El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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.

Asunto Apelación y Consulta

Proceso. Ordinario laboral

Radicación Nro. : 66001-31-05-003-2017-00316-01

Demandante: Jhon James Lince Montoya

Demandado: Municipio de Pereira

Juzgado de Origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**Temas: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / PRIMACÍA DE LA REALIDAD / PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 32 LEY 80 DE 1993 / LE CORRESPONDE A LA ENTIDAD DEMANDADA DESVIRTUAR LA PRESUNCIÓN /** Acreditado con la prueba testimonial y documental antes referida, al no tener valor de confesión lo expuesto en la contestación de la demanda al tenor del artículo 195 del CGP, la prestación del servicio del actor para el municipio, se presume que ella estuvo regida por contrato de trabajo, de tal manera que le correspondía a la parte demandada desvirtuarla (art. 20 ib); presunción que es la que debe primar sobre la que recientemente dedujo el Consejo de Estado del artículo 32 de la Ley 80 de 1990 (sic) , todo ello en aplicación al principio de favorabilidad, como lo ratifica la sentencia del 07-03-2018 del máximo Órgano de cierre en material laboral.

Por lo tanto, no le correspondía al actor acreditar los elementos de un contrato de trabajo, como lo arguye la parte pasiva en la apelación; por el contrario, el municipio de Pereira debía probar la independencia de aquel…

(…)

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

**AYUDANTE DE OBRA / TRABAJADOR OFICIAL / PAGO DE SALARIOS DEBE CORRESPONDER A LO PACTADO EN LOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS /** **NO ACREDITÓ QUE CUMPLIERA LAS MISMAS FUNCIONES DEL CARGO DEL OBRERO DEL MUNICIPIO /** Por el contrario, los trabajadores oficiales, son aquellos que Respecto de esta pretensión se avizora que el cargo que desempeñó el señor Lince Montoya es el de ayudante de obra, como se estableció en el hecho No.5 del libelo, y no el de obrero, como lo establece la citada certificación, de tal manera que al no ser el mismo cargo, no era posible de plano acceder a ésta pretensión, como lo hizo la a quo, máxime cuando no se demostró a través de algún medio probatorio que el cargo de ayudante de obrero existe en el Municipio de Pereira, o que las funciones como ayudante de obra eran las mismas que cumplía un obrero en tal ente territorial.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Asunto** Apelación y consulta

**Proceso.** Ordinario laboral

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-003-2017-00316-01

**Demandante:** Jhon James Lince Montoya

**Demandado:** Municipio de Pereira

**Juzgado de Origen:** TerceroLaboral del Circuito de Pereira

**Tema a Tratar:** No desvirtuó presunción art.20 Decreto 2127 de 1945; trabajador oficial; acreencias laborarles; aportes pensión y salud

En Pereira, a los diecinueve (19) días del mes de junio de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho y treinta de la mañana (08:30 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Jhon James Lince Montoya** contra el **Municipio de Pereira,** radicado 66001-31-05-003-2017-00316-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandado y su apoderado:

**TRASLADO A LAS PARTES**

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

**ANTECEDENTES**

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

Pretende el señor Jhon James Lince Montoya, que se declare que entre él, como trabajador oficial, y el Municipio de Pereira existió un contrato de trabajo; así mismo, que es beneficiario de la convención colectiva vigente; en consecuencia, se condene al municipio a reconocerle y pagarle la diferencia de salarios que se reconocen a un empleado de planta, el auxilio de transporte, cesantías, vacaciones, primas extralegal y de navidad de acuerdo a la convención colectiva; de la misma forma los aportes al sistema de seguridad social, las indemnizaciones por no consignación de cesantías y moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales y la indexación.

Fundamenta sus pretensiones en que: (i) desde el 07-08-2007 hasta el 30-12-2015 prestó sus servicios personales, como ayudante de obra al servicio del Municipio de Pereira, en virtud de contratos de prestación de servicios, con un salario de $1.100.000; (ii) durante la relación laboral nunca le pagaron prestaciones sociales, ni vacaciones; (iii) el municipio cuenta con convención colectiva desde 1991 y el sindicato es mayoritario.

**Municipio de Pereira** aceptó la prestación personal del servicio desde enero de 2012, pero bajo contratos de prestación de servicios, teniendo en cuenta que anterior a ello estuvo vinculado con cooperativas de trabajo asociado; el valor de los honorarios y la existencia de una convención colectiva. Los demás hechos los negó.

Frente a las pretensiones se opuso y propuso las excepciones de “inexistencia de violación de las normas superiores invocadas”; “inexistencia de relación laboral y reconocimiento de prestaciones sociales”; “prescripción del derecho, “inexistencia de la supremacía de la realidad”; “falta de causa, inexistencia de la obligación, y cobro de lo no debido”; “exclusión de la relación laboral”; “buena fe”; “inexistencia de igualdad” y “prescripción”.

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

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró que el actor prestó sus servicios personales como trabajador oficial al Municipio de Pereira desde el 05-08-2008 al 31-12-2010; sin embargo, las acreencias causadas se encuentran prescritas ante la inexistencia de reclamación administrativa.

Así mismo, en el lapso del 21-08-2013 al 31-12-2014, pero por esta si condenó a la demandada al pago de la diferencia salarial; cesantías; intereses a las cesantías; vacaciones; las primas de vacaciones y navidad de acuerdo con las normas legales al no allegarse prueba de la convención; la indemnización moratoria a partir del día 91 luego de terminado el contrato, y no convencionales; además de la devolución de aportes en pensiones y salud, pues si bien se dejó de demostrar su pago, los testigos manifestaron que para cancelarles debían acreditar que se había efectuado.

Conclusión a la que llegó apoyado en los contratos de prestación de servicios que fueron complementarios, pues si bien no se tiene la fecha de inicio los contratos de 2014 sí mencionan que estos no se podrán extender la vigencia del 31 de diciembre de 2014, entonces debieron comenzar a más tardar el 15 o 16 de enero de 2014, por lo que existe unidad contractual, al terminar el anterior el 30-12-2013; adicionalmente, la confesión del demandado, quien aceptó que el actor realizó actividades de construcción y reparación de casetas comunales, parques y vías de este municipio, ayudando al maestro de obra y bajo la dirección de la Secretaría de Infraestructura. Relación que fue continua.

**3. Síntesis de la apelación**

Contra la anterior decisión la apoderada de la parte demandada presentó su inconformidad, al considerar que estuvo atado el actor a través de sucesivos contratos de prestación de servicios, bajo la Ley 80 de 1993, sin reunirse los elementos esenciales de un contrato de trabajo.

También, por existir imprecisiones sobre los extremos laborales, al ignorar los testigos si existieron interrupciones al verlo de manera esporádica en los talleres de la Secretaría de Infraestructura.

Por último, arguye que el Municipio de Pereira siempre ha actuado de buena fe, por lo que pide se le exonere de la indemnización moratoria al estar convencido de estar frente a contratos de prestación de servicios que no generaban el pago de prestaciones sociales.

**4. Del grado jurisdiccional de consulta**

Frente al fallo se ordenó tramitar el grado jurisdiccional de consulta en favor del Municipio de Pereira, al resultar adversa la sentencia a éste, de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**CONSIDERACIONES**

**1. Cuestión previa.**

De manera liminar debe indicarse que en cuanto a la declaración de la relación laboral que hiciere la Jueza de instancia, desde el 05-08-2008 al 31-12-2010, entre el demandante y el Municipio de Pereira y la prescripción de los derechos laborales causados en este lapso, quedan excluidas de análisis por esta Sala, al no ser objeto de reparo por el demandante y ante la inexistencia de condena económica al Municipio de Pereira; por lo que el único contrato que será objeto de estudio, teniendo en cuenta la apelación será el suscrito entre el 21-08-2013 al 31-12-2014, por ser el que presenta inconformidad la demandada, al considerar que lo que hubo fue un contrato de prestación de servicios, teniendo en cuenta que desde la contestación de la demanda desconoció cualquier vinculación con el ente territorial antes del año 2012, y por supuesto por efectuarse condenas a cargo del municipio por estos convenios.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala se plantea los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿La prueba obrante en el proceso acredita la existencia del contrato de trabajo entre las partes, así como sus extremos, que dé lugar al pago de las acreencias laborales que demanda?

(ii) ¿Existieron razones serias y atendibles en el empleador que haga improcedente la indemnización moratoria del Decreto Ley 797 de 1949 al momento de terminar el contrato de trabajo?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**2.1 Contrato de trabajo**

**2.1.1 Fundamento Jurídico**

Ha de recordarse que los elementos esenciales que se requieren concurran para la configuración del contrato de trabajo del trabajador oficial, son la actividad personal del trabajador, esto es, que éste la realice por sí mismo, y de manera prolongada; la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que lo faculta para requerirle el cumplimiento de órdenes o instrucciones al empleado y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio (artículo 2 del Decreto 2127 de 1945).

Estos requisitos los debe acreditar el demandante, de conformidad con el estatuto procesal civil, que se aplica por remisión del artículo 145 del C. P. T. y de la S.S.; carga probatoria que se atenúa con la presunción consagrada en el art. 20 del Decreto 2127 de 1945, a favor del trabajador, a quien le bastará acreditar la prestación personal del servicio para dar por sentado la existencia del contrato de trabajo, por cualquier medio de prueba; de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar la presunción legal.

Siendo trabajadores oficiales al servicio del municipio, quienes ejecuten labores de

Construcción y sostenimiento de obras públicas, de conformidad con el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986*.*

**2.1.2 Fundamento fáctico**

Descendiendo al caso en concreto no hay duda que el señor Jhon James Lince Montoya prestó sus servicios al Municipio de Pereira, como lo declaran Luis Delio Serna Peláez y Juan de Jesús Castaño Salazar, quienes fueron sus compañeros de trabajo hasta el año 2015 y lo vieron ejecutar labores de ayudante de construcción, consistente en preparar mezclas, remover tierra, escombros, entre otras.

Lo que se corrobora con el acta de inicio del contrato de prestación de servicios No.2117 de 2013 (fl.30) firmada por el señor Lince Montoya y el supervisor Duván Idarraga Isaza, contrato que tenía una duración de 4 meses y 10 días, esto es, por el lapso del 21-08-2013 al 30-12-2013 y por objeto la prestación de servicios de apoyo en el desarrollo del proyecto construcción, rehabilitación y mejoramiento del sistema vial del Municipio de Pereira, específicamente en el apoyo a la Secretaría de Infraestructura, realizando actividades como ayudante de construcción.

acreditado con la prueba testimonial y documental antes referida, al no tener valor de confesión lo expuesto en la contestación de la demanda al tenor del artículo 195 del CGP, la prestación del servicio del actor para el municipio, se presume que ella estuvo regida por contrato de trabajo, de tal manera que le correspondía a la parte demandada desvirtuarla (art. 20 ib); presunción que es la que debe primar sobre la que recientemente dedujo el Consejo de Estado del artículo 32 de la Ley 80 de 1990[[1]](#footnote-1), todo ello en aplicación al principio de favorabilidad, como lo ratifica la sentencia del 07-03-2018 del máximo Órgano de cierre en material laboral[[2]](#footnote-2).

Por lo tanto, no le correspondía al actor acreditar los elementos de un contrato de trabajo, como lo arguye la parte pasiva en la apelación; por el contrario, el municipio de Pereira debía probar la independencia de aquel, y para el efecto allegó solo los contratos de prestación de servicios con radicado interno 5901 y 4885 celebrados entre las mismas partes, por 3 meses 14 días calendario el primero y por 8 meses, el segundo, que tiene el mismo objeto descrito anteladamente.

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

Por el contrario, corroboran la subordinación los declarantes atrás mencionados, ex trabajadores del Municipio de Pereira desde los años 2006 y 2008, respectivamente hasta el 2015; quienes de manera hilada, responsiva, además de detallar las funciones del actor como ayudante de construcción, refirieron a su horario de lunes a sábado, de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., sin que se admitiera reemplazos, recibiendo las órdenes que impartían los ingenieros contratistas de la Alcaldía de Pereira en los talleres del Municipio ubicados en San Joaquín vía Alcalá, quienes fijaban las zonas de trabajo y a cargo de quien iban a estar, como es el caso del oficial de construcción, cargo que desempeñaba el testigo Luis Delio Serna.

Es más, con esta misma prueba testimonial se derruyen las características esenciales del contrato de prestación de servicios, que alega la demandada celebró con el señor Lince Montoya; si en cuenta se tiene que las actividades que ejecutó como ayudante de construcción, como se plasmó en los contratos de prestación de servicios, en la ejecución del proyecto construcción, rehabilitación y mejoramiento del sistema vial del Municipio de Pereira, no son de aquellas que requiera formación profesional o capacitación, diferente a la que se adquiere por la experiencia, que ameritara la celebración de un contrato de prestación de servicios.

En suma, la autonomía administrativa, técnica y financiera fue inexistente, porque en todo ese tiempo el actor prestó sus servicios para el Municipio de Pereira con total dependencia, sometido a las actividades que definían los ingenieros del Municipio y el oficial de obra, tal como lo relataron los testigos.

Así se despacha de manera desfavorable la inconformidad planteada por la demandada al existir entre las partes un contrato de trabajo y no de prestación de servicios.

Ahora, dada la naturaleza jurídica del municipio de Pereira, como entidad territorial, según el artículo 3 del Decreto 1333 de 1986, tienen la calidad de trabajador oficial de la construcción y sostenimiento de obras públicas, y es la que ostentó el demandante al ser su la labor la de construcción, teniendo en cuenta las funciones de ayudante de construcción en el proyecto de construcción, rehabilitación y mejoramiento del sistema vial del Municipio de Pereira, esto es, “obrero de pico y pala”[[3]](#footnote-3).

Razones que permiten concluir que el señor Lince Montoya fungió como trabajador oficial.

Ahora, como la parte demandada considera que hubo imprecisiones en la prueba testimonial en lo referente a los extremos laborales, porque los testigos no pudieron tener conocimiento sobre las interrupciones de los contratos al estar de manera esporádica con el actor en los talleres de la Secretaría de Infraestructura, se advierte que la Jueza de primera instancia, para declarar el contrato de trabajo en el interregno del 21-08-2013 y el 31-12-2014, tuvo en cuenta el acta de inicio No.2117 de 2013; y los contratos 5901 y 4885 de 2014 que se celebraron entre el actor y el Municipio de Pereira; la primera, con fecha de inicio 21-08-2013 hasta el 30-12-2013 y los restantes, que si bien no tiene data de inicio, se ejecutaron por el lapso total de 11 meses y 14 días y que al no poder exceder del 31-12-2014, como se plasmó en ellos, se puede inferir en el año 2014 se ejecutó el contrato entre el 15-01-2014 al 31-12-2014, lo que corroboran los testigos, al decir que les hacían firmar un nuevo contrato a mediados del mes de enero, finalízando siempre en el mes de diciembre. Razonamiento que comparte la Sala, conforme al material probatorio adosado al plenario

De tal manera que la prueba documental fue en últimas la determinante para concretar los hitos laborales, los que se demostraron, contrario a lo que quiere hacer ver la demandada, por lo que se dejarán incólumes, al igual en la forma de liquidación de cada contrato de manera independiente; a pesar de haberse declarado una sola relación laboral, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que le favorece a la demandada.

**2.2 Acreencias laborales, diferencia salarial, indemnización moratoria del Decreto Ley 797 de 1949 y devolución aportes a pensión y salud**

Definido lo anterior es procedente pronunciarse frente a las acreencias a las que fue condenado el Municipio de Pereira en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte a su favor.

Para lo cual se tendrá en cuenta que no prescribió ninguna acreencia laboral al reclamarlas el actor el 02-11-2016 –fl.39- e incoarse la demanda el 14-07-2017 –fl.46-; interrumpiendo de ésta forma el término trienal con que contaba aquel y que comenzó el día siguiente al 31-12-2014, fecha de terminación del contrato de trabajo.

Bien en cuanto al salario, se demostró que percibió una asignación de $1.100.000, según los contratos de prestación de servicios Nos. 5901 y 4885 (fls. 75 y 78); sin embargo, como el señor Lince Montoya solicitó el reconocimiento y pago de la diferencia salarial entre lo que devenga un obrero de planta y lo que se le pagó, resulta necesario determinar si a ello hay lugar, como lo determinó la primera instancia para efectos de concretar su salario y en consecuencia las acreencias laborales.

**2.2.1. Diferencia salarial entre un obrero de planta y lo que devengó el actor**

A folio 94 reposa certificado expedido por la Dirección Administrativa de Gestión de Talento Humano del Municipio de Pereira donde consta la asignación básica mensual durante los años 2011 a 2014 de un obrero 1040 grado 1, que para el caso en particular señaló que en el 2013 la asignación mensual era de $1.491.009 y para el 2014, $1.587.925.

Respecto de esta pretensión se avizora que el cargo que desempeñó el señor Lince Montoya es el de ayudante de obra, como se estableció en el hecho No.5 del libelo, y no el de obrero, como lo establece la citada certificación, de tal manera que al no ser el mismo cargo, no era posible de plano acceder a ésta pretensión, como lo hizo la *a quo,* máxime cuando no se demostró a través de algún medio probatorio que el cargo de ayudante de obrero existe en el Municipio de Pereira, o que las funciones como ayudante de obra eran las mismas que cumplía un obrero en tal ente territorial.

Por lo anterior, hay lugar a revocar esta condena en virtud del grado jurisdicción de consulta que opera en favor del Municipio de Pereira y de contera establecer que el salario que devengó el actor para el año 2013 como para el 2014 fue el de $1.100.000; monto que se deberá tener en cuenta para efectos de efectuar nuevamente la liquidación de las acreencias laborales pedidas, incluida el auxilio de transporte al que tiene derecho al no exceder su salario los dos SMLMV, y que fuera solicitado.

Valores que de ser inferiores a los fijados por la primera instancia serán los impuestos; de lo contrario continuarán los de la Jueza de primer nivel, al estudiarse este aspecto -liquidación- en atención al grado jurisdiccional de consulta a favor del municipio.

**2.2.2 Auxilio de transporte.**

Dado que el señor Jhon James Lince Montoya, solicitó en el escrito de la demanda este emolumento, al que no se accedió por la primera instancia al tener por probado un salarial mayor, aspecto que será revocado, hay lugar a pronunciarse sobre esta pretensión así.

Conforme a la Ley 15 de 1959 y concepto 222146 del 23 de diciembre de 2014 emanado por el Ministerio del Trabajo, se debe reconocer a todo trabajador que devengue hasta 2 SMLMV.

Como al actor se le pago $1.100.000 en los años 2013 y 2014, cuando el salario para este último era de $616.000, tiene derecho a que se le reconozca por el año 2013 $304.200, y por el año 2014 $828.000, para un total de $1.132.200; Por lo cual se adicionara el literal g, al numeral Quinto de la sentencia.

**2.2.3 Vacaciones**

El artículo 8 del Decreto 3135 de 1968, establece que los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones, por cada año de servicio.

Y los artículos 47 y 48 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, por su parte señalan que se prohíbe compensar las vacaciones en dinero, excepto, entre otras, cuando el empleado público o trabajador oficial quede retirado definitivamente del servicio sin haber disfrutado las causadas hasta entonces; asimismo, que su valor se pagará con base en el salario devengado por el empleado oficial al tiempo de gozar de ellas.

De tal manera que lo que resulta procedente es la compensación en dinero de las vacaciones, al haber quedado retirado el trabajador oficial, sin haber disfrutado de las mismas causadas hasta entonces, al tenor del artículo 1º de la Ley 995 de 2005, que se liquidan con base en el último salario devengado por el trabajador y teniendo en cuenta año completo y fracción.

Además, se deben tener en cuenta los factores salariales que contempla el artículo 17 del Decreto 1045 de 1978 aplicable en virtud del artículo 4º del Decreto 1919 de 2002, como la prima de servicios y el auxilio de transporte, entre otros, sin embargo, como no fueron tenidos en cuenta por parte la Jueza de primer nivel para la liquidación de esta acreencia, no es posible incluirlos, al no ser objeto de apelación y por la consulta que le favorece al Municipio de Pereira.

Entonces, el monto de esta prestación asciende para el año 2013 a $198.611 teniendo en cuenta los 130 días que laboró, y para el 2014, 345 días, que ascienden a $527.083, que arroja como valor total por este concepto $725.694; en este sentido se modificará la sentencia, por ser este menor al que reconoció la primera instancia de $1.029.880.

**2.2.4 Prima de vacaciones**

El artículo 25 del Decreto 1045 de 1978 dispone que la prima de vacaciones será equivalente a quince días de salario por cada año de servicio, y como factores salariales para su liquidación se encuentran, según el artículo 17 *ibidem*, el auxilio de transporte y la prima de servicios, entre otros.

Asimismo, el artículo 1 del Decreto 404 de 2006[[4]](#footnote-4) establece que los trabajadores oficiales vinculados a las entidades públicas del orden territorial, que se retiren del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrán derecho a que se les reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado la prima de vacaciones.

Por lo anterior, le asistía esta acreencia al demandante de forma proporcional, al haber trabajado 130 días y 345 días para el 2013 y 2014, sin inclusión del factor prima de servicios, por no haber sido condenado a su pago al ente territorial, sobre lo que no tuvo reparo el actor; por lo que los montos a reconocerse por esta acreencias son para el año 2013 $211.340 y 2014 $561.583, que arroja como valor total por este concepto $772.924; en este sentido se modificará la sentencia, por ser este menor al que reconoció la primera instancia de $1.029.880.

**2.2.5 Prima de navidad**

Establece el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978 que los trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad correspondiente a un mes del salario del cargo desempeñado a treinta de noviembre de cada año, y también proporcional al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, sino se hubiere trabajado todo el año.

De la misma forma, el artículo 33 *ibidem*, indica los factores salariales a tener en cuenta para esta prestación, como es la prima de vacaciones, la que se tiene en cuenta como lo hizo la *a quo.*

Por lo anterior al trabajar el demandante 4 meses completos para el 2013 y 11 mes para el 2014, la liquidación debió hacerse con la doceava parte por cada mes, y no como lo liquidó la primera instancia equivalente a 15 días de salario.

Por lo que el valor a reconocerse por esta prestación asciende para el año 2013 $403.582 y 2014 $1.099.015 para un total de $1’502.597; valor que es superior al hallado por la primera instancia de $1.071.802, por lo que, al revisarse la sentencia en grado jurisdiccional de consulta, debe mantenerse lo dispuesto por la a quo.

**2.2.6 Cesantías**

El artículo 4º del Decreto 1919 de 2002 consagra que el régimen de prestaciones mínimas a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades de que trata este Decreto, dentro de los que se encuentran los trabajadores del nivel Municipal, será el estipulado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional; motivo por el cual el actor tiene derecho a que se le reconozca y liquide por este concepto, 30 días de salario por cada año de servicios prestados o proporcionalmente por fracción, de conformidad con lo expresado en los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968 , 6º del Decreto 1160 de 1947 y 13 de la Ley 344 de 1996; así como el artículo 17, literal a), de la Ley 6ª de 1945.

Además, el cómputo se hará teniendo en cuenta los factores salariales contemplados en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 como son el auxilio de transporte, las primas de navidad y vacaciones y no los gastos de representación, prima técnica, trabajo suplementario, auxilio de alimentación, bonificación por servicios prestados, viáticos, al no estar acreditados, y prima de servicios.

Así las cosas, tiene derecho el demandante a percibir por esta prestación para el año 2013 la suma de $441.185 y año 2014 $1.255.784, para un total de $1.696.969, y no como lo liquidó la primera instancia por el monto $2.245.790, por lo que aquella suma será la que se ordenará pagar.

**2.2.7 Intereses a las cesantías**

Hay lugar a ésta pretensión como quiera que independientemente del fondo de administración de cesantías que haya elegido el actor, sea privado o el Fondo Nacional del Ahorro, ambos establecen el reconocimiento de ésta prestación sobre el valor de las cesantías liquidadas que debían ser consignadas por el empleador, tal como lo dispuso la *a quo* en relación con el 12% anual sobre el valor de las cesantías reconocidas, sin embargo, al haberse modificado su valor, según lo que antecede, también cambia el monto de ésta pretensión, el cual asciende en el año 2013 a $19.118 y 2014 $144.415, para un total de $163.533, que al ser superior al dispuesto por la primera instancia de $104.653 se mantendrá este valor.

En este orden de ideas, al arrojar un mayor valor la sumatoria de las condenas impuestas por la primera instancia, se modificarán, al conocerse este asunto también en el grado jurisdiccional de consulta, en la forma que quedo atrás explicado.

**2.2.8 Indemnización moratoria Decreto Ley 797 de 1949**

Acreditado se encuentra que el Municipio de Pereira le adeuda al demandante cesantías e intereses a las mismas entonces, se abre la posibilidad de una condena por este concepto equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las obligaciones, a menos que, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, la demandada acredite que esa omisión tuvo ocurrencia en conductas que puedan ser ubicadas en el plano de la buena fe[[5]](#footnote-5).

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

Lo dicho impide poner el comportamiento de la demandada en el terreno de la buena fe, por lo tanto, es procedente la indemnización; siendo necesario advertir que el término de los 90 días de que trata el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 vencía el 31-03-2015, habida cuenta que el vínculo laboral finalizó el 31-12-2014; en concordancia a lo establecido por el Órgano de cierre en materia laboral[[6]](#footnote-6).

No obstante lo dicho, hay lugar a modificar el valor con el cual se calculó, al sufrir variación en esta instancia el salario, que lo es $1.100.000; por lo que el diario corresponde a $36.666, lo que implica la modificación del numeral séptimo de la sentencia.

**2.2.9 Devolución de aportes a salud y pensión**

Al respecto se tiene que si bien el demandante como contratista debió asumir por su cuanta el pago de aportes a salud y pensión al así imponérselo la Ley a toda persona que suscriba un contrato de prestación de servicios con el Estado, entre estos el Artículo 23 de la Ley 1150 de 2007; 17 de la Ley 100 de 1993; 23 del Decreto 1703 de 2002 y el artículo 26 de la Ley 1393 de 2010; lo cierto es que no se probó que el actor realizó tales pagos y por lo tanto, no era posible disponer su devolución; pues de partir del cumplimiento de la Ley, como parámetro o elemento probatorio, no se estaría en presencia de este proceso, pues se trata de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

En consecuencia, se revocará el numeral sexto de la sentencia, sin que haya necesidad de sustituirlo por otra, dada la exoneración de condenas que se hacen en los numerales siguientes.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se confirmará la sentencia en lo que fue objeto de apelación y se modificarán los literales b, c, e del numeral quinto en cuanto al monto de los conceptos prestacionales liquidados; de otro lado se revocara el literal a) del mismo numeral, por no ser procedente dicha condena; se adicionará un literal g), en relación al auxilio de transporte; por su parte se revocará el numeral sexto de la sentencia, para en su lugar, denegar la devolución de aportes al sistema de seguridad social solicitada

Costas. Hay lugar a imponerlas en esta instancia a cargo del Municipio de Pereira en favor del actor al no salir avante el recurso de apelación, a pesar de modificarse la sentencia a favor del demandado, pues ello tuvo lugar por surtirse el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR el literal a) del numeral quinto** de la sentencia proferida el 30 de agosto de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira;  **MODIFICAR** los literales b, c, e de este numeral, y se adiciona literal g a este numeral, el que quedará así:

**QUINTO:** Ordenarle al MUNICIPIO DE PEREIRA que proceda a cancelar en favor de su extrabajador el señor JHON JAMES LINCE MONTOYA, las sumas correspondientes a los siguientes derechos:

1. VACACIONES $725.694
2. PRIMA DE VACACIONES $772.924
3. PRIMA DE NAVIDAD $1.071.802
4. AUXILIO DE CESANTÍAS $1.696.969
5. INTERESES SOBRE LAS CESANTÍAS $104.653
6. AUXILIO DE TRANSPORTE $1.132.200

**SEGUNDO: REVOCAR el** numeral sexto de la sentencia revisada, por lo dicho en la parte motiva.

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral séptimo de la sentencia, que queda así:

**SEPTIMO AUTORIZAR** el pago de la indemnización moratoria a favor del señor JHON JAMES LINCE MONTOYA, aplicando a partir del día 91, el ingreso diario que está representado en la suma de $36.666, el cual se debe realizar hasta el momento en que se haga el pago efectivo de las obligaciones aquí determinadas

**CUARTO. CONDENAR** en costas en esta instancia al Municipio de Pereira y a favor del actor, atendiendo lo dicho en la parte motiva.

Notificación surtida en estrados.

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

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

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

 Magistrado Magistrado

1. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Sección Segunda Subsección B. Sentencia del 28-09-2017. Exp. 2014-00074. M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Radicado 56863. M.P. Cecilia Margarita Duran Urjueta. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia de 13-07-2016. Radicado 47840.M.P. Rigoberto Echeverry Bueno. [↑](#footnote-ref-3)
4. Por el cual se dictan disposiciones en materia prestacional. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia del 26-04-2017. Radicación 50514. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-5)
6. Sentencia del 15-11-2017. Radicación 54151. M.P. Cecilia Margarita Duran Urjueta. [↑](#footnote-ref-6)