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. : 66001-31-05-003-2017-00015-01

Demandante: Helmer Antonio Delgado Arias

Demandado: Municipio de Pereira

Juzgado de Origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**Temas: CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / PRESUNCIÓN DE RELACIÓN LABORAL / TRABAJADOR OFICIAL / EJECUCIÓN DE LABORES DE CONSTRUCCIÓN / SALARIO / NO SE PROBÓ IDENTIDAD DE FUNCIONES CON EL CARGO EXISTENTE EN LA PLANTA DEL MUNICIPIO / MODIFICA / CONCEDE /**

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 sentada la existencia del contrato de trabajo; 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 42 de la Ley 11 de 1986, reglamentada por el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986.

**(…)**

Puestas de ese modo las cosas, el demandante laboró a favor del Municipio de Pereira por el lapso de 09-04-2015 hasta el 30-12-2015, para desempeñarse como “ayudante de construcción” – fl. 20 c. 1- en el “apoyo a la Secretaría de infraestructura en el desarrollo de labores de construcción y rehabilitación de pavimentos y andenes” (ibídem), como se desprende del contrato No. 1742 de 2015 y su adición – fl. 20 a 21 y 27 c. 1 -.

Entonces, 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 – fl. 50 c. 1 -, 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 , 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 .

(…)

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 trabajadores oficiales los de 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 obra para apoyar la Secretaría de Infraestructura para la construcción y rehabilitación de pavimentos y andenes, esto es, “obrero de pico y pala” .

(…)

Respecto de esta pretensión se avizora que el cargo que desempeñó el señor Helmer Antonio Delgado Arias es de ayudante de construcción, como se desprende del contrato de prestación de servicios No. 1742 – fl. 20 c. 1-, y no el de obrero 1040-1, 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 construcción existiese en el Municipio de Pereira, o que las funciones como ayudante de construcción fueran las mismas que cumplía un obrero 1040-1 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.** : 66001-31-05-003-2017-00015-01

**Demandante:** Helmer Antonio Delgado Arias

**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 treinta y uno (31) días del mes de julio de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez de la mañana (10:00 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 2 de mayo de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Helmer Antonio Delgado Arias** contra el **Municipio de Pereira,** radicado 66001-31-05-003-2017-00015-01.

**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 Helmer Antonio Delgado Arias, que se declare que entre él como trabajador oficial y el Municipio de Pereira existió un contrato de trabajo; asimismo que es beneficiario de las convenciones colectivas vigentes; en consecuencia, se condene al municipio a reintegrarlo a sus funciones como trabajador oficial, así como al reconocimiento y pago de los salarios dejados de percibir hasta la fecha de reintegro; también pretendió la diferencia de salarios que se reconocen a un empleado de planta, el auxilio de transporte, cesantías, vacaciones, prima extra legal y de navidad de conformidad con la convención colectiva; de la misma forma solicitó los aportes al sistema de seguridad social, las indemnizaciones por no consignación de cesantías y moratoria del artículo 65 del CST y la indexación.

Fundamenta sus pretensiones en que: (i) prestó sus servicios personales desde el 09-04-2015 hasta el 30-12-2015, como ayudante de obra al servicio de la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Pereira, en virtud de un contrato de prestación de servicios, con un salario de $1.250.000; (ii) agregó que durante la relación laboral nunca le pagaron prestaciones sociales; (iii) asimismo que el municipio cuenta con convenciones colectivas desde 1991 y el sindicato es mayoritario.

**Municipio de Pereira** aceptó la prestación personal del servicio, pero bajo un contrato de prestación de servicios. 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”;* “*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”;* e “*inexistencia de igualdad”* – fls. 55 a 58 vto. c.1-.

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

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 09-04-2015 al 30-12-2015, donde el actor tuvo la condición de trabajador oficial; en consecuencia, condenó al pago de prestaciones sociales, diferencia salarial, las primas de vacaciones y navidad, y la indemnización moratoria; asimismo, la devolución de aportes en pensiones y salud.

Como fundamento de su decisión manifestó, que de acuerdo al material probatorio se demostró que el demandante prestó su servicio como auxiliar de construcción de manera personal en favor del municipio, realizando actividades de mejoramiento del espacio público, específicamente en la construcción de las carreteras que conducían a las parroquias de diversos barrios de Pereira; que se desarrollaron bajo la dirección de la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Pereira, sin que el actor gozara de autonomía e independencia en la labor que se le había encomendado; por el contrario, estaba sometido al cumplimiento de las directrices que le daba ésta última, como se desprende del único testigo que declaró dentro del proceso, que había fungido como jefe inmediato del demandante por un espacio aproximado de mes o mes y medio.

Por otro lado, la juez de primer grado concluyó que, ninguna convención colectiva podía aplicarse al caso concreto, puesto que se omitió allegarla al proceso; por lo que, acudió a las normas de carácter legal, en conjunción con el salario certificado por la demandada y que corresponde a los trabajadores oficiales grado 1040-1, para proceder a liquidar las acreencias laborales pretendidas.

En relación con la devolución de aportes a pensión y salud, dispuso que si bien no hay prueba del pago de estos pagos, la Ley 100 de 1993 en sus artículos 17 y 22 establecen la obligación de esos aportes, por lo que la demandada debe cumplir con lo que le competía en su condición de empleadora y de paso devolverle al actor atendiendo el IBC que el trabajador tuvo en cuenta para hacer esos aportes.

Por último, condenó al municipio al pago la indemnización moratoria, pues superó el término de 90 días sin que hubiera pagado las prestaciones sociales al demandante.

**3. Síntesis de la apelación**

Contra la anterior decisión el apoderado de la parte demandada presentó su inconformidad, al considerar que el contrato que se contrajo con el actor fue de prestación de servicios bajo la Ley 80 de 1993, máxime que el único testigo que declaró dentro del proceso, apenas compartió con el demandante un corto espacio temporal, por lo que no podía derivarse de su declaración los elementos que estructuran el contrato de trabajo declarado.

**4. Del grado jurisdiccional de consulta**

La sentencia de primer grado apenas concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada; por lo que, en el auto admisorio de aquel se ordenó dar curso al grado jurisdiccional de consulta a 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. Problemas jurídicos**

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

(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 sentada la existencia del contrato de trabajo; 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 42 de la Ley 11 de 1986, reglamentada por el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986.

**2.1.2 Fundamento fáctico**

Descendiendo al caso en concreto no hay duda que el señor Helmer Antonio Delgado Arias prestó sus servicios al Municipio de Pereira, como lo declaró Jesús Amado Arias – compañero de trabajo – quien lo vio ejecutar labores de ayudante de construcción, consistente en remover tierra para la construcción de vías y andenes, entre otras.

Lo que se corrobora con el acta de inicio del contrato de prestación de servicios No.1742 de 2015 - fl. 26 c. 1 - firmada por el señor Helmer Antonio Delgado Arias y la supervisora de la Secretaría de Infraestructura Lina María Frasica Aristizábal, contrato que tenía una duración de 7 meses, que fue adicionado por 1 mes y 17 días – fl. 27 c. 1 -, y que finalizó el 30-12-2015 de conformidad con la certificación expedida por la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Pereira, en la que además se inscribió una suspensión contractual de 5 días, que inició el 05-06-2015 y reinició el 10-06-2015 – fl. 28 c. 1 -.

Puestas de ese modo las cosas, el demandante laboró a favor del Municipio de Pereira por el lapso de 09-04-2015 hasta el 30-12-2015, para desempeñarse como “*ayudante de construcción”* – fl. 20 c. 1- en el “*apoyo a la Secretaría de infraestructura en el desarrollo de labores de construcción y rehabilitación de pavimentos y andenes”* (*ibídem),* como se desprende del contrato No. 1742 de 2015 y su adición – fl. 20 a 21 y 27 c. 1 -.

Entonces, 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 – fl. 50 c. 1 -, 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; quien para lograr su cometido apenas señaló que se tuviere como pruebas las aportadas por el demandante, quien allegó el contrato de prestación de servicios No. 1742 de 2015 y su adición, celebrados entre las mismas partes, como fue 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 prestación personal del servicio y la subordinación la declaración rendida por Jesús Amado Arias – extrabajador del Municipio de Pereira, encargado de los trabajadores, quien de manera hilada, responsiva y detallada manifestó que el señor Helmer Antonio Delgado Arias realizó labores de ayudante de construcción al servicio de la alcaldía, con un horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m., para lo cual ayudó en la construcción de carreteras que conducían a las iglesias ubicadas en *el dorado* o en *padre valencia,* para lo cual debía “*voliar pala, pica, mover tierra afirmada”* – fl. 74 cd c. 1-; concretamente el testigo narró que a su cargo tenía el manejo de los ayudantes de construcción, entre ellos, el demandante por un espacio de mes o mes y medio, entre abril y diciembre de 2015, y que durante ese interregno la Alcaldía realizaba capacitaciones de trabajo en alturas y demás, en las instalaciones de la entidad o en el *Parque del Café,* lugares en los que se encontraba al demandante como participante de los aludidos adiestramientos. También relató que el ayudante de construcción debía solicitar permisos al testigo o a los ingenieros *Lina* o *Ramón* para ausentarse justificadamente de sus labores, que correlativamente verificaban el desempeño del demandante.

Con esta prueba testimonial se derruyen las características esenciales del contrato de prestación de servicios, que alega la demandada celebró con el señor Helmer Antonio Delgado Arias; si en cuenta se tiene, que las actividades que ejecutó como ayudante de construcción, 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, sin que ninguna mella representara el lapso referido por el testigo, tal como fue recriminado por el apelante, pues pese al corto tiempo que el demandante estuvo a cargo del declarante, del mismo se desprende la prestación personal y subordinación de Helmer Antonio Delgado Arias para el ejercicio de las actividades para las que fue contratado, máxime que en el tiempo restante compartía con el demandante en las reuniones de instrucción y capacitación.

En suma, la autonomía administrativa, técnica y financiera fue inexistente, porque el actor prestó sus servicios para el Municipio de Pereira con total dependencia, sometido a las actividades que definían los ingenieros de la Alcaldía de Pereira, quienes verificaban su cumplimiento, tal como lo relató el testigo.

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 trabajadores oficiales los de 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 obra para apoyar la Secretaría de Infraestructura para la construcción y rehabilitación de pavimentos y andenes, esto es, “*obrero de pico y pala”[[3]](#footnote-3).*

Razones que permiten concluir que el señor Helmer Antonio Delgado Arias fungió como trabajador oficial entre el 09-04-2015 y 30-12-2015, con una suspensión de 5 días entre el 05-06-2015 hasta el día 10 del mismo mes y año; cuyos extremos también se acreditaron.

**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 dispuso en su favor en esta instancia.

Para lo cual se tendrá en cuenta que ningún estudio se realizará frente al fenómeno de la prescripción, por cuanto el Municipio de Pereira omitió su proposición – fls. 55 a 58 vto. c. 1-, aspecto que impide a esta Colegiatura su análisis, ante la necesaria proposición de la parte pasiva y la ausencia de reconocimiento de oficio, de conformidad con el artículo 282 del C.G.P. aplicable al procesal laboral por analogía del artículo 145 del C.P.L. y de la S.S.

En cuanto al salario, se demostró que percibió una asignación de $1.140.000, según el contrato de prestación de servicios No.1742, que a su vez fue adicionado - fls. 20 a 21, 26 a 28 c. 1-; sin embargo, como el señor Delgado Arias 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 72 reposa certificado expedido por la Dirección Administrativa de Talento Humano del Municipio de Pereira donde consta la asignación básica mensual durante los años 2013 a 2015 de un obrero 1040-1, que para el caso en particular señaló que en el 2015 la asignación mensual era de $1’692.728.

Respecto de esta pretensión se avizora que el cargo que desempeñó el señor Helmer Antonio Delgado Arias es de *ayudante de construcción*, como se desprende del contrato de prestación de servicios No. 1742 – fl. 20 c. 1-, y no el de obrero 1040-1, 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 construcción existiese en el Municipio de Pereira, o que las funciones como ayudante de construcción fueran las mismas que cumplía un obrero 1040-1 en tal ente territorial.

Por lo anterior, hay lugar a revocar esta condena en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor del Municipio de Pereira, se declarará que el salario que devengó el actor para el año 2015 fue de $1.140.000; monto que se deberá tener en cuenta para efectos de realizar nuevamente la liquidación de las acreencias laborales pedidas, incluido el auxilio de transporte al que tiene derecho al no exceder su salario los dos SMLMV, y que fuera solicitado en el líbelo introductor –fl. 4 c. 1-.

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 Helmer Antonio Delgado Arias, solicitó en el escrito de la demanda este emolumento – fl. 4 c. 1-, 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, por lo que se adicionará el numeral 4º de la sentencia para condenar a la demandada a su pago en cuantía de $633.933 por los 257 días laborados durante el año 2015, pues devengó un salario de $1.140.000, esto es, inferior a 2 SMLMV, de conformidad con la Ley 15 de 1959.

**2.2.3 Vacaciones**

Se compensarán en dinero las vacaciones, pues Helmer Antonio Delgado Arias fue retirado del servicio, por lo que el monto de la prestación asciende a $406.917, si se tiene en cuenta que laboró 257 días durante el año 2015; monto que al resultar inferior al definido en primera instancia ($601.858) se modificará.

Lo anterior, de conformidad con el artículo 8º del Decreto 3135 de 1968 y los artículos 47 y 48 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, que prescriben quince (15) días hábiles de vacaciones, con la prohibición de compensarlas en dinero, a menos que el trabajador oficial haya sido retirado del servicio sin disfrutarlas, que para el caso en concreto se liquidaron con el último salario devengado, tal como lo dispone el art. 4º del Decreto 1919 de 2002.

Por último, es preciso resaltar que para liquidar esta acreencia debía adicionarse el salario con la prima de servicios – art. 17 del Decreto 1045 de 1978 y 4º del Decreto 1919 de 2002-; no obstante lo anterior, en tanto que la *a quo* omitió su inclusión, ninguna adición podrá realizarse ante la ausencia de apelación por el demandante y la presencia de un grado jurisdiccional a favor de la demandada.

**2.2.4 Prima de vacaciones**

Había lugar a su reconocimiento, puesto que el demandante laboró un total de 257 días durante el año 2015, por un valor total de $433.331, que es inferior al reconocido en primera instancia ($601.858), sin lugar a incluir como factor para su liquidación la prima de servicios, pues la juez de instancia omitió su condena, sin reproche en apelación del demandante.

Todo ello de conformidad con los artículos 17 y 25 del Decreto 1045 de 1978 y el artículo 1º del Decreto 404 de 2006, que ordenan quince días de salario o fracción, incluido el auxilio de transporte y la prima de servicios, como factores salarias, para retribuir cada año de servicios prestados o su proporción.

**2.2.5 Prima de navidad**

Es procedente su reconocimiento en cuantía de $883.407 únicamente por 240 días, que equivalen a 8 meses completos laborados en el año 2015, valor que al ser inferior al reconocido en primera instancia ($1’128.485) se modificará, en virtud al grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada.

Lo anterior, de conformidad con los artículos 32 y 33 del Decreto 1045 de 1978 que determinaron que esta prestación corresponde a un mes de salario pagadero a 30 de noviembre de cada año; ahora sino se hubiese trabajado todo el año, entonces se liquidará de manera proporcional al tiempo laborado con base en una doceava parte por cada mes completo de servicios, al que se agregará como factor salarial la prima de vacaciones.

Al punto es preciso llamar la atención de la *a quo,* que liquidó esta prestación con prescindencia de la prima de vacaciones, que tampoco se agregará en esta instancia ante la presencia del grado jurisdiccional de consulta.

**2.2.6 Cesantías**

Hay lugar a su condena en cuantía de $942.020, que resultó inferior al liquidado en primera instancia ($1’375.360), y por ende, modificado en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor del Municipio de Pereira.

En efecto, 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 realizó 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.

**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 a $80.700, que también se modificará por ser inferior al condenado en primera instancia.

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

Se encuentra acreditado 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[[4]](#footnote-4).

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 Delgado Arias 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 30-03-2016, habida cuenta que el vínculo laboral finalizó el 30-12-2015, por lo que a partir del día siguiente la entidad territorial se encontraba en mora; en concordancia a lo establecido por el Órgano de cierre en materia laboral[[5]](#footnote-5).

No obstante lo dicho, hay lugar a modificar el valor con el cual se calculó, al sufrir variación en esta instancia el salario, que es $1.140.000; por lo que, se reconocerá $38.000 diarios a partir del 31-03-2016 y hasta cuando se haga efectivo el pago total de la obligación, lo que implica la modificación del numeral sexto 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 séptimo 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 c, d y f del numeral cuarto y revocará el numeral sexto.

Costas. Hay lugar a imponerlas en ésta instancia a cargo del Municipio de Pereira en favor del actor al no salir avante el recurso de apelación.

**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: MODIFICAR** todos los literales y adicionar uno más al numeral cuarto de la sentencia proferida el 2 de mayo de 2017, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, en el sentido de,

**CUARTO:** Ordenarle al MUNICIPIO DE PEREIRA que proceda a pagar a favor de su ex trabajador HELMER ANTONIO DELGADO ARIAS, las sumas correspondientes a los siguientes derechos:

1. VACACIONES $406.917
2. PRIMA DE VACACIONES $433.331
3. PRIMA DE NAVIDAD $833.407
4. AUXILIO DE CESANTÍAS $942.020
5. INTERESES SOBRE LAS CESANTÍAS $80.700
6. **AUXILIO DE TRANSPORTE $633.933**

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral 6º de la sentencia aludida, en el sentido de establecer que la indemnización moratoria equivale a $38.000 diarios, a partir del 31-03-2016 y hasta cuando se haga efectivo el pago total de la obligación.

**TERCERO: REVOCAR** los numerales 5º y 7º de la sentencia para en su lugar absolver a la demandada de las condenas contenidas en los mismos.

**CUARTO: CONFIRMAR** los demás numerales, por lo dicho en la parte motiva.

**QUINTO:** Costas en esta instancia a favor de la parte actora y a cargo del Municipio de Pereira.

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. C.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. Sentencia del 26-04-2017. Radicación 50514. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia del 15-11-2017. Radicación 54151. M.P. Cecilia Margarita Duran Urjueta. [↑](#footnote-ref-5)