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: CONRATO DE TRABAJO / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD / SUBORDINACIÓN, ELEMENTO ESENCIAL QUE HACE LA DIFERENCIA / SERVIDORES PÚBLICOS DE LOS MUNICIPIOS / CLASIFICACIÓN / EMPLEADOS PÚBLICOS Y TRABAJADORES OFICIALES.**

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…

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…

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 en favor del ente público, para que se infiera que el mismo se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral…

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, entendiendo 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…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | Aldemar de Jesús Ramos Arias  |
| Demandado: | Municipio de Pereira |
| Radicación No. | 66001-31-05-001-2017-00017-01 |
| Juzgado de origen: | Primero Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral  |
| Providencia: | Sentencia del 24 Agosto de 2020  |
| Decisión: | MODIFICA |

Registro del proyecto: trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020)

Acta de discusión No. 115 del dieciocho ((18) de agosto de dos mil veinte (2020)

Pereira, Risaralda, veinticuatro (24) de agosto 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 27 de junio de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia de la referencia.

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

**SENTENCIA**

1. **ANTECEDENTES**

**1.1. 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 2 de febrero y el 30 de diciembre de 2015. En consecuencia, pide que se declare que es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo vigentes, así como que tiene derecho a título de compensación o indemnización de perjuicios a los siguientes conceptos: al nombramiento como trabajador oficial de dicho ente territorial a término indefinido, al pago de vacaciones, cesantías, prima de navidad y de vacaciones, el auxilio de transporte, la diferencia salarial en relación con un empleado de planta, 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, los salarios dejados de percibir, la indexación y las costas del proceso a su favor.

Como fundamento fáctico de tales pretensiones expuso, en síntesis, que prestó sus servicios personales bajo la continua dependencia y subordinación 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, incluyendo días festivos; que recibió como último salario la suma de $1´250.000, sin que le hubieren sido reconocidas y pagadas las prestaciones sociales y demás conceptos que reclama. Indica que la vinculación se dio a través de sendos contratos de prestación de servicios; que en el Municipio accionado existe el Sindicato de Trabajadores mayoritario, el cual cuenta con convenciones colectivas vigentes desde 1991; que el 27 de mayo de 2016 presentó reclamación administrativa ante la entidad demandada, y que mediante oficio No. 22885 de esa anualidad la entidad aduce que el vínculo no es de carácter laboral sino de prestación de servicios.

* 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, alegando la inexistencia 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 los que denominó “Inexistencia de la obligación demandada”, “Falta de competencia o excepción inepta demanda por falta de requisitos formales: falta de agotamiento parcial de la reclamación administrativa”, “Prescripción” y “Compensación”. (ver folios 39 a 47).

1. **SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

 Clausurado el debate probatorio, la sentenciadora de primer grado puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 27 de junio de 2019, en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el Municipio de Pereira, entre el 3 de marzo y el 30 de diciembre de 2015. Condenó por tanto al Municipio de Pereira a cancelar las prestaciones sociales legales y convencionales derivados de dicha relación laboral, tales como reajuste salarial, auxilio de cesantías, vacaciones compensadas, prima extralegal de junio y prima de navidad, así como la sanción moratoria establecida en la Ley 797 de 1949, a partir del 1° de abril de 2016 y hasta el pago efectivo de la obligación.

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 sendos contratos de prestación de servicios directos, cuyos alcances eran los 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 ingenieros o jefes operativos de planta se encargaba de impartir ordenes e instrucciones al trabajador, indicándole dónde y cuáles eran las labores que debía ejecutar, valoró además la prueba testimonial recepcionada, encontrando que con apoyo en ella se acreditó que el demandante debía cumplir horario y requerir permisos por intermedio del ayudante de obra, como coordinador de las labores a ejecutar, quien solo otorgaba el permiso en caso de ser autorizado por los ingenieros del municipio.

Derivó los hitos temporales de las actas de inicio de los contratos de prestación de servicios suscritos de manera directa con el municipio accionado. De otra parte, estimó que el demandante fue beneficiario de la convención colectiva suscrita entre el ente territorial y su organización sindical, por cuanto esta agrupa a más de la tercera parte del total de los trabajadores del Municipio, siendo el sindicato mayoritario, lo que conlleva a que se extienda automáticamente la aplicación de los beneficios a todos los trabajadores.

En torno a la indemnización moratoria por no pago de prestaciones sociales, la encontró procedente al estimar que el comportamiento del ente territorial demandado de disfrazar la relación laboral a través de sendos contratos de prestación de servicios no podía ser catalogado como un componente de buena fe.

 Absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas procesales a la parte vencida en juicio, tasadas en una proporción del 80% 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 en primer lugar, con la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, para lo cual solicitó la valoración de la prueba testimonial traída al proceso por el demandante, pues a su juicio, esta es indicativa de que el trabajador recibió instrucciones no solo de los ingenieros de la obra sino también del declarante, quien manifestó ser el encargado de disponer y asignar algunas labores que se debían desarrollar. Se mostró inconforme además con la condena al pago de la indemnización moratoria a la que accedió la A-quo, al considerar que (i) según el libelo genitor del proceso se peticionó la sanción moratoria del artículo 65 del CST, la cual no es aplicable a trabajadores oficiales; (ii) la entidad territorial obró de buena fe en la celebración de los contratos de prestación de servicios y siempre tuvo el convencimiento pleno de ello; (iii) los 90 días de gracia para la imposición de esta sanción contemplada en la Ley 797 de 1949, deben ser contabilizados como días hábiles y no calendario, con fundamento en la Ley 4 de 1913 y, (iv) la imposición de dicha sanción debe considerarse a partir de la declaratoria del contrato y la ejecutoria de la sentencia.

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 a desatarse el grado jurisdiccional de consulta.

1. **ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término otorgado a las partes para descorrer el traslado, estas guardaron silencio. El Procurador Judicial del Ministerio Público allegó escrito al correo institucional del Despacho, 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***, cuál fue en realidad la naturaleza jurídica del vínculo contractual que ligó a las partes. ***En segundo lugar***, en virtud a la consulta que debe surtirse en favor del ente demandado y de encontrarse que el vínculo que ató a las partes fue un contrato de trabajo, deberán verificarse los extremos temporales declarados en la primera instancia y la procedencia de la condena al pago de las acreencias laborales a que se condenó a la demandada. Finalmente, de confirmarse la existencia de un contrato de trabajo deberá, ***en tercer lugar*** conforme al recurso de alzada determinarse la procedencia de la indemnización moratoria por falta de pago prevista en la Ley 797 de 1949 y si se encuentran razones que demuestren la buena fe que permitan exonerarlo de la condena. En caso de resultar viable la condena, conforme al recurso de alzada se determinará el momento a partir del cual es procedente la imposición de la misma.

 **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 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.

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 en favor del ente público, 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 cualquier naturaleza distinta a la laboral mediante la prestación de servicios 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 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, aquellos que ejecuten labores de construcción y sostenimiento de obras públicas, entendiendo 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 “s*on 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.

**5.5. Caso concreto**

 **5.5.1.** **De la naturaleza del vínculo contractual celebrado entre las partes.**

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 del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión No. 1353 y su correspondiente adición en tiempo y valor No.1, suscritos entre el Municipio de Pereira y James Aguirre Ruíz, fechados el 03 de marzo y noviembre 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 dicho contrato y su correspondiente adición, se estableció que el objeto del mismo era la “*prestación de servicios de apoyo en el desarrollo del proyecto implementación de programas de generación de empleo en el Municipio de Pereira”*, para lo cual el contratista debía brindar “1. Apoyo a la Secretaría de Infraestructura ***en las labores de construcción y rehabilitación de pavimentos y andenes, obras inscritas dentro del Plan Generación de Empleo 2015, desempeñando labores como AYUDANTE DE CONSTRUCCIÓN, y cumpliendo con las especificaciones técnicas recomendadas. (…) 3. Apoyo a la Secretaria de Infraestructura en el desarrollo de labores de construcción y rehabilitación de 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.20 a 23).

Tales labores fueron cumplidas a cabalidad de manera personal por el demandante, tal como se colige de las actas de inicio y de terminación del contrato, así como del certificado de Secretaría de Infraestructura expedida el 30 de diciembre de 2015, en los que se deja expresa constancia que el demandante cumplió correctamente con todas las obligaciones establecidas en el contrato (fls.61 a 63), sino además de la prueba testimonial recopilada en el curso del proceso, esto es, la declaración del señor Jesús Amado Arias, quien manifestó que en su calidad de ayudante de obra y compañero de trabajo del demandante al servicio del ente territorial accionado, presenció de manera directa la prestación personal del servicio del demandante en el año 2015, quien al igual que él desempeñó labores de mantenimiento de vías, escuelas, casetas comunales, entre otros.

Del análisis de dicha prueba testimonial, se advierte que contrario a lo aseverado por la recurrente, las labores que el demandante ejecutó, fueron desplegadas bajo la continuada dependencia y subordinación del ente territorial, por medio de los ingenieros de obra o jefes de supervisión de operaciones adscritos al ente territorial. La declaración del referenciado testigo, Jesús Amado Arias, que además se observa clara, espontánea y coherente relata cómo eran los ingenieros de obra o jefes de supervisión, quienes imponían a todos los trabajadores el lugar donde debían desplegar las actividades o labores a realizar, así como los horarios que debían cumplir, inicialmente de 7:00 am a 4:30 pm, con una hora de almuerzo, extendiéndose posteriormente hasta las 5:00 pm, otorgándoseles media hora al medio día para la ingesta de alimentos. El testigo refirió además que si bien él era la persona que coordinaba determinadas actividades, en tanto que, en algunas ocasiones en las que coincidió en labores con el demandante, lo disponía para el traslado de material de construcción, lo cierto es que las directrices respecto a la actividad, la forma y la cantidad en que todos los obreros y ayudantes de obra debían realizar el trabajo, incluso los de planta, provenían de manera directa de los ingenieros y supervisores, mencionando entre varios a “*Ramón, Lina María y Francisca*”, como trabajadores de la Alcaldía de Pereira. Sostuvo además que los implementos y herramientas de trabajo eran entregados directamente por el Municipio, y que, aunque él era el canal para realizar las distintas solicitudes de permisos, debía solicitar autorización a los ingenieros o supervisores para su otorgamiento, pues eran estos quienes daban el visto bueno para que realizara dicha gestión. Finalmente, indicó que ninguno de ellos estaba facultado para delegar el cumplimiento de sus funciones en un tercero, ni designar a alguien en remplazo.

 De aquí que, estando probada la prestación personal del demandante, en su condición de trabajador oficial, pues no cabe duda que desarrolló labores de mantenimiento, conservación y construcción de obras públicas, se activa de manera automática 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.

No obstante, ninguna prueba se allegó con ese propósito, como quiera que la pasiva se limitó a indicar que se tuvieran como pruebas la documental allegada con la demanda, prueba que se circunscribe a los contratos de prestación de servicios atrás referidos, 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 32). También solicitó que se oficiara al ente territorial a fin de que este remitiera el acta de inicio y los informes de supervisión de los contratos de prestación de servicios suscritos con el demandante, los cuales valga anotar, solo contribuyen a acreditar la prestación personal del servicio y el cumplimiento satisfactorio del objeto del contrato.

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 las tareas encomendadas al actor, ***(“labores de construcción y rehabilitación de pavimentos, andenes, escenarios deportivos, cunetas, huellas, transversales, placa huella, actividades de estabilización de vías, edificaciones públicas y obras”)*** no se requiere acudir a personal con conocimientos especializados en determinada materia.

Todos estos hechos probados en el proceso 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 de este proceso estuvieron atados por una relación de carácter laboral, pues de la valoración conjunta del acervo probatorio 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 una contraprestación mensual por sus servicios; 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 cuanto a los hitos del vínculo laboral, no es mucho lo que deba agregarse a la decisión de primera instancia, pues evidente resulta que existió un solo contrato de trabajo, sin que exista dificultad en torno a la identificación de sus extremos temporales, bastando con observar que el acta de inicio y terminación da cuenta que el plazo inicialmente pactado fue el 3 de marzo al 2 de noviembre de 2015 y que posteriormente el plazo fue adicionado en 1 mes y 28 días más, extendiéndose hasta el 30 de diciembre de 2015 inclusive.

Por las razones expuestas, la Sala mantendrá incólume este punto de la sentencia, CONFIRMÁNDOLA en consecuencia.

 **5.5.2. En cuanto a la sanción moratoria estipulada en el Decreto 797 de 1949**.

Debe recordarse que el A-quo dio viabilidad a dicha condena al estimar que el comportamiento del ente territorial demandado que buscó disfrazar la relación laboral a través de sendos contratos de prestación de servicios no podía ser catalogado como un componente de buena fe.

 Revisado el escrito de demanda se observa que en efecto como lo alega el recurrente, el señor Aldemar de Jesús Ramos Arias enlistó como pretensión derivada de la omisión del pago de salarios y prestaciones sociales la condena al Municipio de Pereira al pago de la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T., norma que no es la que gobierna los casos de los trabajadores del sector público, pues ese tipo de sanción está establecida en el Decreto 797 de 1949.

Lo primero que debe decirse, es que esa equivocación del litigante en la indicación de las normas aplicables al caso, no da lugar a inhibirse del estudio y de ser el caso - por procedente - a ordenar las condenas a que haya lugar con base en las normas que resulten aplicables. El órgano de cierre de la especialidad laboral ha sido enfático al establecer que es al operador judicial a quien le corresponde determinar en derecho las normas que gobiernan el caso, aun con prescindencia de las normas que hayan sido invocadas por las partes, por ser el juez *“… el llamado a subsumir o adecuar los hechos acreditados en el proceso a los supuestos de hecho de la norma que los prevé para de esa manera resolver el conflicto.”*(Ver entre otras la sentencia SL17741 de 11 de noviembre de 2015 radicación Nº 41927).

De modo que, no se equivocó la falladora de primer grado al realizar la adecuación correspondiente tomando en consideración la norma que en realidad gobierna el asunto, puesto que, al haberse acreditado que el Municipio de Pereira le adeuda al demandante sumas de dinero correspondientes a salarios y prestaciones sociales, al operador judicial le correspondía determinar cuál era la norma en la debía subsumir los hechos probados, que no es una distinta del art. 1° del Decreto 797 de 1949, al evidenciar que se trata de un trabajador oficial de un ente territorial. Lo anterior impone despachar de manera desfavorable los pedimentos del recurso de alzada de la pasiva en tal punto.

 De otro lado, adoctrinado está, que la imposición de la sanción moratoria consagrada en el artículo 1° de la Ley 797 de 1.949 no es automática, sino que exige del juzgador un análisis concienzudo en torno al comportamiento contractual del empleador a la finalización del contrato, en aras de auscultar si existieron razones atendibles que justificaren su conducta omisiva en el pago de salarios y/o prestaciones sociales, con miras a determinar si en realidad actuó bajo la convicción de no estar frente a un contrato de trabajo o si por el contrario, tal omisión 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 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 de gracia, para que las entidades reconozcan los créditos laborales, contados a partir de la fecha en que se hizo efectivo el retiro del trabajador.

En torno a establecer si dicho plazo de 90 días de gracia, son calendario o si solo se contabilizan los días hábiles, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL981-2019, indicó:

*… Pues bien, todo lo reseñado, así como los ejemplos enunciados, se traen a colación para precisar:*

*(i) que el contrato de trabajo se ejecuta todos los días, desde su inicio hasta su finalización, incluyendo días de descanso obligatorios y festivos;*

*(ii) por lo anterior, algunos plazos en días referidos al contrato de trabajo en los cuales la ley no califica si son hábiles o calendario, deben entenderse corridos;*

*(iii) en tal orden de consideraciones, el plazo de 90 días, precisamente establecido para la liquidación del contrato de trabajo, es calendario;*

*(…) En consecuencia, hoy carece de justificación que la entidad pública, so pretexto de una lectura amplísima del artículo 1.º del referido decreto, tarde más de 90 días comunes en liquidar los contratos de trabajo, en detrimento de los derechos de los trabajadores a percibir sus créditos laborales oportunamente para satisfacer sus necesidades de subsistencia».*

La breve reseña jurisprudencial no necesita explicación adicional de la Sala para corroborar que el plazo de los 90 días concedidos al empleador público se entiende como de días corridos y no hábiles como lo aspira la parte demandada, por lo que, que si el vínculo culminó el 30 de diciembre de 2015, la sanción moratoria debe correr a partir del 1 de abril de 2016, inclusive, a razón de un día de salario por cada día de retardo y hasta que se verifique el pago total de la obligación, equivalente a $56.424 pesos diarios, teniendo en cuenta que al momento en que finalizó el contrato de trabajo, el salario reajustado lo era por valor de 1´692.728, tal cual lo estimó la A-quo.

Finalmente, es del caso precisar que no es procedente la imposición de la referida sanción a partir de la ejecutoria de la sentencia, como lo plantea la parte recurrente, habida consideración de que dicha prestación se hace exigible como se dijo, vencido el término de gracia contado a partir de la finalización del vínculo laboral, siendo la sentencia judicial declarativa más no constitutiva de derechos, en cuanto se limita a declarar la existencia de hechos y actos anteriores a su proferimiento, que dieron nacimiento a consecuencias jurídicas desde su ocurrencia y que en todo caso preexisten a la decisión judicial. Por ende, se despacha de manera desfavorable este aparte del recurso.

.

 Con lo expuesto, se considera quedan resueltos en su integridad los puntos de apelación.

Precisado lo anterior, y con el fin de cumplir con el objeto del **Grado Jurisdiccional de Consulta** que se surte a favor del ente territorial accionado, como lo prevé el artículo 69 del C.P.L.S.S., la Sala procederá a verificar las acreencias laborales que fueron objeto de condena por la primera instancia, derivadas del contrato de trabajo suscitado como se dijo, entre el 3 de marzo y el 30 de diciembre de 2015.

De manera previa, se advierte 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 31; 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. Punto que valga la pena recordar, no mereció reproche alguno de la pasiva.

 **Acreencias laborales**:

**- Reajuste Salarial.** De conformidad con el contrato de prestación de servicios No. 1353 de 2015 suscrito entre las partes, y su correspondiente adición en valor y tiempo, el demandante recibía pagos mensuales por valor de $1´140.000. Ahora bien, teniendo en cuenta la certificación expedida por la Directora Administrativa de Talento Humano del Municipio de Pereira, (fl.74) en la que se hace constar que los trabajadores del ente territorial que se desempeñan como obreros en el año 2015 devengaban un salario mensual equivalente a por lo menos $1.692.728, monto que resulta mayor al recibido por el demandante, quien ejercía esas mismas funciones; el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la correspondiente diferencia salarial, que según los cálculos efectuados por la Sala asciende a la suma de $5.490.431, tal como se ve en la siguiente tabla:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **NIVELACION SALARIAL**  | **SALARIO RECIBIDO** | **SALARIO REAJUSTADO** | **DIFERENCIA**  | **TOTAL**  |
| 03/03/2015 al 30/12/2015 | $1.140.000 | $1.692.728 | $552.728 | $5.490.431 |

 Teniendo en cuenta que la sentenciadora de primer grado condenó al pago de la suma de $5´277.701, valor inferior al que correspondía, y que la parte interesada no apeló este punto, pues está siendo analizado en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera en favor del ente municipal, no le es dable al Tribunal agravar la situación de este, motivo por el cual se mantendrá el valor irrogado en sede de primer grado.

* **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, la Sala encuentra que el demandante tiene derecho al pago de **$700.601** por este concepto**,** suma idéntica a la obtenida por la primera instancia y que corresponde a los 298 días laborados, que a su vez se traducen en 12,41666 días de vacaciones, motivo por el que se confirmará.

* **Prima de navidad:** El texto convencional de 1994 (CD fl. 33) contempla el reconocimiento de dicha prestación en un equivalente a 36 días de salario, para lo cual se deberán tenerse en cuenta los factores salariales del artículo 33 del decreto 1045 de 1978, teniendo en cuenta el salario al 30 de noviembre de cada año de servicio prestado o proporcional al tiempo laborado siempre y cuando sea un **mes completo de servicios**, siendo posible aplicar doceavas partes sobre determinadas prestaciones, sin embargo, como quiera que las mismas no fueron reconocidas por la a-quo, la liquidación se realiza sobre el salario básico recibido por el trabajador.

 Por ende, al actor le corresponde la suma de **$1´523.455** por 278 días laborados que corresponden a 9 meses completos del año 2015, lo que implica que se deberá modificar el numeral 3 de la sentencia en ese sentido, como quiera que la juez emitió condena por 36 días de salario, sin percatarse que el actor no laboró el año de servicios completo durante dicha anualidad.

* **Prima extralegal de junio:** Se reconoce en el punto 53 (Lit b) de la convención colectiva (CD fl.33), que los trabajadores del Municipio de Pereira tendrán derecho como prima 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 03 de marzo y el 30 de junio de 2015, una suma equivalente a **$1.109.640** y no a $1`692.728 como lo estimó la a-quo, pues se itera, al no haber laborado todo el semestre la liquidación debía hacerse de manera proporcional por el tiempo laborado en el primer semestre, 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, teniendo en cuenta que la A-quo no incluyó doceavas de ninguna prestación, la liquidación se realiza sobre la base del salario básico recibido, por lo que el accionante tiene derecho a percibir por esta prestación la suma de **$1’401.403**, que corresponde a los 298 días laborados en el año 2015, tal como lo estimó la primera instancia, por lo que se confirmará este punto de la sentencia.

Queda resuelto el grado jurisdiccional de consulta en favor del Municipio de Pereira.

Costas en esta instancia a cargo del Municipio accionado, dada la improsperidad del recurso de alzada interpuesto.

1. **DECISIÓN**

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**

**PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE** el numeral 3° de la sentencia proferida el 27 de junio de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso de la referencia, el cual quedará así:

“**CONDENAR** como consecuencia de la anterior decisión,al Municipio de Pereira, a reconocer y pagar en favor del señor Aldemar de Jesús Ramos Arias, las siguientes sumas:

* + Reajuste Salarial: $5´277.701
	+ Auxilio de cesantías: $1´401.203
	+ Vacaciones compensadas: $700.601
	+ Prima extralegal de junio: $1´109.640
	+ Prima de navidad: $1´523.455

**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás.

 **TERCERO:** Costas en esta instancia a cargo del Municipio de Pereira y en favor del demandante, dada la improsperidad del recurso interpuesto.

Cúmplase, notifíquese y devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Los integrantes de la Sala,

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

 Magistrada Magistrada

 Aclara voto