planilla en cuyo encabezado aparece el nombre de las

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN:	20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE:	HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO:	EMDUPAR S.A Y OTROS

demandadas, las cuales no tiene la eficacia demostrativa de la existencia del contrato de trabajo pretendido.

Que, por el contrario, con las documentales obrantes en el expediente, se comprueba que entre el actor y la accionada Tempo Express en los años 2016 y 2017 se suscribieron 3 contratos de trabajo por obra o labor determinada para realizar la toma de lectura a los medidores instalados en la ciudad de Valledupar y el reparto de facturas a los usuarios o suscriptores de Emdupar S.A ESP, y asimismo que entre las referidas empresas existieron sendos contratos de prestación de servicios para la ejecución de tales actividades.

A lo anterior agregó que, dentro del objeto social de Tempo Express se encuentra la prestación de servicios de toma de lectura de medidores de los servicios públicos, distribución de facturas, prestación del servicio de corte y conexión de los mismos y, con las testimoniales recaudadas no se logró demostrar que, desde el 2 de febrero de 2015 hasta el 30 de octubre de 2017, el actor haya prestado sus servicios personales en favor de quien convocó a juicio como empleadora; razones por las que negó la existencia de un contrato de trabajo y el restante de pretensiones del libelo.

5. RECURSO DE APELACION

La parte demandante presentó recurso de apelación, señalando que el juez omitió la obligación legal y constitucional de apreciar las pruebas como lo enseña la ley, por cuanto las testimoniales vertidas en el proceso son claras y contundentes al demostrar que efectivamente el verdadero y único empleador fue la empresa Emdupar S.A ESP, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre la formalidad, encontrándose acreditada la prestación personal del servicio, sumado a que el objeto principal de una entidad oficial no se puede tercerizar, correspondiendo las labores realizadas a una actividad inherente que pertenece al rol principal y misional de la referida empresa.

Aclaró que efectivamente se incurrió en un error en cuanto a los extremos temporales de la relación laboral, siendo en realidad desde el 3 de octubre de 2016 hasta el 30 de octubre de 2017, existiendo bajo la modalidad de un contrato de trabajo a término indefinido de conformidad con el precedente de la Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral.

6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término correspondiente, la parte demandante guardó silencio.

De su orilla, el vocero judicial de Emdupar reiteró que el demandante no le prestó sus servicios personales, ni recibió pagos u ordenes de ninguna índole por parte de la misma, teniendo en cuenta que el vínculo que pudo existir fue con Tempo Express SAS. Agregó, en cuanto a solidaridad, que no se aportó prueba del contrato entre ambas sociedades, por lo cual no es procedente dicha pretensión. Que aquella sociedad fue un contratista independiente que ejecutó una labor con total independencia administrativa, financiera y jurídica, siendo aquellas actividades extrañas al objeto social de la empresa de servicios públicos.

Por su parte, la Compañía Mundial de Seguros SA recordó que, de conformidad con la póliza correspondiente, el único amparo que puede llegar a ser afectado es el de salario, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales, sin que pueda entenderse incluidas las vacaciones y la sanción moratoria, que se encuentra excluida.

II. CONSIDERACIONES

El consabido presupuesto procesal de demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad procesal y competencia, se hallan cumplidos en el presente asunto, motivo por el cual, el proceso se ha desarrollado normalmente. Desde el punto de vista de la actuación tampoco se observa causal de nulidad que pueda invalidar el proceso, lo que obliga a adoptar una decisión de fondo.

La Sala resolverá el recurso de apelación en los precisos términos en que fue formulado, de conformidad con el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que modificó el artículo 66-A del CPTSS.

1. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes planteados, el problema jurídico puesto a consideración de esta Sala, se contrae en determinar si fue acertada o no la decisión del fallador de primera instancia de no declarar la

existencia del contrato de trabajo solicitado en la demanda, o si, por el contrario, debió hacerlo conforme a las pruebas allegadas al proceso.

2. TESIS DE LA SALA

Considera esta Colegiatura que fue desacertada la decisión adoptada por el sentenciador de primer grado, por cuanto, de conformidad con las pruebas testimoniales y documentales arrimadas al plenario, es posible colegir que Emdupar S.A ESP, actuó como verdadero empleador del actor, al haber ejercido actos de subordinación sobre él, fungiendo la empresa Tempo Express S.A.S como una simple intermediaria.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primera instancia para declarar la existencia del contrato de trabajo deprecado y, se condenará a la demandada empleadora a cancelar las acreencias laborales adeudadas, declarándose a Tempo Express S.A.S solidariamente responsable por las condenas impuestas, por encontrarse acreditado que participó en la relación como simple intermediaria.

Finalmente, se rechazará la viabilidad del llamamiento en garantía efectuado contra Seguros del Estado SA, Confianza S.A, Seguros del Estado S.A y Compañía Mundial de Seguros S.A, por no darse los presupuestos para la afectación de las pólizas tomadas con cada una de dichas entidades.

3. DESARROLLO DE LA TESIS:

3.1. Existencia del contrato de trabajo y sus extremos temporales

Atendiendo la naturaleza jurídica de Emdupar S.A ESP, empresa con la cual se pretende la existencia de un contrato de trabajo, debemos remitirnos al artículo 1º del Decreto 2127 de 1945 que define el contrato de trabajo como: "*La relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia, y este último a pagar a aquella cierta remuneración*".

Por su parte, el artículo 2º *ib.*, establece que para que se configure un contrato de trabajo se requiere que se reúnan tres elementos a saber: a) la

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

actividad personal, b) la subordinación y c) la retribución por los servicios prestados.

Ahora, señala el mismo Decreto en el artículo 3° que *"el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de labor, ni del tiempo que en su ejecución invierta, ni del sitio donde se realice, así sea en el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, ya sea en dinero, o en especie, o ya en simple enseñanza, ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera"*.

En ese sentido, el artículo 20 *Ibidem*, preceptúa que el contrato de trabajo se presume entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, correspondiéndole a este último desvirtuar la presunción. Desde luego, la prestación del servicio, y la remuneración mayor al mínimo legal son elementos cuya existencia debe probar el trabajador, y en igual sentido le incumbe acreditar los hitos temporales en los cuales se desarrolló la alegada relación de trabajo, no así, la continua subordinación que se presume, correspondiéndole a la parte convocada como empleadora la carga de la prueba, si pretende desconocer el contrato de trabajo, la carga de la prueba de puntuar que los servicios recibidos no fueron subordinados.

La Corte Suprema de Justicia, sobre el contrato de trabajo realidad, ha pregonado, que *«[...] El principio de la primacía de la realidad sobre las formas permite que los jueces dejen a un lado las formas convenidas por las partes de una relación contractual para darle prevalencia a lo que en verdad acreditan las condiciones bajo las cuales se desarrolla el negocio jurídico pactado. [...] (CSJ SL 1031-2023).*

Pues, *«[...] La ley es la que determina la calidad de empleado público o de trabajador oficial, no la voluntad de las partes, ni la forma de vinculación, ni el tratamiento que se le haya dado al trabajador [...]» (CSJ SL 1940-2023).*

Por ello, *«[...] Quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945. [...]» (CSJ SL 1389-2023); una vez, «[...] Acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación laboral; por lo tanto, corresponde*

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente [...]». (CSJ SL1365-2023); ese cometido no se logra, sí, «[...] Se encuentra acreditado que la demandante estuvo vinculada (...) bajo una relación subordinada y ostentando la calidad de trabajadora oficial, pues ejecutó sus funciones en las dependencias de la demandada de forma personal, debía solicitar permiso para ausentarse, cumplió horarios, recibió capacitaciones por parte de la entidad, quien además le suministró todas las herramientas necesarias para cumplir con lo pactado, percibió un pago mensual y atendía las instrucciones impuestas bajo subordinación. [...]» (CSJ SL1993-2023).

«[...] Cuando se reconoce la calidad de trabajador oficial judicialmente en virtud de la declaración de la existencia de un contrato de trabajo - contrato realidad-, se aplica la convención colectiva y la extensión de sus beneficios dado el carácter mayoritario del sindicato que la suscribe [...] (CSJ SL1007 -2023); y, si ello, «se declara (...) mediante sentencia judicial - contrato realidad-, cualquier pacto realizado por las partes es ineficaz, aún si se ha efectuado con la anuencia expresa del trabajador -a falta de uno de los requisitos del acto propio, no es dable pregonar su desconocimiento-» (CSJ SL1007-2023).

4. CASO CONCRETO.

Sobre la prestación personal de servicios del trabajador se advierte que formalmente el actor suscribió tres contratos de trabajo por obra o labor determinada con la empresa Tempo Express S.A (Visibles a págs. 26 a 40 de la demanda digital) de fechas 3 de octubre de 2016, 1° de agosto y 1° de octubre de 2017, cuyo objeto era: *“la realización de aproximadamente (...) operaciones por parte del trabajador entre tomas de lectura de medidores, y reparto de facturas a los suscriptores de la empresa de servicios públicos de Valledupar – EMDUPAR S.A ESP.”*

Asimismo, a pág. 41 *ib.* obra certificación, que indica que el accionante estuvo vinculo en los siguientes extremos temporales, *i)* desde el 3 de octubre de 2016 hasta el 30 de julio de 2017, *ii)* a partir del 1° de agosto de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2017 y, *iii)* entre el 1° y el 30 de octubre de 2017. A pág. 50, 51 y 52 milita documentos contentivos de liquidación de contrato de trabajo.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

Lo anterior resulta concordante con los contratos de prestación de servicios profesionales suscritos entre Emdupar S.A ESP en calidad de contratante, y Tempo Express S.A.S como contratista, para “*la prestación de servicios para las actividades de toma de lectura a los medidores instalados en la ciudad de Valledupar y el reparto de facturas a los suscriptores de la empresa de servicios públicos de Valledupar, EMDUPAR S.A ESP*”: i) n°. 004 del 16 de febrero de 2015 con plazo de 10 meses y prórroga con plazo de 2 meses (págs. 63 a 69), ii) n°. 010 del 11 de abril de 2016 con plazo de 11 meses y prórroga adicional n°. 01 de 2 meses y 10 días y n°. 02 de 30 días (págs. 70 a 81), iii) 028 del 14 de julio de 2017 con plazo de 30 días (págs. 82 a 87) y, iv) n°. 037 del 8 de septiembre de 2017 con plazo de 2 meses (págs. 88 a 91).

Sobre el punto en estudio, se recepcionó el testimonio de la señora Linelis Castrillo Moreno a petición de la demandada Tempo Express S.A.S y, los de Alfredo Enrique Suarez Barbosa, Eberto Alfaro Orozco y Alex Miguel Camacho Porras por la parte activa.

Linelis Castrillo Moreno dijo encontrarse laborando para la empresa Tempo Express S.A.S y, que las funciones que tenía el actor era la toma de lectura de los medidores del servicio público del agua, *en cumplimiento de un horario de trabajo*, cuya medición era ingresada a un dispositivo móvil, sin embargo, no tiene conocimiento de quien suministraba dicho elemento.

Agregó que, el accionante recibía órdenes y, estaba bajo la autoridad y supervisión del señor Lenin Arias, supervisor de la empresa, a quien se le reportaban las novedades y anomalías y, se le entregaba la información de medición para la impresión de las facturas; que, luego de llegada la facturación, ésta era entregada en la oficina -Tempo Express- para ser suministradas a los usuarios de Emdupar S.A ESP;

En contraste con la anterior declaración, se encuentran los testigos Alfredo Enrique Suarez Barbosa, Eberto Alfaro Orozco y Alex Miguel Camacho, quienes dijeron ser compañeros de trabajo del actor, y conocerlo desde comienzos octubre de 2016 hasta octubre de 2017, los cuales expusieron las siguientes versiones bajo su propia experiencia laboral:

Alfredo Enrique Suarez Barbosa, inició relatando que conoció a Hermes Jesid, cuando Emdupar S.A ESP retiró a uno de los trabajadores

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

que realizaba la función de toma de lectura y reparto de factura, llamándolo a él para reemplazarlo.

Refirió que, el accionante fue enviado por Emdupar S.A ESP para ser contratado a través de Tempo Express y desempeñar las funciones propias de aquella empresa, donde cumplían *un horario de trabajo* de lunes a viernes de 7: 00am a 12m / 2:00pm a 5 pm de lunes a viernes y, sábados de 8:00am a 12:00m, *impuesto* por el departamento de facturación de la empresa Emdupar S.A ESP y, su jefe inmediato era el señor Carlos Mario Benedetti (trabajador de la misma empresa como analista del proceso de lectura y reparto), quien les entregaba el trabajo y daba las *órdenes e instrucciones*.

Adicionó que, Emdupar S.A les *suministraba* un aparato llamado PDA, donde se almacena toda la información para el proceso de lectura, además de los elementos como el palustre, destornillador y aceite; dotación, maletín y una gorra para el reparto de facturas.

Por otro lado, cuando se le preguntó por el señor Lenin Arias (supervisor mencionado por la declarante Linelis Castrillo) dijo que lo conocía desde hace 15 años atrás y que coincidía con él, pero no era quien daba las ordenes en el trabajo.

Eberto Alfaro Orozco, igualmente afirmó que el actor cumplía un *horario* de trabajo de lunes a viernes de 7: 00am a 12m / 2:00pm a 5 pm de lunes a viernes y, sábados de 7:00am a 12:00m para la realización de las actividades referidas, y las *ordenes* las impartía Carlos Mario Benedetti, trabajador de Emdupar S.A y jefe inmediato en el área comercial, quien hacía los llamados de atención y, supervisaba la labor en la hora y tiempo asignado. Asimismo, que, está empresa era quien suministraba los usuarios, facturación y el cronograma respectivo.

Frente al señor Lenin Arias, narró que lo conoce desde tiempo atrás (año 1996 – 1997), mismo que en una ocasión le comunicó que trabajaba para Tempo Express como mensajero o supervisor, sin embargo, no era posible que fuera el supervisor de ellos, porque *laboraban* para Emdupar S.A ESP.

Por último, el deponente **Alex Miguel Camacho Porras** también dijo que el horario de trabajo y las ordenes eran dadas por el departamento

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

comercial de facturación, tanto en la eventualidad de lectura y reparto, a través de Carlos Mario Benedetti; además que, el accionante era citado a reuniones y se le hacían los *llamados de atención*, en ocasiones, debido a reclamaciones de los usuarios por la mala lectura.

Expuso el testigo, que las *herramientas* de trabajo eran de Emdupar S.A ESP, quien entregaba un PDA para recoger la lectura del día y, que Tempo Express no tenía oficina, sede, ni funcionarios en dicha empresa, al igual que lo manifestó el testigo anterior.

Conforme lo visto, claramente se advierte que existen dos versiones sobre la forma como se ejecutó la relación laboral, una que apunta a que la empleadora fue Tempo Express (Linelis Castrillo Moreno), y los restantes testigos, que lo fue Emdupar SA ESP. Se inclina la Sala por las últimas versiones, por ser más congruentes y describir con certeza las circunstancias de tiempo, modo y lugar como se prestó el servicio personal, se ejerció el control directo sobre las actividades del demandante, quien suministró las herramientas de trabajo, desde que área se ejerció la subordinación del trabajador, que funcionario operó como superior jerárquico; y, describieron que las labores desempeñadas por el trabajador fueron las misionales de la convocada principal, consistente en la lectura de medición y lo relacionado con el reparto de facturas a usuarios o suscriptores.

En tal orden, es preciso indicar que no hubo labor probatoria para derruir la presunción de existencia del contrato de trabajo celebrado entre Hermes Jesid Márquez Caballero y la Empresa de servicios públicos domiciliarios – Emdupar S.A ESP, habiendo actuado Tempo Express S.A como una simple intermediaria, porque las labores que presuntamente contrató para ser ejecutadas por el actor no las controló, ni subordinó, ni las adelantó con autonomía técnica y administrativa, ni asumió los riesgos de su realización con sus propios medios.

En cuanto a los extremos temporales de la relación laboral que unió a las partes, si bien en el libelo se manifiesta que el contrato de trabajo de trabajo se extendió desde el 2 de febrero de 2015 hasta el 30 de octubre de 2017, de acuerdo con las pruebas documentales consistentes en contratos de trabajo, certificaciones laborales y liquidación final, así como con las

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

testimoniales ya vistas, se puede establecer con claridad que en realidad inició el 3 de octubre de 2016 y terminó el 30 de octubre de 2017, corroborado por el abogado disiente en su recurso de alzada, así se declarará.

En consecuencia, se revocará en su integridad la decisión de primer grado, para, en su lugar, declarar la existencia de contrato de trabajo entre el demandante y Emdupar S.A ESP, a partir del 3 de octubre de 2016 y hasta el 30 de octubre de 2017 y a Tempo Express S.A., como intermediario de mala fe, pues no obra con lealtad con lealtad y buena fe quien se presta para simular el verdadero el empleador para defraudar los intereses del prestador del servicio.

4.1. De los beneficios convencionales reclamados

Solicita el actor, el reconocimiento de los beneficios convencionales tales como prima de antigüedad, prima semestral, bonificación de abril, bonificación de octubre, bonificación técnica, prima de salubridad, prima de alimentación, aguinaldo navideño, tarifa diferencial del servicio de agua, auxilio de transporte y bonificación por firma de convención.

Al respecto, no es materia de discusión que el sindicato “SINTRAEMSDDES” Subdirectiva Valledupar, y Emdupar S.A ESP suscribieron convención colectiva de trabajo para las vigencias 2016 y 2017 (visible a págs. 21 a 49 “02DemandayPoderLibro 30-06-2021.pdf”). Tampoco es controvertido el hecho que, el sindicato tiene afiliados a más de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, tal como lo consigna la certificación emitida por el jefe de Gestión Humana de la aludida empresa, visible a pág. 92 “01DemandayPoderLibro 1.pdf” y; que cuenta con nota de depósito del Ministerio de Trabajo, al haber sido un hecho admitido por la demandada en su contestación.

En ese sentido, no existe ninguna duda que el actor es beneficiario de la convención colectiva de trabajo vigente para los años 2016 – 2017.

De cara a los beneficios extralegales solicitados, luego de verificada la norma convencional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 57 - PRIMAS-, se observa que el actor no cumple siquiera con el tiempo mínimo de servicios para hacerse beneficiario de la prima de antigüedad reclamada,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

que los son 5 años. Ni tampoco acreditó ser acreedor de la prima de salubridad, la cual es otorgada a los trabajadores de red de alcantarillado y laguna de oxidación, planta de tratamiento y taller de medidores, aseo de oficinas y red de acueducto. Ni la de alimentación, que es pagada a los trabajadores de la planta de tratamiento, celadores, laguna de oxidación y los que vivan fuera de la ciudad de Valledupar; labores desplegada por el actor.

Po su parte, de conformidad con el artículo 58 *ib.* -**BONIFICACIONES**, se avizora que no acredita las condiciones fácticas requeridas para la bonificación por firma de la convención colectiva aplicable a los trabajadores afiliados al sindicato; ni la bonificación tecnólogos y profesionales, que lo son haber logrado un título de esa categoría en universidades debidamente reconocida y acreditada ante el Icfes, con esfuerzos propios o con auxilio de Emdupar S.A ESP.

Al actor tampoco le asiste el derecho de Aguinaldo, porque es concedido a los hijos de los trabajadores (art. 31); a la tarifa diferencial del agua (art. 28), al no demostrar que es propietario o poseedor material del inmueble que habita, ni al auxilio de transporte (art. 20), dado que no probó que no hiciera uso del medio de transporte suministrado por la Empresa.

Ahora, caso distinto sucede con la prima semestral, y las bonificaciones de abril y de octubre, frente a las cuales, si cumple con las condiciones fácticas para su reconocimiento, por lo que procede la Sala a realizar las operaciones matemáticas respectivas, teniendo en cuenta que el trabajador devengaba la suma de un salario mínimo, adeudándose por cada una de ellas, las siguientes sumas de dinero por el periodo comprendido entre el 3 de octubre de 2016 y el 30 de octubre de 2017:

- Prima semestral: **\$835.399**
- Bonificación de abril: **\$515.981**
- Bonificación de octubre: **\$515.981**

4.2. De la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones

Prevé el artículo 51 de la norma convencional, que constituye factor salarial para liquidar las cesantías, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones: “*sueldo, horas extras, dominicales y festivos, recargo*

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

nocturno, prima de navidad, prima semestral, bonificaciones d abril y octubre, vacaciones, prima de vacaciones, prima de antigüedad, cuando constituya factor salarial, viáticos, auxilio de transporte y prima de alimentación”.

Definido lo anterior, procede la Sala a liquidar las acreencias laborales adeudadas, así:

Año 2016

- Auxilio de cesantías: **\$196.738**
- Intereses sobre las cesantías: **\$5.770**
- Prima de navidad: **\$111.078**

Año 2017

- Auxilio de cesantías: **\$932.690**
- Intereses sobre las cesantías: **\$93.269**
- Prima de navidad: **\$898.091**
- Vacaciones: **\$540.436**
- Prima de vacaciones: **\$851.768**

Para efectos de la liquidación se empleó como Salario Base de Liquidación el devengado por el actor consistente en el mínimo legal vigente para la época de los hechos.

Ahora, verificado el expediente, obran 3 liquidaciones por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, de conformidad con los siguientes periodos y sumas de dinero: *i)* 2016-10-03 / 2017-07-30 para un total de **\$886.171** por dichos rublos; *ii)* 2017-08-01 / 2017-09-30: **\$337.832** y; *iii)* 2017-10-01 / 2017-10-30 para un total de **\$168.232**. Cuyos pagos fueron realizados por la empresa Tempo Express S.A.S en favor del accionante y, no fueron materia de discusión en esta litis, por lo que resultan valederos y se descontarán de la obligación laboral insoluta.

En consecuencia, se advierte que la accionada Emdupar S.A ESP adeuda por concepto de beneficios convencionales, prestaciones sociales y vacaciones, la suma total de **\$4.104.966**.

3.4. Indemnización contenida en el artículo 1 de la Ley 797 de 1949

En este punto se destaca que resulta procedente fulminar condena por este concepto, pues al igual que la contenida en el artículo 65 del CST, su imposición no es automática una vez se verifica el impago de las prestaciones sociales, sino que debe acompañarse de un análisis frente a la conducta desplegada por el empleador público¹.

En el presente asunto, no existe prueba en el plenario que demuestre un actuar de buena fe del ente demandado, pues recurrió a la figura del contratista independiente para ocultar una verdadera relación laboral, pues si se vislumbraba la necesidad de contar con una persona para el cumplimiento de funciones propias del objeto institucional de la entidad, el camino idóneo para solucionar tal contingencia, era realizar una vinculación directa del trabajador y no recurrir a otras figuras legales que conlleven a inferir un ánimo en la entidad de librarse de las cargas prestacionales, máxime que, en el presente caso se demostró que el actor siempre estuvo sometido a las órdenes de su empleador.

De cara al término de imposición, el empleador oficial tiene de noventa días calendario para el pago de las prestaciones, salarios e indemnizaciones, este plazo de gracia comienza a contarse a partir del día siguiente a la terminación del contrato, que lo fue el 30 de octubre de 2017.

En cuanto a la forma como debe contabilizarse para que se genere la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones, corresponde a días calendario, tal como lo adujo nuestro órgano de cierre en lo ordinario, al considerar que en el derecho del trabajo existe la particularidad de que el contrato de trabajo se ejecuta día a día, desde la fecha de su suscripción hasta aquella de su finalización. (*Ver sentencia radicación 74084 del 20 de febrero de 2019*).

Se condenará entonces a demandada empleadora, al pago de la indemnización moratoria que establece el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, que consiste en la suma diaria de **(\$24.590)**, a partir del 1° de febrero de 2018 hasta que se verifique el pago total de las acreencias laborales.

¹ CSJ SL 2614-2021.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

3.5. Responsabilidad solidaria del simple intermediario

En cuanto a la responsabilidad solidaria en cabeza de Tempo Express S.A.S, no cabe duda que conforme al artículo 35 del CST, le asiste la razón al demandante, toda vez que, conforme lo trasegado, verifica la Sala claramente que el actuar de dicha empresa fue el de una simple intermediaria, para lo cual es claro que no esta llamada actuar, por tanto, le corresponde responder solidariamente por las condenas impuestas a Emdupar S.A ESP.

3.6. Llamamiento en garantía

En vista de las anteriores determinaciones, es necesario que la Sala emita pronunciamiento respecto de los efectos del llamamiento en garantía efectuado por Emdupar S.A respecto de las aseguradoras Seguros del Estado S.A, Compañía Mundial de Seguros y Confianza S.A, y las excepciones de mérito propuestas por éstas.

Respecto a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A – Confianza, aparece copia de la póliza n° SP000890, tomada por Tempo Express S.A.S, la cual tiene como asegurado o beneficiario a Emdupar S.A, y fue suscrita para garantizar “*el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato no.010 de fecha 12 de abril de 2016, relacionado con la prestación de servicios para las actividades de toma de lectura a los medidores instalados en la ciudad de Valledupar y el reparto de facturas a los suscriptores de la empresa de servicios públicos de Valledupar, Emdupar SA.ESP.*”. La vigencia de esta póliza con adiciones y modificaciones, inició el 12 de abril de 2016 y finalizó el 21 de junio de 2020.

Ahora, en las condiciones generales de la póliza, concretamente en el numeral 1.5 se estableció que: “*el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones el amparo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que hace referencia el artículo 64 del código sustantivo de trabajo, cubre a las empresas de servicios públicos contratantes contra el riesgo de incumplimiento de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista, únicamente relacionadas con el personal empleado para la ejecución del contrato amparado en la póliza, en los casos en los cuales pueda predicarse de la empresa de servicios públicos la solidaridad patronal a la que hace referencia el artículo 34 del código sustantivo de*

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

trabajo y se otorga bajo la garantía de que la empresa de servicios públicos ha verificado que el contratista se encuentra cumpliendo con sus obligaciones patronales relativas al sistema integral de seguridad social del que trata la ley 100 de 1993”.

En ese sentido, para que se active el amparo del contrato de seguros debe estructurarse la responsabilidad solidaria prevista en el artículo 34 del CST, en cabeza de Emdupar S.A ESP, situación que como se dijo en precedencia, no ocurre en este caso, al resultar la mencionada empresa como verdadero empleador del actor, por lo que no surge para la llamada en garantía la obligación de responder por las cargas impuestas.

Misma situación que ocurre frente a Seguros del Estado S.A, advirtiéndose póliza n° 75-45-101032642, donde figura como tomador Tempo Express y asegurado Emdupar S.A, para “*garantizar el pago de los perjuicios derivados por el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte del afianzado, mediante contrato No. 037 que tiene como objeto prestación de servicios para las actividades de toma de lectura a los medidores instalados en la ciudad de Valledupar y el reparto de facturas a los suscriptores de la empresa de servicios públicos de Valledupar, Emdupar SA.E.S.P.*”; con vigencia para amparo de salarios y prestaciones sociales desde 08/09/2017 hasta 08/12/2020. Respecto a la Compañía Mundial de Seguros, registra póliza n°. CG-1009735, para “*garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de servicio, cuyo objeto es la prestación de servicios para las actividades de toma de lectura a los medidores instalados en la ciudad de Valledupar y el reparto de facturas a los suscriptores de la empresa de servicios públicos de Valledupar*”.

Ambas aseguradoras, en las condiciones generales de la póliza, igualmente prevén “*pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones. - por medio de la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, las entidades contratantes se precaven contra el riesgo de incumplimiento de las obligaciones laborales a que está obligado el contratista, relacionadas con el personal utilizado para la ejecución del contrato*”. Por tanto, para que se vean afectadas, se debe partir de un incumplimiento en el pago de los emolumentos laborales a cargo de Tempo

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

Express, y frente a los cuales resulten solidariamente responsable la asegurada, esto es, Emdupar S.A ESP en calidad de beneficiaria de la obra.

Conforme lo expuesto, se absolverá a Seguros del Estado S.A, Compañía Mundial de Seguros S.A y Confianza S.A, de las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por Emdupar S.A ESP.

En suma, se declararán probadas las excepciones “ausencia de cobertura de prestaciones consagradas en convenciones o pactos colectivos”, ausencia de cobertura de las pólizas de cumplimiento particular no. 75-45-101032191 y no. 37-45-101032642 dado que no ampara salarios y prestaciones incumplidos por el asegurado con sus trabajadores directos.” y “ausencia de cobertura de las pólizas de cumplimiento particular no. GP 1009735 dado que no ampara salarios y prestaciones incumplidos por el asegurado con sus trabajadores directos”, propuestas por Confianza S.A, Seguros del Estado S.A y Compañía Mundial de Seguros.

Con todo lo dicho, la sentencia acusada será revocada totalmente y, en su lugar, se declarará la existencia del contrato de trabajo y se impondrán las condenas aquí dispuestas, declarando responsable solidariamente a la llamada en esa calidad, y absolviendo a las entidades llamadas en garantía de las pretensiones del llamado incoado. Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad del recurso.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, Sala Civil Familia Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de febrero de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Valledupar, conforme a las consideraciones aquí expuestas y, en su lugar, declarar que entre Hermes Jesid Márquez Caballero y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios – EMDUPAR S.A ESP, existió un contrato de trabajo, desde el 3 de octubre de 2016 hasta el 30 de octubre de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada EMDUPAR S.A ESP, a pagarle al actor, la suma total de \$4.104.966, por concepto de beneficios convencionales, prestaciones sociales y vacaciones.

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
RADICACIÓN: 20001-31-05-004-2021-00129-01
DEMANDANTE: HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
DEMANDADO: EMDUPAR S.A Y OTROS

TERCERO: CONDENAR a EMDUPAR S.A ESP, al pago de la indemnización moratoria que establece el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, consistente en la suma diaria de \$24.590, a partir del 1° de febrero de 2018 hasta que se verifique el pago total de las obligaciones laborales.

CUARTO: DECLARAR a la empresa TEMPO EXPRESS S.A.S, solidariamente responsable por las condenas impuestas a Emdupar S.A ESP.

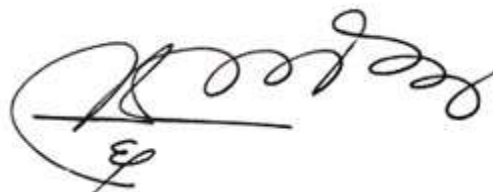
QUINTO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito de “ausencia de cobertura de prestaciones consagradas en convenciones o pactos colectivos”, ausencia de cobertura de las pólizas de cumplimiento particular no. 75-45-101032191 y no. 37-45-101032642 dado que no ampara salarios y prestaciones incumplidos por el asegurado con sus trabajadores directos.” y “ausencia de cobertura de las pólizas de cumplimiento particular no. GP 1009735 dado que no ampara salarios y prestaciones incumplidos por el asegurado con sus trabajadores directos”, propuestas por las llamadas en garantía Confianza S.A, Seguros del Estado S.A y Compañía Mundial de Seguros.

SEXTO: ABSOLVER a las llamadas en garantía, Seguros del Estado S.A, Compañía Mundial de Seguros y Confianza S.A, de las pretensiones del llamamiento en garantía formulado por Emdupar S.A ESP, de conformidad con lo aquí expuesto.

SEPTIMO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia estarán a cargo de Emdupar S.A ESP y Tempo Express S.A.S.

OCTAVO: En firme esta decisión, vuelva el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ
Magistrado Ponente

PROCESO:
RADICACIÓN:
DEMANDANTE:
DEMANDADO:

ORDINARIO LABORAL
20001-31-05-004-2021-00129-01
HERMES JESID MARQUEZ CABALLERO
EMDUPAR S.A Y OTROS



EDUARDO JOSÉ CABELLO ARZUAGA
Magistrado



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado