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.

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD / SUBORDINACIÓN O DEPENDENCIA / IMPORTANCIA DE ESTE FACTOR / SERVIDORES PÚBLICOS / CLASIFICACIÓN / EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES / EXTREMOS TEMPORALES / APROXIMACIÓN.**

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 6 de 1945 modificado por el artículo 1° de la Ley 64 de 1946, existe un contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal remunerado bajo la continuada dependencia y subordinación y quien lo recibe. Este último elemento -de subordinación y dependencia-, es precisamente la esencial característica que diferencia el contrato de trabajo de cualquiera otro y consiste en la necesaria sujeción que existe entre quien presta el servicio personal y quien lo recibe, teniendo en este último como empleador, la facultad de imponer la forma de hacer la labor…

Por su parte, una relación regida por un contrato de prestación de servicios o una orden previa o cualquier otra figura análoga, necesariamente implica la total independencia del contratista en la ejecución del objeto, más allá de la facultad que tiene el contratante de supervisar la labor. Esta independencia, se evidencia en que aquel puede determinar la intensidad horaria con la que se dedica a la labor, las herramientas a usar, el lugar de ejecución, siendo únicamente relevante el cumplimiento del objeto contratado. (…)

… los servidores de la administración pública están clasificados como empleados públicos y trabajadores oficiales, y que sólo en relación con estos últimos, la administración celebra contratos de trabajo, lo que de paso habilita a esta jurisdicción laboral para dirimir dichos conflictos jurídicos por mandato del artículo 2-1 del C.P.T.S.S.

En relación con los servidores públicos municipales, estos, por regla general, son empleados públicos y solo por excepción, son trabajadores oficiales aquellos que ejecuten labores de construcción y sostenimiento de obras públicas…

… en aquellos eventos en los cuales no se conoce con exactitud los extremos temporales de la relación laboral, es dable establecerlos de forma aproximada cuando los medios probatorios contribuyen a acreditar la prestación personal del servicio en un periodo determinado, el cual debe tomar el juzgador como punto de referencia para calcular los derechos laborales y sociales del trabajador.

En ese orden, en tratándose de la fecha de ingreso, podrá establecerse como hito inicial el último día del mes del año informado, mientras que como extremo final, deberá tenerse el primer día del mes, bajo el entendido de que por lo menos un día de ese año lo laboró.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | James Aguirre Ruíz |
| Demandado: | Municipio de Pereira |
| Radicación No. | 66001-31-05-004-2017-00438-01 |
| Juzgado de origen: | Cuarto Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral  |
| Providencia: | Sentencia del 28 de julio de 2020  |
| Decisión: | MODIFICA |

Registro de proyecto: dieciséis (16) de julio de dos mil veinte (2020)

Acta de Discusión No. 99 del veintiuno (21) de julio de dos mil veinte (2020)

Pereira, Risaralda, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, quien actúa como ponente, ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA a resolver el **recurso de apelación** **interpuesto por la parte demandada así como el grado jurisdiccional de consulta,** frente a la sentencia proferida el 18 de mayo de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por el señor **James Aguirre Ruiz** contra el **Municipio de Pereira**, tramitado bajo el radicado único nacional No. 66001-31-05-004-2017-00438-01.

Previamente se revisó, discutió y aprobó el proyecto elaborado por la Magistrada ponente el cual alude a la siguiente:

**SENTENCIA**

1. **ANTECEDENTES**
	1. **Demanda**

El demandante aspira a que la justicia ordinaria laboral declare la existencia de un contrato de trabajo con el Municipio de Pereira, a término indefinido, ejecutado entre el 5 de agosto de 2008 y el 30 de diciembre de 2015. En consecuencia, pide que se declare que es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo vigentes, y que tiene derecho a título de compensación o indemnización de perjuicios a los siguientes conceptos: vacaciones, cesantías, prima de navidad y de vacaciones, el auxilio de transporte, la diferencia salarial en relación con un empleado de planta, a la compensación de lo pagado a título de seguridad social, la sanción moratoria contemplada en la Ley 50 de 1990, el reintegro o en subsidio la sanción correspondiente al impago de salarios y prestaciones sociales a la terminación de contrato, la indexación y las costas del proceso a su favor.

Como fundamento fáctico de tales pretensiones expuso que prestó sus servicios personales como ayudante de obra del ente territorial accionado durante el lapso referido, para desarrollar funciones en parques, escuelas, vías, calles, entre otras; que cumplió un horario de trabajo de 7 am a 4:30 pm, de lunes a domingos y recibió como último salario la suma de $1´140.000, sin que le hubieren sido reconocidas y pagadas las prestaciones sociales y demás conceptos que reclama. Indica que estuvo vinculado al Municipio accionado a través de terceros, tales como Servitemporales y Termporarios; que él mismo debía cancelar su seguridad social; que en el Municipio de Pereira existe el Sindicato de Trabajadores mayoritario, el cual cuenta con convenciones colectivas vigentes desde 1991; que el 2 de noviembre de 2016 presentó reclamación administrativa ante la entidad demandada, sin que a la fecha haya obtenido respuesta de la misma.

* 1. **Respuesta a la demanda**

 Admitida la demanda, el **Municipio de Pereira** se pronunció a través de apoderada judicial aceptando los hechos relacionados con la prestación de servicios personales del demandante, el impago de prestaciones sociales y, la presentación de reclamación administrativa, empero, negó la existencia de una continuada dependencia y subordinación, pues indica que entre las partes no se dio una relación laboral sino una de carácter netamente civil. Se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso como medios exceptivos de fondo los de “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción”, “Buena fe, exoneración de indemnizaciones” y “Compensación”, ver folios 78 a 94.

1. **SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

 Clausurado el debate probatorio, la sentenciadora de primer grado puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 16 de mayo de 2019, en la que declaró la existencia de tres (3) contratos de trabajo habidos entre el demandante y el Municipio de Pereira, el primero, entre el 1 de febrero y el 30 de diciembre de 2009, el segundo, entre el 1 de marzo y el 30 de diciembre de 2010, y el tercero, entre el 11 de febrero y el 29 de febrero de 2015, y condenó al Municipio de Pereira a cancelar las prestaciones sociales legales y convencionales derivados de esta última relación laboral.

Como argumento de la decisión, la A-quo concluyó conforme al principio de primacía de la realidad, que se estaba frente a una verdadera relación laboral al haberse demostrado que el actor prestó sus servicios personales en favor del Municipio accionado, a través de vinculaciones con terceros o de sendos contratos de prestación de servicios directos, cuyos alcances eran las de desplegar labores como oficial de sostenimiento, mantenimiento y conservación de obras públicas, tales como escuelas, casetas, calles, entre otras, bajo la continuada dependencia y subordinación del ente territorial, quien por intermedio de los supervisores o jefes operativos de planta se encargaba de impartir ordenes e instrucciones al trabajador, indicándole el día y lugar donde debía ejecutar la labor, máxime que según el material probatorio se acreditó que aquel debía cumplir horario y requerir permisos a su jefe inmediato en caso de tener que ausentarse.

Derivó los hitos temporales de las certificaciones laborales expedidas por las distintas EST, así como de los contratos de prestación de servicios suscritos de manera directa con el municipio accionado, en concordancia con las afirmaciones que el mismo demandante hizo en el interrogatorio que absolvió.

 De otra parte, encontró que el demandante es beneficiario de la convención colectiva suscrita entre el ente territorial y su organización sindical, en razón a que al agrupar a más de la tercera parte del total de los trabajadores del Municipio, como sindicato mayoritario, extiende automáticamente sus beneficios a todos los trabajadores.

 Declaró parcialmente probadas las excepciones de prescripción e inexistencia de la obligación demandada, propuestas por el municipio demandado, por lo que para efectos de la liquidación, únicamente tuvo en cuenta la última relación y conforme a ello, condenó al pago de cesantías, prima de navidad, vacaciones, auxilio de transporte, prima extralegal de junio, la indemnización moratoria prevista en el Decreto 797 de 1949, desde el 1 de abril de 2016 y hasta el pago de la obligación.

 Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas procesales a la parte vencida en juicio, tasadas en una proporción del 50% de las causadas.

1. **RECURSO APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Inconforme con lo decidido, la vocera judicial del **Municipio de Pereira** interpuso recurso de apelación mostrándose inconforme con los hitos de los contratos de trabajo, la subordinación dependencia y la indemnización moratoria prevista en la Ley 797 de 1946. Respecto al primero, arguyó que los hitos temporales de los contratos de trabajo que fueron declarados por la A-quo con antelación al año 2015, no quedaron debidamente acreditados dentro del proceso, puesto que las empresas de servicios temporales de las cuales obra certificación laboral en el plenario no son las mismas que el demandante mencionó en su interrogatorio de parte, y además en ellas tampoco se indica en favor de quien el actor prestó sus servicios personales. Respecto a lo segundo, indicó que a su juicio no existió subordinación y dependencia en las labores desplegadas por el demandante, pues lo que existió fue una coordinación de actividades permitida al ente territorial en virtud a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Y respecto al último, solicita la exoneración de la indemnización moratoria, al estimar que la entidad demandada creyó estar actuando de buena fe al realizar la vinculación del demandante a través de contratos de prestación de servicios, dada la carencia de personal de planta; en su defecto, solicita que se revise si la imposición de la misma se hizo en debida forma.

De otro lado, en cumplimiento del precepto contenido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, teniendo en cuenta que la sentencia fue adversa al ente territorial accionado, se dispone desatar el grado jurisdiccional de consulta.

1. **ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término otorgado para descorrer el traslado la apoderada judicial de la parte demandante allegó por escrito alegatos de conclusión, los cuales en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, por lo que se procede a decidir de fondo, previa las siguientes**:**

1. **CONSIDERACIONES**

**5.1. Presupuestos Procesales.**

Sirve la revisión del expediente para determinar que los requisitos esenciales para su formación y desarrollo normal se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite ser decidido con sentencia de mérito. Por otra parte, tampoco se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado.

**5.2. Problemas jurídicos por resolver.**

De conformidad con los puntos de apelación de la sentencia de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor del ente territorial accionado, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a determinar en primer lugar, si la relación contractual que existió entre las partes fue de carácter laboral, según el principio de primacía de la realidad sobre las formas. En caso positivo, establecer si quedaron probados los extremos temporales de los contratos de trabajo declarados en primera instancia y, si hay lugar a condenar al pago de acreencias laborales halladas por la A-quo. Finalmente, determinar si el ente accionado obró con buena fe para eximirse de la indemnización moratoria por falta de pago prevista en la Ley 797 de 1946.

 **5.3 Desenvolvimiento de la problemática planteada**

 **5.3.1. Existencia de la relación laboral.**

 En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

 En ese orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 6 de 1945 modificado por el artículo 1° de la Ley 64 de 1946, existe un contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal remunerado bajo la continuada dependencia y subordinación y quien lo recibe. Este último elemento -de subordinación y dependencia-, es precisamente la esencial característica que diferencia el contrato de trabajo de cualquiera otro y consiste en la necesaria sujeción que existe entre quien presta el servicio personal y quien lo recibe, teniendo en este último como empleador, la facultad de imponer la forma de hacer la labor, cómo y dónde hacerla, además de la imposición de reglamentos y el ejercicio de facultades disciplinarias.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1947, toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, disposición que supone que al trabajador le basta demostrar la ejecución personal del servicio, para que se infiera que el mismo se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral y que pone en cabeza del empleador el deber de demostrar que las labores se adelantaron de manera autónoma e independiente y sin el lleno de los presupuestos exigidos por la ley, para tener tal condición.

 Por su parte, una relación regida por un contrato de prestación de servicios o una orden previa o cualquier otra figura análoga, necesariamente implica la total independencia del contratista en la ejecución del objeto, más allá de la facultad que tiene el contratante de supervisar la labor. Esta independencia, se evidencia en que aquel puede determinar la intensidad horaria con la que se dedica a la labor, las herramientas a usar, el lugar de ejecución, siendo únicamente relevante el cumplimiento del objeto contratado.

 En materia estatal, tal forma de vinculación está regulada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que indica en su tenor literal que: *“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”*.

 Como se ve, la norma es clara en establecer que la contratación por este medio está supeditada a: ***(i)*** que la labor requerida por la entidad tenga una naturaleza especializada, ***(ii)*** que requiera un personal calificado o ***(iii)*** que no pueda ejecutarse con las personas que ocupan los cargos de planta de la entidad y, ***(iv)*** la temporalidad de tal forma de vinculación, esto es, que apenas puede celebrarse por el lapso estrictamente necesario para cumplir el objeto contractual. De no presentarse tales hipótesis, inexorablemente, de darse la subordinación, se configurará una relación laboral, con las consecuentes cargas prestacionales y sancionatorias a cargo del empleador.

 **5.4 Clasificación de los servidores públicos de los Municipios**

Sabido es que, los servidores de la administración pública están clasificados como empleados públicos y trabajadores oficiales, y que sólo en relación con estos últimos, la administración celebra contratos de trabajo, lo que de paso habilita a esta jurisdicción laboral para dirimir dichos conflictos jurídicos por mandato del artículo 2-1 del C.P.T.S.S.

En relación con los servidores públicos municipales, estos, por regla general, son empleados públicos y solo por excepción, son trabajadores oficiales aquellos que ejecuten labores de construcción y sostenimiento de obras públicas, de conformidad con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, y del artículo 42 de la Ley 11 de 1986, reglamentada por el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986.

Entiéndase como actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, no sólo aquellas que están destinadas a la construcción de la obra pública como tal, sino también las que buscan su conservación y mantenimiento y contribuyen a que la obra preste la función que le es propia a su naturaleza, esto es, la de interés general y social y/o utilidad pública.

Sobre ese punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que el concepto de construcción y sostenimiento de una obra pública, abarca las actividades que “son inherentes a la entidad, es decir, garantizan la funcionalidad real de su infraestructura, de tal forma que ante su ausencia el resultado lleve al colapso de la misma”, sentencia SL 2603 del 15 de marzo de 2017.

* 1. **Aproximación de los extremos de la relación laboral.**

Por adoctrinado se tiene que en aquellos eventos en los cuales no se conoce con exactitud los extremos temporales de la relación laboral, es dable establecerlos de forma aproximada cuando los medios probatorios contribuyen a acreditar la prestación personal del servicio en un periodo determinado, el cual debe tomar el juzgador como punto de referencia para calcular los derechos laborales y sociales del trabajador.

En ese orden, en tratándose de la fecha de ingreso, podrá establecerse como hito inicial el último día del mes del año informado, mientras que como extremo final, deberá tenerse el primer día del mes, bajo el entendido de que por lo menos un día de ese año lo laboró. Así lo ha reiterado el órgano de cierre laboral en pacífica línea jurisprudencial, entre otras, en sentencia del 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, en la que refirió:

*“(…) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.*

*En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:*

*<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>”.*

**5.6. Caso concreto**

En el caso puntual, no se discute que el demandante prestó sus servicios personales a favor del Municipio de Pereira, pues así lo aceptó la entidad territorial al dar respuesta a hecho 1º de la demanda, y se colige además de la copia de los contratos de prestación de servicios de apoyo a la gestión Nos. 1020 y 4824 de 2015, suscritos entre el Municipio de Pereira y el señor James Aguirre Ruíz, fechados el 11 de febrero y el 30 de octubre de 2015, en su orden, mediante los cuales se contrató al demandante para desarrollar la labores de “*ayudante de construcción*” (fls.24 a 29).

 En dichos contratos se estableció que el contratista debía apoyar a la Secretaria de Infraestructura en las labores de construcción y rehabilitación de pavimentos, andenes, escenarios deportivos, cunetas, huellas, transversales, placa huella, actividades de estabilización de vías, edificaciones públicas y obras inscritas dentro del Plan Generación de Empleo 2015, cumpliendo con las especificaciones técnicas recomendadas (fls.24 a 29).

Tales labores fueron cumplidas a cabalidad de manera personal por el demandante, tal como se colige de las actas de terminación y los informes de supervisión de dichos contratos, allegados a esta segunda instancia en cumplimiento a la solicitud efectuada por la primera instancia, en los cuales se dejó consignado que el actor cumplió correctamente con todas las obligaciones establecidas en el contrato (fls. 5 a 10 Cdno. 2).

Aunado a ello, los testimonios de William Forero Muñoz y Guillermo Antonio Galeano Osorio, en calidad de compañeros de trabajo del demandante al servicio del ente accionado, dieron cuenta al unísono, de que el demandante prestó sus servicios personales al servicio del ente accionado, entre los años 2008 y 2015, de manera interrumpida, pues los contratos no eran continuos ya que se hacían por distintos lapsos de tiempo, y que desempeñó labores de mantenimiento de vías, escuelas, casetas comunales, entre otros, debiendo cumplir un horario de trabajo de 7 am a 5 pm.

 De aquí que, estando probada la prestación personal del demandante, en su condición de trabajador oficial, pues no cabe duda que desarrollo labores de mantenimiento, conservación y construcción de obras públicas, se activa en favor de aquel la presunción legal según la cual dicha labor se desarrolló en el marco de un contrato de trabajo; por lo que le correspondía al extremo pasivo, desvirtuar dicha presunción, demostrando que la relación contractual estuvo regida por otro tipo de contrato de naturaleza distinta a la laboral, ausente del elemento esencial de la subordinación.

Sin embargo, ninguna prueba allegó con ese propósito, como quiera que se limitó a indicar que se tuvieran como medios de prueba las allegadas con la demanda, que corresponden a los contratos de prestación de servicios atrás referidos, dos certificaciones laborales con temporales, una certificación de la Dirección Administrativa de Talento Humano atinente al número de afiliados al sindicato de Trabajadores del Municipio de Pereira, la reclamación administrativa, una certificación de los emolumentos devengados por un trabajador oficial entre el 2011 y el 2014 y, una certificación de las prestaciones sociales a las que tiene derecho un trabajador oficial sindicalizado (fls.22 a 36).

Tales medios de prueba, en modo alguno contribuyen a desvirtuar la presunción legal en favor del trabajador, pues no demuestran la independencia y autonomía que el contratista debe exhibir en el marco de un contrato de prestación de servicios profesionales, máxime que para desarrollar el oficio o la tarea que le fue encomendada al actor, no se requiere acudir a personal con conocimientos especializados en determinada materia.

Por el contrario, si se reparan las declaraciones escuchadas en el curso del proceso, de manera indefectible se infiere que las labores que el actor ejecutó, fueron desplegadas bajo la continuada dependencia y subordinación del ente territorial, por medio del personal de supervisión o de la Jefatura de operaciones adscrito al ente territorial, pues así lo expuso de manera clara y contundente el declarante William Forero Muñoz, al indicar que tales funcionarios le imponían al demandante ordenes e instrucciones de trabajo que debía realizar y lo direccionaban a los lugares donde debía asistir a prestar las labores de construcción, las cuales en muchas ocasiones debían prestar a la par con el personal de planta, mencionando entre varios supervisores a los señores Rubén Idárraga y Jeison Palacio, como trabajadores de la Alcaldía de Pereira.

Indicaron además que los implementos y herramientas de trabajo eran entregados directamente por el taller del Municipio –Secretaria de Infraestructura; que cuando el lugar de trabajo asignado era lejos se les otorgaba transporte por cuenta de este; que el demandante debía informar a su jefe inmediato en caso de tener que ausentarse y, que además no podía delegar el cumplimiento de sus funciones en un tercero, por cuanto no estaba facultado para enviar a alguien a realizar las labores de construcción que le habían sido encomendadas.

Todos estos aspectos denotan sin dubitación alguna, la citada subordinación y dependencia a la que estuvo sujeto el demandante en relación con el ente territorial accionado, por lo que, bajo esas circunstancia se desvanece todo esfuerzo encaminado a poner de manifiesto la ejecución de la labor con total y plena libertad y autonomía técnica y directiva, en orden a pregonar la existencia de un contrato de prestación de servicios, como lo alega la entidad accionada en su recurso de alzada.

Bajo ese contexto, resulta evidente que ningún error fáctico o jurídico cometió la A-quo al considerar en aplicación del referido principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que los contendientes estuvieron atados por una relación de carácter laboral, pues de la valoración probatoria no se observa cosa distinta a que durante la ejecución de la labor, el demandante estuvo sometido a órdenes e instrucciones de personal vinculado, recibiendo como contraprestación por sus servicios una suma igual a $1`140.000 mensuales; que cumplió un horario de trabajo que no tuvo auto control en la prestación del servicio, es decir no actuó con plena autonomía e independencia, quedando al descubierto la sujeción y sometimiento a la voluntad del contratante.

En consecuencia, se mantendrá incólume este punto de la sentencia.

De otro lado, la parte recurrente cuestiona la declaratoria de existencia de vinculación laborales con antelación al año 2015, al considerar que los hitos temporales de estas no quedaron debidamente acreditados en el proceso, en razón a que las certificaciones que obran en el plenario corresponden a empresas distintas a las que el demandante mencionó en su interrogatorio de parte y además no contemplan la empresa usuaria en favor de quien se prestó el servicio.

Así las cosas, con vista en los reclamos planteados en el recurso de apelación, la Sala se centrará en definir los extremos de la relación laboral que mantuvo el señor James Aguirre Ruiz con el Municipio de Pereira, con antelación al año 2015, con base en los medios de convicción obrantes en el proceso.

Para dichos efectos, lo primero que debe advertirse es que la prueba testimonial recopilada en la actuación fue clara en indicar que el demandante prestó sus servicios personales en favor del Municipio de Pereira, entre el año 2008 y el 2015 cuando terminó debido al cambio de administración; los declarantes manifestaron que la contratación se daba en períodos que podían oscilar entre seis, ocho o nueve meses, y pese a que no indicaron con exactitud las fechas de inicio y terminación de cada una de las vinculaciones que el demandante tuvo con el ente territorial accionado, lo cierto es que sí coincidieron en afirmar que la contratación casi siempre se daba para el mes de febrero y que se extendía hasta octubre o noviembre de cada año, o incluso podía ir hasta el mes de diciembre. Indicaron además que el demandante, al igual que ellos, estuvo vinculado a través de cooperativas o empresas de servicios temporales y luego de manera directa con el ente accionado.

En términos similares se pronunció el demandante en su interrogatorio de parte, al indicar de manera textual: “*estuve vinculado con empresas de servicios temporales, son bolsas de empleo, ellas le trabajan al municipio”*, “*le trabajábamos al municipio por intermedio de ellas*”. Refirió además que entre el 2009- 2010, estuvo vinculado con Sertempo y después con Servitemporales.

 Ahora bien, en relación con las certificaciones laborales objeto de inconformidad por la parte recurrente, se tiene que en la primera de ellas la EST Summar Productividad certifica que el demandante laboró en dicha empresa, desempeñándose como empleado de *“ejecución de obra”* desde el 17 de marzo y el 22 de noviembre de 2009, devengando como último salario la suma de $496.900 (fl.12).

Así mismo, de la certificación expedida por la sociedad Temporarios S.A. se colige que el demandante laboró en condición de *“obrero”* desde el 19 de febrero y el 3 de septiembre de 2010, devengando un salario básico de $517.510 (fl.23).

En relación con la primera de ellas, una vez consultada la página web a través del enlace <https://www.summar.com.co/>, se observa que anteriormente dicha compañía tenía como razón social Sertempo Cali S.A. y que a partir del 1 de junio de 2015 cambió su marca a Summar Productividad. Lo anterior permite evidenciar que se trata de la misma empresa de servicio temporal que el demandante trajo a colación en su declaración de parte. De otro lado, la consulta efectuada en relación con la otra empresa ningún resultado satisfactorio arrojó, en tanto que, no cuenta con página web propia. Cabe además mencionar que el demandante confesó que no laboró con el Municipio de Pereira entre los años 2012 y 2014.

Así las cosas, analizadas de manera conjunta y sistemática las pruebas traídas al proceso, la Sala considera que es posible determinar las fechas en que el actor prestó sus servicios personales en favor del municipio accionado con antelación al año 2015, concretamente, durante los años 2009 y 2010, pues se cuenta con elementos que permiten hacer inferencias lógicas y lograr tal cometido a través de la prueba indiciaria.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que es un hecho cierto que el actor prestó sus servicios personales en favor del municipio accionado durante dichas anualidades, en calidad de obrero, y que lo hizo a través de sendas vinculaciones con empresas de servicios temporales, tal como dio cuenta la prueba testimonial, de modo que, con arreglo a las certificaciones laborales aportadas al infolio es posible inferir en sana lógica y jurídica, que las vinculaciones laborales con tales empresas, en efecto se dieron, cuando menos, durante los períodos que allí se están certificando.

No es posible inferir a juicio de la Sala, que durante el año 2009 la relación laboral estuvo vigente entre el 1 de febrero y el 30 de diciembre de esa anualidad, ni tampoco que en el 2010 lo fue desde marzo hasta diciembre, como lo hizo la sentenciadora de primer grado, pues en realidad, esos hitos temporales no están evidenciados de manera clara e inequívoca, si se tiene en cuenta que las pruebas testimoniales afirmaron de manera contundente que los contratos podían ser de seis, ocho o nueve meses. De allí que, no pueda tenerse certeza de los lapsos en que el demandante prestó sus servicios en dichas anualidades, pues como se dijo, no hay pruebas precisas de la fecha de inicio y terminación, y en todo caso, la determinación aproximada que se hace de ellas tiene como fundamento la prueba indiciaria, según se explicó precedentemente.

Siendo así las cosas, se reitera, para la Sala resulta plausible admitir que, cuando menos, el demandante prestó sus servicios personales en favor del Municipio entre el 17 de marzo y el 22 de noviembre de 2009 y, posteriormente, desde el 19 de febrero y el 3 de septiembre de 2010.

En consecuencia, se modificará el ordinal 1º de la sentencia en tal sentido, sin que tenga otras implicaciones condenatorias para el ente accionado, en consideración a que la primera instancia declaró prescritas las acreencias laborales derivadas de las relaciones laborales ejecutadas con antelación al año 2015, y además se abstuvo de condenar al reintegro de los aportes al sistema de seguridad social presuntamente cancelados por la parte activa, ante la falta de prueba de dichos pagos.

Respecto de la última vinculación laboral que fue declarada por la A-quo entre el 11 de febrero y el 29 de diciembre de 2015, la cual debe ser objeto de análisis en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor de la entidad demandada, la Sala dirá que dicha declaratoria no merece reproche alguno, por cuanto la prueba documental aportada al plenario, concretamente, los contratos de prestación de servicios a los que se hizo alusión previamente (fls. 24 a 29), suscritos el 11 de febrero y el 30 de octubre de 2015, en concordancia demás documental a que se hizo alusión, es demostrativa de su existencia y vigencia durante los extremos en que fue declarada, motivo por el cual se confirmará este punto de la sentencia. Por consiguiente, se procederá a verificar las acreencias laborales que fueron objeto de condena por la primera instancia, derivadas de la referida vinculación laboral.

De manera previa, cabe advertir sin necesidad de mayores elucubraciones al respecto, que el demandante es beneficiario de la convención colectiva suscrita entre su organización sindical y el Municipio de Pereira, en consideración a que el sindicato firmante de dicho acuerdo convencional, tiene el carácter de mayoritario, por tener a más de la tercera parte del total de los trabajadores de la entidad, afiliados al mismo, tal como se colige de la certificación obrante a folio 36; circunstancia entonces que en los términos del artículo 471 del C.S.T. da lugar a que se extiendan a todos los trabajadores de la misma, sean sindicalizados o no, los beneficios convencionales allí consagrados.

 **Acreencias laborales**:

* **Auxilio de transporte**: Según la convención colectiva de trabajo vigente para los año 2014 a 2016, que compila los acuerdos convencionales suscritos entre el municipio de Pereira y el sindicato de sus trabajadores desde el año 1991, tienen derecho a esta prestación económica los trabajadores que devenguen menos de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y como el trabajador devengaba para el año 2015, menos de 2 SMLMV, tiene derecho a que se le reconozca esa prestación económica.

 Establece el compendio normativo, que al auxilio de transporte convencional de $12.535, se le debe incrementar el porcentaje establecido por el Gobierno Nacional para el año 1993 más 4 puntos adicionales y a partir del año 1994 se incrementará únicamente en el porcentaje determinado por el Gobierno Nacional. En ese orden, para el año 2015, el auxilio de transporte convencional asciende a la suma de $127.839 mensuales, por lo que el demandante tiene derecho por los servicios prestados entre el 11 de febrero y el 29 de diciembre de 2015, a la suma de **$1`359.355**, suma inferior a la reconocida por la A-quo en cuantía de $1`401.760. Por ende, se modificará la condena por este concepto, atendiendo las resultas en esta instancia.

* **Compensación de vacaciones.** Los artículos 8º del Decreto 3135 de 1968 y 47 y 48 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, establecen que los trabajadores oficiales tienen derecho a que sus vacaciones sean compensadas en dinero, por cada año de servicios. Dicha compensación equivale, en este caso, al pago de 15 días hábiles de salario por cada año de servicios o proporcional por fracción, tal como lo dispone el artículo 1º de la Ley 995 de 2005, con la respectiva inclusión de la doceava de la prima de servicios, al tenor de lo previsto en el artículo 17 del Decreto 1045 de 1978 en concordancia con el artículo 4º del Decreto 1919 de 2002.

 En ese orden, de acuerdo con los cálculos realizados en esta instancia, con prescindencia de la doceava de la prima de servicios, puesto que la a-quo no la tuvo en cuenta, el demandante tiene derecho al pago de **$505.083** por este concepto**,** por los 319 días laborados, que corresponden 13,29 días de vacaciones. No obstante, como quiera que la A-quo emitió condena por $567.478, se modificará la condena en tal sentido.

* **Prima de navidad:** De acuerdo con 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, se tiene derecho al pago equivalente a un mes del sueldo o salario mensual al 30 de noviembre de cada año de servicio prestado o proporcional al tiempo laborado siempre y cuando sea un mes completo de servicios. Por ende, al actor le corresponde la suma de **$950.000** por 300 días laborados que corresponden a 10 meses completos de labor del año 2015. Se modificará igualmente la condena en ese aspecto.
* **Prima extralegal de junio:** Se reconoce en el punto 53 Lit b) de la convención colectiva, que los trabajadores del Municipio de Pereira tendrán derecho como primas extralegales, entre ellas, a la extralegal de junio a 30 días de salario o proporcional por los tiempos de servicios prestados en el primer semestre del año, por lo que el demandante tiene derecho a que se le reconozca por este concepto por los servicios prestados entre el 11 de febrero y el 30 de junio de 2015, una suma equivalente a **$880.333** y no a $1`268.210 como lo estimó la a-quo, por lo que se modificará igualmente el monto de la condena impuesta.
* **Cesantías:** De conformidad con el artículo 4º del Decreto 1919 de 2002, la liquidación de esta prestación debe hacerse con base en lo dispuesto en los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 13 de la Ley 344 de 1996, así como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que reglamentó lo atinente a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantías, para lo cual indicó que debe atenderse no sólo la asignación básica mensual, sino también las primas de navidad, de servicios y de vacaciones, entre otros, que reciba el trabajador oficial, por lo que se genera el derecho a que se reconozca por ese concepto, 30 días de salario por cada año de servicios prestados o proporcionalmente por fracción. En ese entendido, el accionante tiene derecho a percibir por esta prestación la suma de **$1’193.597**[[1]](#footnote-1)

 Finalmente, en relación con el cuestionamiento que hace la parte recurrente en torno a la sanción moratoria prevista en la Ley 797 de 1946, a la que accedió la A-quo, es menester hacer las siguientes precisiones:

 Por adoctrinado se tiene que la imposición de tal sanción moratoria no es automática, sino que exige del juzgador un análisis concienzudo en torno al comportamiento contractual del obligado a la finalización del contrato, en aras de auscultar las razones atendibles que justificaran o no su conducta omisiva al pago de salarios o prestaciones sociales, con miras a determinar si el empleador, actuó válidamente bajo la convicción de no estar frente a un contrato de trabajo o si tal omisión de pagar, se generó en contravía de la buena fe.

 En el caso puntual, se evidenció que las circunstancias que rodearon la prestación personal del servicio del actor en favor de la entidad territorial fueron claras y no daban para poner en tela de juicio la naturaleza de los contratos de trabajo habidos entre las partes, si se tiene en cuenta que se encontraron evidenciados a cabalidad los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo; que la labor desplegada por el actor correspondía a la de un trabajador oficial de planta, y que la vinculación a través de terceros intermediarios o de aparentes contratos de prestación de servicios, correspondieron a actos meramente formales, cuya finalidad no era otra distinta a ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo para eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales en favor del trabajador.

 Por lo anterior, al no ser observados visos de buena fe en el comportamiento de la entidad demandada, que ameriten la exoneración de la sanción moratoria por el impago de las acreencias laborales en favor del trabajador, imposible resulta atender el recurso presentado por la entidad demandada, pues justamente lo que se cuestiona es la actitud que asumió esta de acudir a modalidades de contratación de aparente legalidad, pero en la realidad, contrarias a los postulados de buena fe, las cuales poseían el único y deliberado propósito de esconder típicas y genuinas relaciones de trabajo subordinado y evadir las responsabilidades como empleador.

 Así las cosas, teniendo en cuenta que existen créditos laborales a cargo del Municipio de Pereira y en favor del trabajador, y que no se demostraron razones atendibles de buena fe, es procedente la imposición de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las obligaciones, tal como lo concluyó la A-quo.

 Tal condena, al tenor del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, se activa una vez transcurridos los noventa (90) días, contados a partir de la fecha en que se hizo efectivo el retiro del trabajador, de modo que, como en el presente asunto la última relación laboral culminó el 29 de diciembre de 2015, la sanción moratoria correría a partir del 29 de marzo de 2016, a razón de un día de salario equivalente a $38.000, por cada día de retardo y hasta que se verifique el pago total de la obligación. Sin embargo, como quiera que la sentenciadora de primer grado impuso tal condena a partir del 1° de abril de 2016, se mantendrá incólume este punto de la sentencia, en virtud del principio de la non reformatio in pejus y el grado jurisdiccional de consulta que le asiste al ente territorial.

.

 Con lo expuesto, quedan resueltos en su integridad los puntos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor del Municipio de Pereira.

 En consecuencia, se modificarán los ordinales 1° y 3° de la sentencia de primer grado, en los términos señalados precedentemente.

 Sin costas en esta instancia, debido a la prosperidad parcial del recurso de apelación en torno a los extremos de las relaciones laborales, y a que el asunto se analizó en grado de consulta.

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

**RESUELVE**

**1. MODIFICAR PARCIALMENTE** el numeral primero de la sentencia proferida el 16 de mayo de 2016 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, en el sentido de indicar que el primer contrato de trabajo habido entre el señor James Aguirre Ruiz y el Municipio de Pereira, se dio entre el 17 de marzo y el 22 de noviembre de 2009; y el segundo, entre el 19 de febrero y el 3 de septiembre de 2010.

**2. MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia antes referida, el cual quedará así:

“**CONDENAR** al Municipio de Pereira a reconocer y pagar en favor del señor James Aguirre Ruiz, las siguientes sumas:

* Por cesantías: $1’193.597
* Prima de navidad: $950.000
* Vacaciones: $505.083
* Auxilio de transporte convencional: $1`359.355
* Prima extralegal de junio: $880.333

**3. CONFIRMAR** lo demás.

 **4**. Sin Costas en este grado.

Notificación surtida EN ESTADOS.

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

 Magistrada Magistrada

1. (remuneración salarial + 1/12 prima de navidad + Auxilio Transporte.) = (1.760.000 + 79.167 + 127.839) \* 319 / 360 = $1.704.457 [↑](#footnote-ref-1)