El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Corporación.

**Providencia :** Sentencia del 27 de octubre de 2015

**Radicación No. :** 66001-31-05-001-2014-00045-00

**Proceso :** Ordinario laboral

**Demandante :** Franklin Antonio Herrera Guarín

**Demandado :** Municipio de Pereira-Risaralda

**Juzgado :** Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira

**M.P. :** Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema : PREVALENCIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS EN AQUELLOS CASOS EN QUE EL CONTRATISTA DE UNA ENTIDAD PÚBLICA RECLAMA ANTE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA, EN SU ESPECIALIDAD LABORAL, LOS DERECHOS DERIVADOS DE LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN LABORAL:** conviene precisar que en todos los eventos en que se demuestre que las tareas desarrolladas por el contratista son equiparables a las de un empleado público, la jurisdicción ordinaria no sería la competente para fallar de fondo el asunto, puesto la competencia recaería en la jurisdicción contenciosa administrativa; no obstante, al no ser este un asunto de puro derecho, tal circunstancia fáctica deberá quedar plenamente acreditada en el proceso, bien sea por la demostración documental de la existencia del cargo de “celador” en la planta de personal de la entidad pública, ora porque los hechos acreditados permitan concluir sin equívocos que el rol laboral del prestador de servicios en poco o nada está relacionado con los quehaceres inherentes a la construcción y sostenimiento de obras públicas. (…) La declaración judicial de la relación laboral lleva ínsita la concerniente al vínculo legal que debe ostentar la persona, vale decir, trabajador particular, trabajador oficial o empleado público. Al efecto, conviene recordar que al respecto de los trabajadores oficiales, sostiene la Corte Suprema de Justicia que dicha condición no puede limitarse a los trabajadores que cumplen labores materiales sino que se extiende, en algunos casos, al que desempeñe funciones administrativas e intelectuales. (Ha señalado la Corte) *respecto del término "construcción y sostenimiento de obra pública", en primer lugar, habrá de analizarse con referencia a cada caso en que se discuta la incidencia del mismo y, en segundo término, ha de entenderse dentro de la mayor amplitud conceptual, que abarque toda aquella actividad que le resulta inherente tanto en lo relacionado con la fabricación de la obra, como en lo que implique mantenerla en condiciones aptas de ser utilizada para sus fines, como obra pública que es. Es por ello que en ese concepto va involucrado el montaje e instalación, la remodelación, ampliación, mejora, conservación, restauración y mantenimiento*

#### **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

#### **SALA LABORAL**

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Octubre 27 de 2015)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

 Siendo las 02:00 p.m. de hoy, martes 27 de octubre de 2015, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Franklin Antonio Herrera** en contra del **Municipio de Pereira-Risaralda.**

 Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Parte demandante… Parte demandada…

**Alegatos de conclusión**

 Con fundamento en el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Parte demandante… Parte demandada…

 **SENTENCIA:**

 Como quiera que los argumentos expuestos por las partes se han tenido en cuenta en la discusión del proyecto, procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado judicial de la parte actora respecto de la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 2 de octubre de 2014.

1. **Planteamiento del problema jurídico**

El asunto puesto en conocimiento de la justicia ordinaria laboral plantea para esta sede de apelaciones los siguientes interrogantes:

- ¿Opera el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, incluso en aquellos eventos en que el empleador es una entidad pública, para el presente caso, una entidad territorial del orden local?

- ¿Cuándo quien demanda alega la calidad de trabajador oficial de una entidad pública y en el curso del proceso no se demuestra cabalmente que tiene, ha tenido o tenía tal investidura, debe la jurisdicción laboral absolver a la entidad pública demandada?

1. **La demanda y su contestación**

 El demandante solicita que se declare que entre él y el Municipio de Pereira existió un verdadero contrato de trabajo escrito a término fijo con el fin de que se desempeñara como vigilante o portero en el establecimiento educativo “Escuela La Palabra” durante los años 2008 y 2009; en consecuencia, pide que se condene a la entidad demandada a reconocer y pagar a su favor, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, las siguientes sumas de dinero:

* **Por prima de servicio**, $1.773.250;
* **Cesantías**, $1.703.791.
* **Intereses a las cesantías**, $933.029;
* **Vacaciones**, $851.895,
* **Descuentos por retención en la fuente** (6% anual sobre ingresos anuales), $1.117.971;
* **Descuentos por estampillas en el año 2009**, $97.526,
* **Descuentos por “Trámites R”**, $1.560.000,
* **Descuentos por “Seis Negocios”**, $1.060.130;
* **Aportes a pensión 2008 y 2009**, $169.400,
* **Aportes a salud 2008 y 2009**, $1.317.943,
* **Aportes a Riesgos Profesionales febrero y marzo de 2008**, $15.925;
* **Indemnización moratoria por los primeros 24 meses posterioresa la finalización del contrato**, $21.279.000;
* **Indemnización moratoria a manera de intereses después de los 24 meses**, $6.708.416 hasta la fecha de presentación de la demanda.

 Como sustento a sus pretensiones afirma que suscribió con el Municipio de Pereira, a través de la Secretaría de Educación Municipal, dos órdenes de prestación de servicios durante los años 2008 y 2009, con el objeto de prestar los servicios de vigilante o portero en la institución educativa oficial llamada “Escuela La palabra”. Cumplió las labores desde el 1 de febrero de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2009, de forma personal, ininterrumpida y subordinada, pues cumplía horarios de 8 horas de acuerdo a los turnos asignados y recibía órdenes del secretario de Educación Municipal.

 Agrega que como remuneración a su labor se le asignó durante el 2008 el valor de $817.166 y en el 2009 $886.625, descontándosele de las sumas anteriores, de manera mensual, un 6% por concepto de retención en la fuente. En febrero y marzo de 2008, se le descontó por concepto de riesgos profesionales, al igual que en entre abril y noviembre de 2009, por motivo de estampillas y en los meses de junio, julio y agosto de 2009 y en septiembre y octubre del mismo año, por “Tramites R” y “Seis negocios”, respectivamente, como descuento aplicado a los contratos de prestación de servicios por parte de la administración.

 Indica que durante la relación laboral la entidad demandada no le pagó auxilio de transporte, vacaciones, prestaciones sociales ni lo afilió al Sistema de Seguridad Social Integral. Tampoco lo hizo al terminar el contrato, negando incluso la solicitud relativa al pago de las acreencias laborales elevada el 10 de octubre de 2011, mediante el oficio No. 26991 del 1 de noviembre de 2011.

 El Municipio de Pereira- Risaralda dio respuesta a la demanda, aceptando como ciertos los hechos relativos a la celebración del contrato de prestación de servicios, el alcance, objeto y contraprestación económica del mismo, así como los descuentos de retención en la fuente, de estampillas y riesgos profesionales e igualmente aceptó como cierto la interposición de solicitud para pagar las acreencias laborales y su consecuente negativa. Frente a los demás hechos, aseguró que no eran ciertos, al tratarse de contratos de prestación de servicios en forma discontinua y no una relación laboral, por lo que se opuso a la totalidad de las pretensiones, proponiendo las excepciones de mérito que denominó “inexistencia de causa para demandar”, “cobro de lo no debido” y “genérica”.

1. **La sentencia de primera instancia**

 La jueza de primer grado encontró probadas las excepciones de inexistencia de causa para demandar y cobro de lo no debido; absolvió al Municipio de Pereira de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora.

En sustento de la decisión, adujo que son tres las formas de vinculación laboral al Estado, al municipio en este caso: la de empleados públicos, regidos por una vinculación legal y reglamentaria; la de trabajadores oficiales, vinculados a través de un contrato de trabajo; y por último, los contratos de prestación de servicios, que hacen referencia a una relación contractual-estatal regulada en la Ley 80 de 1993.

Indicó que el demandante a todas luces no fungió como trabajador oficial al servicio de la entidad pública demandada, puesto que la labor de celaduría o vigilancia, que fue la contratada por el Municipio de Pereira, no es una actividad que guarde relación alguna con la construcción y/o sostenimiento de obras públicas. En tal medida, habida consideración de que el promotor del litigio no prestó tal tipo de servicios, debe afirmarse que sus funciones se equiparan más bien a las desarrolladas por un empleado público o empleado de planta, que es la denominación general que reciben todos los Servidores del Estado, salvo los trabajadores oficiales.

La Jueza consideró probado que el demandante prestó sus servicios personales y subordinados a favor de una Entidad Estatal, como lo es el Municipio, como portero o vigilante de una Escuela de carácter oficial. Sin embargo, a pesar de darse los elementos de una verdadera subordinación, indicó que no se podía hablar de un contrato de trabajo como se argumentó en el libelo introductor, pues, reiteró, la calidad que tendría eventualmente el señor Franklin Antonio Herrera Guarín no sería la de un trabajador oficial sino la de un empleado público. En ese orden de ideas, como quiera que la vinculación laboral del demandante al Estado, debió darse con cumplimiento de los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios que regulan la materia, el competente en estos casos no es la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral sino la jurisdicción contenciosa administrativa; por lo que, de acuerdo a lo consagrado en la jurisprudencia, debía ser absuelto el Municipio, pues las pretensiones de la demanda debían ser ventiladas ante el juez natural y en la jurisdicción competente.

1. **Recurso de apelación**

Lo promueve y sustenta el apoderado judicial de la parte actora, indicando que lo que se busca con la demanda promovida ante esta jurisdicción es, ante todo, la aplicación del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas y el respeto de las garantías laborales mínimas del actor, pues mal haría en pretender que se declare que el demandante fue un empleado público o que entre el demandante y el Estado existió una relación legal y reglamentaria, cuando para ello se requiere el cumplimiento de unos requisitos de orden constitucional y legal que no son cumplidos por su poderdante, quien jamás fue nombrado o tomó posesión de un cargo público dentro del Municipio de Pereira.

De otra parte, señala el apelante, aunque la jueza afirma que fue equivocada la contratación por servicios de un vigilante cuando todas las características de esa labor no son ocasionales, no son de prestación de servicios y bien corresponden a las de un empleado público, absolver a la demandada de las pretensiones es tanto como premiarlos por sus equivocadas contrataciones y alentarlos a que sigan haciendo uso de la figura del contrato de prestación de servicios para esconder verdaderas relaciones laborales.

1. **Consideraciones**
	1. **PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS**

Con ocasión de la aplicación directa del artículo 53 de la Carta Fundamental, la Corte Constitucional ha establecido que el principio de la prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral, implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades (ver Sentencia C-665/98) .

La legislación laboral, en consonancia con el aludido principio constitucional, prefija la existencia de un verdadero contrato laboral cuando se constate la concurrencia de sus tres elementos constitutivos y consustanciales, cuales son: i)la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador iii) un salario como retribución del servicio.

 En tal sentido, en reiteradas oportunidades y principalmente en las muchas sentencias dictadas dentro de los procesos promovidos por los antiguos contratistas del hoy extinto Instituto de Seguros Sociales, esta Corporación ha precisado que se impone el principio de primacía de realidad cuando una entidad estatal pretende esquivar o esconder una relación laboral bajo el ropaje formal de la figura del contrato de prestación de servicios establecido en la Ley 80 de 1993, que es una modalidad de contratación estatal claramente reglamentada y a través de la cual las entidades públicas pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, sin que en ningún caso se pueda perder de vista el elemento de la temporalidad de este tipo de modalidad contractual estatal.

* 1. **DE LA CATEGORIA DE TRABAJADOR OFICIAL**

 El demandante se presenta ante la jurisdicción ordinaria laboral alegando su calidad de trabajador del Municipio de Pereira. En tal virtud y en aplicación del principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades pactadas por las partes de la relación laboral, persigue el pago de todos los emolumentos y prestaciones sociales que se derivan de la declaración judicial de la existencia de una verdadera relación laboral. En efecto, jamás el demandante ha manifestado interés alguno en que le sean reconocidos emolumentos inherentes al Régimen Prestacional de los servidores públicos y tampoco ha reivindicado su calidad de trabajador oficial en procura de obtener los beneficios prestacionales que le corresponden a tal calidad de servidor público. El libelo genitor se ha limitado a la enunciación de hechos con los que se intenta revelar la concurrencia de los tres elementos consustanciales a toda relación que merezca el calificativo de laboral.

 A una simple lectura de la demanda, la Sala advierte que el promotor del litigio apela al contenido de los derechos laborales establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo, pretendiendo que la justicia, en su especialidad laboral, tras la necesaria declaración de la existencia de una verdadera relación laboral entre él y el Municipio de Pereira, condene a este último al pago de la prima de servicios, las cesantías, las vacaciones y la indemnización moratoria; todos ellos derechos de rango legal que se encuentran establecidos de manera puntual y precisa en las normas sustantivas del trabajo.

 A la luz de los artículos 3º y 4º del Código Sustantivo del Trabajo, aquel pedido no resulta asimilable por la justicia, puesto que las normas que regulan las relaciones de derecho individual del trabajo de carácter particular, o mejor dicho, entre particulares, no son extensivas a las relaciones de naturaleza laboral que suscitan entre los particulares y la Administración Pública.

 A saber, las entidades públicas fungen como verdaderas empleadoras en dos (2) específicos casos que han sido claramente y de antaño definidos por la constitución y las leyes, son ellos:

 **1)** En vigencia de una relación laboral de orden legal y reglamentario.

 **2)** En virtud de la suscripción de un contrato de trabajo de carácter oficial.

 En uno u otro caso, el marco legal aplicable será diferente, puesto que en virtud de los efectos de aquella ficción legal, opera el elemento diferenciador que permite la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales, eso sí, todos dentro del marco del género de los “servidores públicos”, que, en términos generales, son todos lo que prestan sus servicios personales de naturaleza laboral a la Administración Pública.

 Sin embargo, los entes territoriales, en particular, y el Estado Colombiano, en general, tal como lo ha denunciado la misma Corte Constitucional a través de múltiples sentencias dictadas en sede de tutela, en ocasiones se benefician del trabajo personal y subordinado sin satisfacer las condiciones jurídicas, establecidas en la Constitución y la ley, como indispensables para una vinculación laboral “*en forma”[[1]](#footnote-1)*; verbigracia, el presente asunto.

 Para la Corte, aquella situación no puede significar bajo ninguna circunstancia la inexistencia del vínculo laboral. A propósito de ello, en la sentencia T-556 de 2011, con ponencia de la Magistrada María Victoria Calle Correa, cuestionó precisamente la conclusión contraria, señalando que de aceptarse que sólo por la inobservancia de las formas jurídicas de vinculación en regla, puede ser desvirtuado por completo el carácter laboral de una relación de prestación de servicios personales y subordinados, es tanto como desconocer el sentido teleológico del principio constitucional de primacía de lo sustancial sobre lo formal.

 Volviendo a la sentencia atacada, con fundamento en lo probado en el curso del proceso, la jueza de primer grado no dudó en reconocer la concurrencia de los tres elementos consubstanciales a toda relación laboral. No obstante, señaló que las funciones desempeñadas por el promotor del litigio correspondían a las de un empleado público, en razón de lo cual se abstuvo de condenar a la entidad demandada, debido a que la competencia jurisdiccional en conflictos laborales que involucren a empleados públicos, corresponde en todo caso a la jurisdicción contenciosa administrativa.

 Pese a que la *a-quo* se previno de no calificar su fallo de inhibitorio, lo cierto es que los efectos perceptibles de la decisión de primera instancia no distan mucho de los de un fallo de esa naturaleza. Lo decidido en sede de primer grado tiene un carácter estrictamente formal, pues a pesar de que el demandante logró demostrar la existencia de un verdadero contrato de trabajo con la entidad demandada, por las predichas razones, la jueza de instancia se abstuvo de condenar al pago de los emolumentos laborales reclamados.

 No sobra indicar que la entidad demandada se abstuvo de llevar la discusión al terreno de la definición de la competencia jurisdiccional, en cuyo caso se habría visto avocada a demostrar o tan siquiera a señalar, que las tareas que cumplió el demandante en ejecución del objeto del contrato de prestación de servicios, resultaban ajenas a las actividades propias de la construcción o el sostenimiento de obras públicas.

 En el caso concreto, la apreciación cabal de la demanda evidencia que el propósito principal de la parte demandante era indubitablemente el de obtener el pago de unas acreencias laborales derivadas de lo que en el mismo libelo genitor se denominó la *“celebración de un contrato laboral escrito a término fijo durante los años 2008 y 2009”*.

 En tal orden, es pertinente recordar que es deber del fallador el de interpretar la demanda cuando la misma no revista claridad suficiente, precisamente con la finalidad de evitar sentencias inhibitorias y de lograr el anhelo constitucional de la primacía del derecho sustancial sobre el formal.

 Pues bien, debido a que el promotor de la demanda se autodefine como trabajador -así, a secas- de la entidad demandada, habida consideración de que los únicos que pueden ser así calificados son los llamados “trabajadores oficiales”, que como se viene de decir, son quienes al interior de la administración pública cumplen roles laborales relacionados con la construcción y mantenimiento de obras públicas, considera la Sala que la entidad demandada, además de atacar la pretensión principal que estriba en la declaratoria de la existencia de una relación laboral, ha debido también concentrarse en derribar el fundamento de la calidad legal alegada por el actor; pues de lo contrario, su silencio es la aceptación tácita de que las funciones ejecutadas en vigencia de la orden de prestación de servicios suscrita con el demandante, corresponden a las que eventualmente realiza un empleado de la planta oficial de trabajadores de la entidad.

 En relación con esto último, conviene precisar que en todos los eventos en que se demuestre que las tareas desarrolladas por el contratista son equiparables a las de un empleado público, la jurisdicción ordinaria no sería la competente para fallar de fondo el asunto, puesto que la competencia recaería en la jurisdicción contenciosa administrativa; no obstante, al no ser este un asunto de puro derecho, tal circunstancia fáctica deberá quedar plenamente acreditada en el proceso, bien sea por la demostración documental de la existencia del cargo de “celador” en la planta de personal de la entidad pública, ora porque los hechos acreditados permitan concluir sin equívocos que el rol laboral del prestador de servicios en poco o nada está relacionado con los quehaceres inherentes a la construcción y sostenimiento de obras públicas.

 Bajo tal premisa, la delimitación del ámbito de competencia jurisdiccional de la especialidad laboral, excluye la posibilidad de que los jueces ordinarios declaren la existencia de una relación laboral entre un particular y una entidad oficial, en aquellos eventos en que se acredite que el promotor del litigio cumplía funciones propias o inherentes a las de un empleado público de la planta de personal de la entidad. En otras palabras, siempre que se determine que el demandante, por la naturaleza de sus funciones, no tuvo la calidad de trabajador oficial, el vínculo que lo unió a la entidad demandada no puede ser un contrato de trabajo, sino una relación legal o reglamentaria, lo que tiene efectos virtuales a la hora de elegir el régimen prestacional aplicable, que por obvias razones será diferente entre una y otra categoría de servidor público, por lo que al no estar demostrado el supuesto básico para el estudio de las pretensiones, no estarían configuradas las bases para condenar en esta jurisdicción.

 Ahora bien, a la luz del artículo 42 de la Ley 11 de 1986, reproducido textualmente en el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986, debe el juzgador verificar en todo caso si las funciones desempeñadas por el contratista prestador del servicio, correspondían a la categoría de un trabajador oficial, puesto que en el evento en que las funciones se enmarquen mejor dentro de las de un empleado público, el fallo dictado por el juez laboral deberá ser absolutorio, amén de que en casos como estos, en que se pide la prevalencia de la realidad sobre las formas adoptadas por las partes, la calidad de empleado público o trabajador oficial no la determina el acto jurídico por medio del cual se hizo la vinculación, sino las funciones que se cumplen, que serán en últimas el criterio orientador para definir en la sentencia, si no se propuso como excepción previa, el tema de la competencia jurisdiccional.

 La declaración judicial de la relación laboral lleva ínsita la concerniente al vínculo legal que debe ostentar la persona, vale decir, trabajador particular, trabajador oficial o empleado público. Al efecto, conviene recordar que al respecto de los trabajadores oficiales, sostiene la Corte Suprema de Justicia que dicha condición no puede limitarse a los trabajadores que cumplen labores materiales sino que se extiende, en algunos casos, al que desempeñe funciones administrativas e intelectuales. Señaló el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral en sentencia del 8 de junio del año 2000, Rad. 13536, M.P. Fernando Vásquez Botero.

*“Consecuente la Sala con el criterio que de tiempo atrás ha venido exponiendo la Corporación, respecto del término "construcción y sostenimiento de obra pública", en primer lugar, habrá de analizarse con referencia a cada caso en que se discuta la incidencia del mismo y, en segundo término, ha de entenderse dentro de la mayor amplitud conceptual, que abarque toda aquella actividad que le resulta inherente tanto en lo relacionado con la fabricación de la obra, como en lo que implique mantenerla en condiciones aptas de ser utilizada para sus fines, como obra pública que es. Es por ello que en ese concepto va involucrado el montaje e instalación, la remodelación, ampliación, mejora, conservación, restauración y mantenimiento.*

 **Pese a que no que no fue el objeto de la discusión entre las partes**, la jueza de primer grado juzgó que las funciones de un vigilante no tienen la connotación de ser de la construcción y sostenimiento de obras públicas, lo cual visto desde una óptica hermenéutica más amplia, podría resultar cuestionable o por lo menos discutible. A propósito, en torno a la amplitud con que han de tomarse los conceptos relacionados con la construcción y sostenimiento de obra pública, en la sentencia que se viene comentando, señaló la Corte Suprema lo siguiente:

*“El carácter de trabajador oficial vinculado a la construcción de obras públicas no puede circunscribirse, pues no es ese el criterio de la ley, al “obrero de pica y pala”. La Corte ha reconocido que dentro del concepto “sostenimiento de obras públicas” quedan comprendidas personas que, por ejemplo, realizan la actividad de sostenimiento de la maquinaria y equipo destinado a la construcción de las obras públicas, actividad esta no inmediatamente vinculada a la construcción de la obra que, sin embargo, no le priva el carácter de “trabajador oficial”.*

*“Y si se califica como trabajador oficial a quien sostiene y repara las máquinas directamente vinculadas a las obras públicas, no aparece acertado dejar de clasificar como tal a quien con su actividad sustenta a las personas naturales que dedican su esfuerzo y actividad a dicha construcción. Vale decir, no se ve el porqué (sic) pierde el carácter de trabajador oficial quien, como en este caso está plenamente probado ocurrió, laboró al servicio del Ministerio de Obras Públicas vinculada por un contrato de trabajo y a quien se le despidió dando por terminado dicho contrato, ejecutando una actividad de sustento de los trabajadores oficiales, cual es la de preparar sus alimentos.*

 De lo que viene de decirse, es claro que la Corte amplió el espectro de las personas que realizan funciones de construcción y sostenimiento de obras públicas, toda vez que no lo redujo a la de simples obreros de “pico y pala”, sino que incluso la extendió a quien se encarga del sustento de los obreros de la construcción a través de la preparación de sus alimentos. Dicha extensión bien puede aplicarse a los celadores o vigilantes cuya labor ciertamente contribuye al sostenimiento de una obra pública, toda vez que se encarga de que estos no sean objeto de atracos, saqueos o desmantelamientos y/o daños ocasionados por personas inescrupulosas.

No sobra anotar por último, que la presente interpretación no es insular ni resulta ajena a la jurisprudencia que alguna vez sentara la Corte Constitucional con ocasión de una acción de tutela promovida en contra de la decisión emitida por el Tribunal Superior de Barranquilla, mediante la cual absolvió a un ente local de las pretensiones de la demanda con el argumento de que el promotor del litigio no había demostrado la calidad de trabajador oficial y por consiguiente debía acudir a la jurisdicción administrativa a efectos de que allí fueran resueltas sus peticiones, en aquella sentencia señaló la Corte: *Cuando la justicia laboral advierte que una persona le ha prestado sus servicios personal y subordinante a un Municipio, pero no tiene la investidura de trabajador oficial, no puede simplemente absolver al Municipio. Podría hacerlo si con seguridad el demandante es empleado público, pues en ese caso este tendría la oportunidad de ventilar sus pretensiones en la jurisdicción competente: la justicia contencioso administrativa. Pero si hay buenas razones para concluir que el peticionario no es ni trabajador oficial ni empleado público, la justicia laboral debe decidir el fondo de la cuestión de manera congruente: establecer si hubo relación de trabajo personal y subordinado, y en caso afirmativo condenar al Municipio al pago de los emolumentos laborales dejados de cancelar.*  (Sentencia T-556 de 2011).

* 1. **CASO CONCRETO**

En el presente caso, es indudable que el oficio de celaduría o vigilancia cumplido por el actor en un inmueble destinado al servicio público de educación, es una actividad que guarda cercana relación con el sostenimiento de ella, en la medida en que tal labor posibilita no sólo su conservación e impide su deterioro por desmantelamiento, sino que además contribuye para que esa obra en efecto preste la función que le es propio a su naturaleza misma de pública; pues basta tan sólo imaginar qué podría suceder en un bien de uso público o en una edificación de propiedad de una entidad pública, de no contar con la efectiva y constante vigilancia de un celador; lógico resulta que el sostenimiento de la obra pública requiere del cuidado y la seguridad que le brinda un vigilante o guarda de seguridad, quien no sólo procura el cuidado de las personas que se encuentran al interior del plantel educativo, sino de la estructura misma y de los objetos que dentro de ella se conservan, puesto que en virtud de tal encargo, debe efectivamente responder por los enseres, instalaciones y acabados exteriores e interiores del edificio u obra pública.

En ese orden de ideas, al no haberse cuestionado en este asunto la jurisdicción ni si la función del celador correspondía a la de un empleado público, unido a que en realidad la vigilancia de un plantel educativo constituye una labor que sirve para garantizar su sostenimiento, considera la Sala Mayoritaria que el presente caso se puede ventilar a fondo en esta jurisdicción y que los servicios que prestó el demandante a la demandada lo fueron en condición de trabajador oficial.

En efecto, ateniéndonos al contenido mismo de los dos (2) contratos de prestación de servicios suscritos con el demandante (Fls. 19-21), quedan al desnudo los términos particulares de un verdadero contrato laboral celebrado irregularmente entre el Municipio de Pereira y el promotor del litigio, quien fue contratado para que prestara sus servicios personales como “celador” o vigilante de un plantel educativo oficial administrado por el Municipio, de manera que obra en su favor del demandante la presunción de la existencia de un contrato de trabajo.

En dicha documental se lee que el objeto del contrato será el de *“prestar los servicios de portería en el establecimiento educativo “Escuela la Palabra” del Municipio de Pereira”.*  El contrato también le brinda a la Sala información detallada acerca de las actividades que debió desplegar el señor FRANKLIN ANTONIO HERRERA GUARÍN en desarrollo del objeto general del contrato, a saber: *el contratista realizará las siguientes actividades: 1) Cumplir con los turnos de portería que se le asignen y en coordinación con el Rector de la Institución; 2) custodiar y cuidar el área o zona de la Institución que se le haya designado; 3) controlar la entrada y salida de personas vehículos y objetos del plantel educativo,* y cuatro funciones más que no se reproducen para no hacer muy extenso este punto. También en el documento se puede apreciar el monto total del contrato y la forma de su pago; lo mismo que el término o plazo de ejecución y la prohibición expresa de cesión.

Todos los anteriores elementos configuran de manera perfecta una verdadera relación laboral ya que el demandante estaba obligado a prestar el servicio de manera personal y existía expresa prohibición de que lo hiciera por interpuesta persona; el demandante debía cumplir sus funciones dentro del horario de trabajo establecido por la entidad contratante a través de la rectoría del plantel educativo, lo cual se prueba no sólo con lo al respecto dice contrato de prestación de servicios sino también con la certificación expedida por la rectora de la Institución Educativa la Palabra (Fl. 24), en la que se señala que el demandante laboró en dicha institución, cumpliendo un horario de 8 horas en diferentes turnos; la naturaleza misma del puesto para el que fue contratado el demandante implicaba su permanencia en las instalaciones del plantel educativo, pues era la persona que vigilaba el ingreso y salida de personas, vehículos y objetos de la institución.

Y por último, en lo que tiene que ver con la subordinación y la remuneración como demás elementos consustanciales a toda relación laboral, es claro que las funciones que cumplió el demandante requerían de la coordinación de la entidad contratante; amén de que todos los testigos coincidieron en señalar que el promotor del litigio debía pedir permiso para ausentarse del puesto de trabajo y atendía las distintas órdenes que le daban tanto la rectora como los coordinadores de la institución educativa; por demás que mensualmente recibía del contratante la suma de $817.166 en el año 2008 y $866.625 en el 2009 por concepto de sus servicios.

Lo anterior, sumado al hecho de que la misma demandada reconoció que el promotor del litigio cumplía horarios y debía atender de manera personal las funciones objeto del contrato, hace que, sin necesidad de mayores elucubraciones, esta jurisdicción declare, en atención al principio de primacía de la realidad sobre las formas, la existencia de un verdadero contrato de trabajo.

En tal virtud, lo que se sigue de aquella declaración es la necesaria cuantificación de las obligaciones laborales a cargo del empleador, Municipio de Pereira, que como se dijo con antelación, corresponden a las prestaciones sociales ordinarias, comunes e inherentes a todo contrato de trabajo celebrado entre una entidad territorial del orden local y un trabajador oficial.

* + 1. **SALARIO BASE DE LA LIQUIDACIÓN**

Lo constituye el monto de lo que por concepto de honorarios recibió el trabajador a lo largo de la relación laboral que sostuvo con la demandante, esto es: $817.166 en el año 2008 y $866.625 en el 2009.

* + 1. Prima de Navidad, VACACIONES y cesantías

La relación laboral tuvo inicio el 1° de febrero de 2008 y se extendió de manera ininterrumpida hasta el 30 de noviembre de 2009. Bajo tal presupuesto, por concepto de las prestaciones antes relacionadas, el demandante tiene derecho al pago de las siguientes sumas:

PRIMA DE NAVIDAD: Con arreglo a los artículos 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el 1º del Decreto 3148 de 1968, y 51 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, el demandante tiene derecho al pago de un salario mensual por cada año de servicio prestado o proporcional al tiempo laborado siempre y cuando sea un mes completo de servicios, siendo posible aplicar doceavas partes. De esta manera, lo adeudado por este concepto asciende a la suma de $1.615.693.

La vacaciones, conforme lo dispone el artículo 8 del Decreto 3135 de 1968, corresponden a quince (15) días remunerados por cada año de servicios, lo cual asciende a la suma de $830.515 y por concepto de cesantías $1.615.693. Para el gran total de $4.061.901.

* + 1. **DESCUENTOS POR RETENCIÓN EN LA FUENTE, ESTAMPILLA PRODESARROLLO Y DEMAS.**

Se debe señalar que así como la demostrada relación laboral entre el demandante y el Municipio genera una serie de derechos a favor de aquel, así mismo la suscripción de los distintos contratos de prestación de servicios produce efectos jurídicos que se consolidan a la luz del principio de legalidad.

Los descuentos por retención en la fuente y estampilla pro-desarrollo se dieron en plena vigencia de los contratos de prestación de servicios y aunque aquí se haya demostrado que en realidad dichos contratos escondían una verdadera relación laboral, este tipo de declaración no tiene la virtualidad de retrotraer situaciones consolidas bajo la egida de los efectos legales originados en virtud del contrato estatal. No existiendo prueba de los otros descuentos aducidos en la demanda, esto es, “tramites R” y “seis negocios”, no es posible acceder a la pretensión encaminada a la devolución de tales descuentos aparentemente ilegales.

* + 1. **APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y PENSIONES**

No existe prueba alguna de que el demandante fue quien asumió el pago de tales emolumentos en vigencia de la relación laboral, tampoco la hay para afirmar que el Municipio no realizó esos pagos, por tal razón se deniega la pretensión encaminada al pago de los aportes a seguridad social en pensiones y salud.

* + 1. **INDEMNIZACIÓN MORATORIA**

 Se ha precisado jurisprudencialmente que la imposición de la indemnización moratoria establecida en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 no es automática ni inexorable, sino que en cada caso concreto el juez debe examinar las circunstancias particulares que rodearon la conducta del empleador de no pagar los salarios y prestaciones, pues puede darse el caso de que el empleador demuestre razones atendibles que justifiquen su omisión, y en tal evento no hay lugar a la condena por no hallarse presente su mala fe, aspecto que aquí no se pone en duda, pues el curso de las cosas ha demostrado que bajo la figura del contrato de prestación de servicios, el Municipio pretendió esconder una verdadera relación laboral, pues de esta manera se ahorraba el pago de las prestaciones sociales inherentes al contrato de trabajo. Por consiguiente, se condena al pago de la indemnización moratoria establecida en el parágrafo 2° del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, a partir del día 1° de marzo de 2010, el Municipio de Pereira deberá pagar al demandante la suma de $28.887 diarios hasta que se haga efectivo el pago total de la obligación.

 En tal sentido, la Sala revocará en su totalidad la sentencia de primer grado y condenará en lo que corresponda a la entidad demandada. Las costas de primer grado corren por cuenta de la demandada. Liquídense en primera instancia. Sin costas en esta instancia por haber prosperado el recurso.

 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,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primer grado dictada dentro del presente proceso ordinario laboral.

**SEGUNDO: DECLARAR** que entre el señor **FRANKLIN ANTONIO HERRERA GUARÍN** y el **MUNICIPIO DE PEREIRA** existió una relación laboral entre el 1° de febrero de 2008 y el 31 de noviembre de 2009.

**TERCERO: CONDENAR** al pago de la suma de **$4.061.901** por concepto de primas, cesantías, intereses a las cesantías y compensación de vacaciones a favor del demandante. Igualmente, la entidad demandada deberá pagar al demandante la suma de $28.887 pesos diarios desde el 1° de marzo de 2010 y hasta que se haga efectivo el pago.

**CUARTO: ABSOLVER** de todo lo demás a la demandada.

 **QUINTO:** Las costas de primer grado serán a favor del demandante y en contra de la demandada. Sin costas procesales en esta instancia por haber prosperado el recurso.

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS.**

**CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**DANIEL BERMUDEZ GIRALDO**

Secretario Ad-Hoc

1. Término usado en la sentencia T-556 de 2011 [↑](#footnote-ref-1)