El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asunto: Apelación y consulta

Proceso: Ordinario laboral

Radicación Nro.: 66001-31-05-003-2018-00136-01

Demandante: Francisco Javier Henao Ceballos

Demandado: Municipio de Pereira

Juzgado de Origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / TRABAJADOR OFICIAL / ELEMENTOS ESENCIALES / PRESUNCIÓN ARTÍCULO 20 DEL DECRETO 2127 DE 1045 / ES CARGA PROBATORIA DEL EMPLEADOR DESVIRTUARLA / CASO: MUNICIPIO DE PEREIRA**

… los elementos esenciales que se requieren concurran para la configuración del contrato de trabajo del trabajador oficial, son la actividad personal, esto es, su realización 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 trabajador y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio (art. 2º del Decreto 2127 de 1945 y art. 2.2.30.2.2. del Decreto 1083 de 2015).

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.

Por último, es preciso aclarar que son trabajadores oficiales al servicio del municipio, quienes ejecuten labores de construcción y sostenimiento de obras públicas, de conformidad con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, así como en el artículo 42 de la Ley 11 de 1986, reglamentada por el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986 y por último, el artículo 2.2.30.2.4 del Decreto 1083/2015.



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los veinticinco (25) días del mes de junio de dos mil diecinueve (2019), siendo las nueve y treinta minutos de la mañana (09:30 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 surtir el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 18 de octubre de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Francisco Javier Henao Ceballos** contra el **Municipio de Pereira,** radicado 66001-31-05-003-2018-00136-01.

**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**

Francisco Javier Henao Ceballos pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término definido con el Municipio de Pereira desde el 09/06//2015 hasta el 30/12/2015. En consecuencia, solicita el pago de las cesantías, auxilio de transporte, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, el pago de aportes a la seguridad social, así como la sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria e indemnización por despido injusto. Por último, pretendió el pago de la diferencia salarial respecto a lo devengado por un “*empleado de planta del Municipio”* que realizó sus mismas funciones. Sumas que reclamó de manera indexada.

El demandante fundamentó sus aspiraciones en que: *i)* prestó sus servicios personales desde el 09/06/2015 hasta el 30/12/2015, como ayudante de construcción al servicio del Municipio de Pereira, con ocasión a unos contratos de prestación de servicios; *ii)* actividad que realizó de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. y en retribución devengó $1’140.000; *iii)* durante la relación laboral nunca le pagaron las prestaciones sociales, auxilio de transporte, ni los aportes a la seguridad social; *iv)* el vínculo terminó sin que mediara justa causa; *v)* el 11/07/2017 presentó infructuosamente la reclamación administrativa.

**El Municipio de Pereira** al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, para lo cual argumentó que el demandante sí prestó sus servicios, pero a través de contratos de prestación de servicios, en los cuales no mediaba subordinación alguna y que finalizó por vencimiento del plazo pactado. En ese sentido presentó los medios de defensa que denominó “*inexistencia de la 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”,* “*buena fe”,* entre otras.

**2. Síntesis de la sentencia**

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante, como trabajador oficial y el Municipio de Pereira desde el 09/06/2015 hasta el 30/12/2015, en consecuencia condenó al pago de las cesantías, vacaciones, prima de navidad, auxilio de transporte y, finalmente al pago de la sanción moratoria a partir del 01/04/2016 y las costas procesales en un 80%.

Como fundamento de su decisión manifestó que el demandante había acreditado la prestación personal del servicio a favor del municipio, como se desprendía de la contestación de la demanda y de la testimonial practicada, en la que se dio cuenta de las actividades de construcción realizadas por Francisco Javier Henao Ceballos a través de la Secretaría de Infraestructura, por lo que se presumía la existencia del contrato de trabajo, sin que la entidad territorial logrará desvirtuar dicha presunción; por lo que, la condenó al pago de las pretensiones elevadas, con excepción de la diferencia salarial, prima de vacaciones, compensación por pagos a la seguridad social, la sanción por no consignación de cesantías y despido sin justa causa.

Concretamente, frente a la sanción moratoria explicó que su pago iniciaba con posterioridad a los 90 días de gracia con que contaba la entidad territorial para apropiar los dineros pertinentes, contados a partir de la terminación del contrato de trabajo, y por ello, se apartaba de criterios anteriores que concedían dicha indemnización a partir de la ejecutoria de la sentencia “*porque era cuando se declarara la existencia del contrato de trabajo”.*

**3. Recurso de apelación**

La entidad territorial recriminó la decisión de primer grado, y en ese sentido mostró su inconformidad frente a la sanción moratoria, pues no debía condenarse a su pago desde el 01/04/2016, sino desde el “*momento de reconocimiento y declaratoria de la relación laboral”*. Por último, se mostró inconforme con la condena en costas en 80%, pues las pretensiones fueron prósperas parcialmente.

**4. Del grado jurisdiccional de consulta**

Al resultar adversa la anterior decisión al Municipio de Pereira, de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se ordenó surtir el grado jurisdiccional de consulta.

**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 halladas por la *a quo*?

*ii)* ¿Desde cuándo debe correr la sanción moratoria por ausencia de pago de las prestaciones sociales al término del contrato de trabajo?

*iii)* ¿Hay lugar a modificar la imposición de la condena en costas?

**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, esto es, su realización 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 trabajador y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio *(art. 2º del Decreto 2127 de 1945 y art. 2.2.30.2.2. del Decreto 1083 de 2015[[1]](#footnote-1)).*

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.

Por último, es preciso aclarar que son trabajadores oficiales al servicio del municipio, quienes ejecuten labores de construcción y sostenimiento de obras públicas, de conformidad con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, así como en el artículo 42 de la Ley 11 de 1986, reglamentada por el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986 y por último, el artículo 2.2.30.2.4 del Decreto 1083/2015.

**2.1.2 Fundamento fáctico**

Descendiendo al caso en concreto no hay duda que el demandante prestó sus servicios al Municipio de Pereira, como se desprende de la declaración rendida por Jesús Darío Trejos Ibarra, que fungía como supervisor del demandante y en ese sentido narró que este se desempeñaba como ayudante de construcción al servicio del municipio, por lo cual contribuyó a la construcción del velódromo y diversas casetas comunales, todas estas obras a cargo de la entidad territorial, sin que pudiera enviar a otra persona para realizar las labores de construcción encomendadas.

Testimonial que se corrobora con el “*contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión suscrito entre el Municipio de Pereira y Francisco Javier Henao Ceballos”* No. 2036 del 09/06/2015 (fls. 18 a 19 c. 1) en el que se asignó al demandante la función de “*ayudante de construcción”* (fl. 18 c. 1), para lo cual debía apoyar a la Secretaría de Infraestructura en labores de construcción y rehabilitación de pavimentos, andenes, cunetas, huellas, trasversales, placa, estabilización de vías, entre otras, todas ellas como obras inscritas dentro del Plan Generación de Empleo 2015.

A tono con lo anterior, el cargo desempeñado por Francisco Javier Henao Ceballos corresponde al de un trabajador oficial, por cuanto fue desarrollada en parques y comunas de la ciudad, es decir, que se trató de obras para el beneficio de la comunidad, por lo que no existe dubitación de que se trató de labores de construcción y sostenimiento de obras públicas, que le atribuye la calidad de trabajador oficial.

Entonces, acreditada la prestación personal del servicio con la prueba documental y testimonial antes referida, se presume la existencia de un 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[[2]](#footnote-2), 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[[3]](#footnote-3).

Sin embargo, ninguna prueba allegó con ese propósito la parte demandada y resaltó como propias las allegadas con la demanda, que corresponden al contrato de prestación de servicios atrás referido y la reclamación administrativa.

Documentos que en nada contribuyen a desvirtuar 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 prima el principio de la primacía de la realidad (art. 53 CP); y por el contrario obra en el expediente la declaración de Jesús Darío Trejos Ibarra, que como supervisor del demandante relató que este debía cumplir un horario que transcurría de 7:00 a.m. a 12:00 m.m. y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m. impuesto por Lina María Francisca, que era funcionaria de la Secretaría de Infraestructura. Además, contó que el demandante debía atender las instrucciones dadas por el testigo al comienzo de la jornada. Órdenes que en ocasiones podían provenir de ingenieros que estuvieran a cargo de la obra. Además, resaltó que Francisco Javier Henao Ceballos estaba sujeto a llamados de atención que se reportaban ante la ingeniera de la Alcaldía, quien controlaba la asistencia de los obreros.

Declaración que ofrece credibilidad a la Sala, pues el testigo ostenta un conocimiento directo de los hechos y coherente con los mismos, sin que la afirmación consistente en haber elevado una demanda contra el Municipio, derruya la certeza sobre lo declarado en relación al demandante.

Además, resulta preciso advertir que en el mismo contrato que ató a las partes se insertó la obligación de rendir informes mensuales dentro de los 5 días calendario siguientes al vencimiento del periodo de las actividades (num. 1º, clau. 3ª, fl. 18 c. 1), que eran objeto de supervisión o interventoría (clau.12, fl. 19, c. 1); actuaciones que si bien no son suficientes para establecer la existencia de subordinación laboral, lo cierto es que como las actividades del actor no requerían mayores conocimientos o que estos fueran especializados, dicho proceder se itera, para este caso sí constituye prueba de tal elemento subordinante.

Ahora en cuanto a los extremos temporales de la relación, esta transcurrió desde el 09/06/2015 hasta el 30/12/2015, esto es por 202 días, como se desprende del contrato de prestación de servicios No. 2036 de 09/06/2015, y de la contestación de la demanda, pues allí al hecho 2º relativo al inicio de labores el 09/06/2015 contestó que era cierto (fls. 2 y 34, c. 1) y frente a la finalización, el demandante aseguró que había finiquitado el 30/12/2015 (fl. 2 c. 1), y el aludido contrato estableció que el término del contrato no podía exceder del 31/12/2015 (fl. 18 vto. c. 1), que acompañado con la declaración de Jesús Darío Trejos Ibarra, que narró que la labor desempeñada por el demandante se extendió hasta diciembre de 2015, confirma tal hito final.

**2.2 Acreencias laborales**

Al punto es preciso resaltar que únicamente se revisaran las acreencias laborales reconocidas por la *a quo* (auxilio de transporte, vacaciones, prima de navidad, cesantías y sanción moratoria)*,* pues la consulta únicamente se surte en aquello desfavorable al Municipio de Pereira, sin que las pretensiones desechadas por la juez de instancia ameritaran reproche alguno por el demandante.

En ese sentido, para efectos de determinar la correcta aplicación y liquidación de los aludidos emolumentos, se advierte que el salario del demandante ascendía a $1’140.000, como se desprende del contrato de prestación de servicios arrimado al expediente (fl. 18 vto. c. 1), sin que ninguna otra prueba se allegara al expediente con el propósito de acreditar un salario mayor.

**2.2.2 Auxilio de transporte.**

Era procedente esta condena debido a que Francisco Javier Henao Ceballos devengaba $1’140.000, esto es, menos de 2 SMLMV para la época[[4]](#footnote-4), de conformidad con la Ley 15 de 1959 y el art. 1º del Decreto 2732 de 2014. Auxilio que asciende a $498.267 coincide con la liquidada en primera instancia, y por ello impone su confirmación.

**2.2.3. Compensación de vacaciones**

Había lugar a compensar en dinero las vacaciones, tal como lo ordenó la *a quo*, pues Francisco Javier Henao Ceballos fue retirado del servicio, suma que asciende a $340.594 equivalente a 202 días, que igualmente coincide con la concedida por la juez de instancia.

Al punto es preciso resaltar que para la liquidación de esta prestación se incluyó el auxilio de transporte, tal como exige el literal e) del art. 17 del Decreto 1045/1978, pero se descartó la doceava de la prima de servicios, por cuanto el demandante no pretendió la misma, pese que el literal f) ibídem, en concordancia con el artículo 4º del Decreto 1919 de 2002, prescribe la inclusión de este emolumento para su liquidación.

**2.2.4. Prima de navidad**

Era procedente su reconocimiento únicamente por 180 días, que equivalen a 6 meses completos laborados en el año 2015, como acertadamente lo ordenó la juez de instancia, de conformidad con los artículos 32 y 33 del Decreto 1045 de 1978 y art. 11 del Decreto 3135/1968; suma que liquidada asciende a $607.000, igual a la concedida en instancia anterior.

**2.2.5. Cesantías**

El demandante tiene derecho a que se le reconozca y liquide por este concepto la fracción correspondiente al tiempo de servicios prestados, tal como se concluyó por la primera instancia y que coincide con la liquidación realizada en esta instancia, esto es, igual a $709.572. Precísese que para su liquidación se integraron como factores el auxilio de transporte y la prima de navidad, de conformidad con el art. 45 del Decreto 1045/1978.

**2.2.6. Indemnización moratoria Decreto Ley 797 de 1949**

Se encuentra acreditado que el Municipio de Pereira le adeuda al demandante las cesantías, prima de navidad y vacaciones, 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 como origen motivos serios y atendibles que excusaran al empleador de su pago.

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 a través de un contrato de prestación de servicios, donde nunca faltó la subordinación; además de realizar Francisco Javier Henao Ceballos 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.

Por lo dicho impide entender el comportamiento de la demandada como serio y mucho menos atendible; por lo tanto, es procedente la indemnización a razón de $38.000 diarios, como lo adujo la juez de primera instancia, siendo necesario advertir que el término de los 90 días de que trata el artículo 1º 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), como acertadamente lo adujo la *a quo*, sin que pueda accederse a los pedimentos de la apelación, pues de ninguna manera las sentencias proferidas en la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral son constitutivas del derecho a partir de su ejecutoria, sino declarativa de este a partir del momento en que se hizo exigible el derecho reclamado.

 **2.3 Costas**

El numeral 5º del artículo 365 del C.G.P. aplicable al procedimiento laboral por reenvío del art. 145 del C.P.L., dispone que en caso de que prospere parcialmente la demanda, entonces el juez podrá: *i)* abstenerse de condenar en costas o *ii)* pronunciar condena parcial. Para el caso de ahora, la juez de instancia condenó al Municipio de Pereira a las costas en un 80%, decisión que aparece ajustada por cuanto prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda.

**CONCLUSIÓN**

A tono con lo expuesto, se confirmará la decisión apelada y consultada, sin perjuicio de los efectos que se deriven de los documentos que se allegaron en esta instancia consistentes en el depósito judicial por las acreencias laborales, situación que deberá tener en cuenta por el juez de instancia. Costas en esta instancia a cargo del Municipio de Pereira por resolverse desfavorablemente el recurso elevado, de conformidad con el num. 1º y 3º del art. 365 del C.G.P.

**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: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 18 de octubre de 2018 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso promovido por **Francisco Javier Henao Ceballos** contra el **Municipio de Pereira**, sin perjuicio de los efectos que se deriven de los documentos que se allegaron en esta instancia por la parte demandada tal como se dijo en la parte motiva de esta decisión**.**

**SEGUNDO:** Costas a cargo del Municipio de Pereira y a favor del demandante, por lo expuesto.

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. El Decreto 1083 de 26 de mayo de 2015 mediante el cual se derogaron todas las disposiciones de naturaleza reglamentaria de la función pública que versan sobre las mismas materias, con excepción de los decretos que desarrollan leyes marco, entre ellas la Ley 6ª de 1945, de conformidad con el literal f), num. 19, art. 150 de la C.Po. de 1991. [↑](#footnote-ref-1)
2. 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-2)
3. CSJ. Sala de Casación Laboral. Radicado 56863. M.P. Cecilia Margarita Duran Urjueta. [↑](#footnote-ref-3)
4. Decreto 2731/2014 fijó el SMLMV para el 2015 en $644.350. [↑](#footnote-ref-4)
5. Sentencia del 15-11-2017. Radicación 54151. M.P. Cecilia Margarita Duran Urjueta. [↑](#footnote-ref-5)