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.

Providencia: Sentencia del 21 de septiembre de 2020

Radicación No.: 66001-31-05-001-2017-00376-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandantes: Luis Humberto Marín Ciro

Demandado: Municipio de Pereira

Juzgado de origen: Primero Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD / SE APLICA CUANDO CONCURREN LOS ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO / VINCULACIÓN CONFORME A LA LEY 80 DE 1993 / TRABAJADOR OFICIAL / PRESTACIONES SOCIALES MÍNIMAS / BENEFICIOS CONVENCIONALES.**

Con ocasión de la aplicación directa del art. 53 de la Carta Fundamental, la Corte Constitucional ha establecido que el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades o por contratos escritos que desdicen de la realidad…

La legislación laboral, en consonancia con el aludido principio constitucional, prefija la existencia de un verdadero contrato laboral cuando se constate la concurrencia de sus tres elementos constitutivos y consustanciales, cuales son: i) la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario como retribución del servicio.

En tal sentido, en reiteradas oportunidades, esta Corporación ha precisado que se impone el principio de primacía de realidad cuando una entidad estatal pretende evadir o esconder una relación laboral bajo el ropaje formal de la figura del contrato estatal establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que es una modalidad de contratación claramente reglamentada y a través de la cual las entidades públicas pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, sin que en ningún caso se pueda perder de vista el elemento de la temporalidad de este tipo de modalidad contractual estatal, que, por su naturaleza, es de corta duración. (…)

… cabe recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que a los trabajadores oficiales se les aplican las disposiciones contenidas en sus contratos de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo, laudo arbitral o reglamento interno de trabajo, si los hay, y, por lo no previsto en ellos, la Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y el Decreto 1919 de 2002, en cuanto a prestaciones sociales mínimas se refiere.

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: DOCTOR JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Si bien acompaño la providencia en todo lo relativo al reconocimiento de la relación laboral y las condenas legales que de ello se derivan, me separo de la misma en cuanto al otorgamiento de beneficios convencionales por las siguientes razones: (…)

… para determinar la posibilidad de extender los beneficios convencionales en los casos de entidades públicas, lo primero que se debe establecer es ¿a quienes hace referencia la frase “del total de trabajadores de la empresa”?, porque en principio se podría decir, por la palabra “trabajador” que se usa, que se refiere al número de “trabajadores oficiales”, pero una lectura sistemática del código da cuenta de lo contrario. (…)

… me parece claro, y con esto recojo cualquier criterio que en contrario haya avalado con anterioridad, que la expresión “del total de los trabajadores de la empresa” utilizada por el artículo 471 del C.S.T. hace referencia al total de servidores públicos de la entidad.

En tal contexto, para extender los beneficios convencionales a un trabajador oficial no sindicalizado, por cumplirse la proporción exigida en el artículo 471 del C.S.T., debe aparecer la prueba en el expediente del número total de servidores públicos de la entidad, así como también la del número de estos que pertenecen a la organización sindical…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**21 de septiembre de 2020**

Acta No. 133 del 17 de septiembre de 2020

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y por el Magistrado JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **LUIS HUMBERTO MARÍN CIRO** en contra del **MUNICIPIO DE PEREIRA**.

**PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación impetrado por la entidad demandada contra la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el pasado 18 de agosto de 2019. Así mismo se revisará la sentencia en grado jurisdiccional de consulta a favor del municipio, dado que la decisión fue adversa a sus intereses. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

El señor **LUIS HUMBERTO MARÍN CIRO** afirma que prestó servicios personales y remunerados bajo la continuada dependencia y subordinación del Municipio de Pereira, entre el 1º de agosto de 2014 y el 31 de diciembre de 2015. Agrega que durante ese lapso laboró en el cargo de ayudante de obra; que la relación laboral se dio mediante la suscripción de varios contratos de prestación de servicios y que finalizó sin que mediara justa causa para la terminación por parte del empleador. Indica, igualmente, que el servicio debía prestarlo de lunes a domingo, incluidos los festivos, en horario de 07:00 a.m. a 04:30 p.m., en diferentes instalaciones del municipio, como parques, escuelas, vías, calles, entre otros lugares, conforme a las indicaciones de supervisores o funcionarios de la secretaría de infraestructura del ente territorial. Asimismo, señaló, que jamás le pagaron concepto alguno por prestaciones sociales (cesantías, primas, vacaciones, etc.) o derechos convencionales, ni se le consignaron las cesantías a un fondo privado como establece la ley, y que el 8 de agosto de 2016 presentó reclamación administrativa ante el municipio, obteniendo respuesta nugatoria del 31 de agosto de 2016.

Con sustento en lo anterior, pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada del 1º enero de 2011 al 30 de diciembre de 2015 y que declare igualmente, que durante ese lapso fue trabajador oficial y, por tanto, es beneficiario de las diferentes convenciones colectivas vigentes en el municipio para la fecha. Consecuencia de lo anterior, reclama condena al pago de cesantías, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones y compensación por lo pagado al sistema de seguridad social. Además del pago de la indemnización contemplada en la Ley 50/90 (art. 99), ante la falta de consignación de las cesantías y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T, lo mismo que al pago de la diferencia entre el salario reconocido a un empleado de planta y lo que le fue reconocido a él por desempeñar las mismas funciones de estos, el auxilio de transporte, la prima extralegal, prima de navidad y la indexación de la condena.

En respuesta a la demanda, el **MUNICIPIO DE PEREIRA** afirma que desconoce la existencia de cualquier relación de trabajo con el demandante, pues lo que sostuvo con este fue una relación de tipo civil, contratada y ejecutada dentro del marco normativo de la contratación pública estatal, conforme a lo previsto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

De otra parte, niega que el contratista haya tenido que cumplir horarios, pues tan solo tenía la obligación de ejecutar el objeto del contrato y explica que el contrato de prestación de servicios permite que entre el contratante y el contratista pueda existir una relación de coordinación en sus actividades de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para asegurar el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración del elemento de subordinación. En ese orden de ideas, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones las denominadas: inexistencia de la obligación demandada, prescripción, compensación y pago.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza de 1ra. Instancia accedió a declarar la existencia de 2 contratos de trabajo entre **LUIS HUMBERTO MARÍN CIRO** y el **MUNICIPIO DE PEREIRA**, el primero del 26 de septiembre al 30 de diciembre de 2014 y del 03 de febrero al 30 de diciembre de 2015.

Asimismo, declaró que en estos contratos el demandante ostentó la calidad de trabajador oficial y, por tanto, era beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo vigentes en el interregno de cada uno de estos.

 Como consecuencia de lo anterior, condenó al Municipio de Pereira a pagar al demandante las siguientes sumas y conceptos: **$2.052.167** por concepto de cesantías, **$1.730.000** por concepto de vacaciones, **$1.760.000** por la prima extralegal y **$4.152.024** de prima de navidad. De igual forma, condenó al pago de la suma diaria de $58.666 desde 1° de abril de 2016 y hasta que se verifique el pago total de la obligación, por concepto de sanción moratoria. Por último, le impuso el pago de las costas procesales a la demandada, en un 80%, y la absolvió de las demás pretensiones.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

 Contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación la apoderada judicial del municipio, señalando que le parece muy alta la fijación del porcentaje de las costas fijadas en un 80%, teniendo en cuenta que el demandante pretende demostrar una relación laboral que en ningún momento ha tenido con el municipio, ya que la Ley “50 de 1990” permite este tipo de contratación que no es de connotación laboral. Indica igualmente que el municipio en ningún momento ha querido enmascarar relación laboral alguna con el demandante, pues no puede perderse de vista que el tipo que contrato que el municipio suscribió con aquel es perfectamente permitido en la ley, y a eso se atienen los sujetos contractuales, por consiguiente, las costas son muy altas, porque la relación laboral que es de donde se desprende la condena, no existió.

Seguidamente indica que no alcanza a vislumbrar con la nitidez que se necesita la existencia de esa relación laboral que se pretende demostrar y por eso es muy injusto que se le haya impuesto como condena al municipio la suma diaria de $58.000 pesos, que es desbordada, porque el municipio está contratando con apoyo en la ley, por lo tanto, la contratación fue de buena fe, lo cual exonera a la demandada del pago de estas sanciones tan onerosas. Finalmente, dijo que también orientaba la apelación “al tema de la prima extralegal” que resulta también muy onerosa, porque hay que tener en cuenta que el demandante ganaba más dinero que los trabajadores oficiales que cumplían funciones idénticas a las suyas.

Como quiera que el Municipio de Pereira salió vencido en el proceso, se ordenó el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN / CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Analizados los alegatos presentados por escrito por las partes, mismos que obran en el expediente digital y a los cuales nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., la Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados, concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa a continuación.

Por otra parte, el Ministerio Público conceptuó en este asunto lo siguiente: i) Que el demandante, en calidad de trabajador oficial beneficiario de las convenciones colectivas, tiene derecho a vacaciones, auxilio de cesantías, prima extra legal de junio 2015 y prima de navidad. ii) Que el actor no tiene derecho a devolución de aportes al sistema de seguridad social porque en el proceso no demostró su pago. iii) Que no procede sanción por falta de consignación de la cesantía en un fondo porque el actor no probó estar afiliado a ninguno, además la prestación debió pagarse cuando finalizó el contrato el 30 de diciembre de 2015, esto es, antes del 15 de febrero siguiente. iv) Que se confirme la condena por concepto de indemnización moratoria.

1. **Problema jurídico por resolver**

El problema jurídico en este asunto se contrae a determinar si entre las partes en contienda existieron los contratos de trabajo reconocidos en sede de primera instancia y si hay lugar o no al pago de sanción moratoria, las costas procesales y la prima extralegal. De otra parte, en sede de consulta, se revisará la procedencia y el monto de la condena económica impuesta en el fallo objeto de revisión.

1. **Consideraciones**
	1. **PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS**

Con ocasión de la aplicación directa del art. 53 de la Carta Fundamental, la Corte Constitucional ha establecido que el principio de prevalencia de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación laboral implica un reconocimiento a la desigualdad existente entre trabajadores y empleadores, así como a la necesidad de garantizar los derechos de aquellos, sin que puedan verse afectados o desmejorados en sus condiciones por las simples formalidades o por contratos escritos que desdicen de la realidad (ver, entre otras, Sent. C-665/98).

La legislación laboral, en consonancia con el aludido principio constitucional, prefija la existencia de un verdadero contrato laboral cuando se constate la concurrencia de sus tres elementos constitutivos y consustanciales, cuales son: i)la actividad personal del trabajador; ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y iii) un salario como retribución del servicio.

En tal sentido, en reiteradas oportunidades, esta Corporación ha precisado que se impone el principio de primacía de realidad cuando una entidad estatal pretende evadir o esconder una relación laboral bajo el ropaje formal de la figura del contrato estatal establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que es una modalidad de contratación claramente reglamentada y a través de la cual las entidades públicas pueden desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y que solo pueden celebrarse con personas naturales cuando las actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, sin que en ningún caso se pueda perder de vista el elemento de la temporalidad de este tipo de modalidad contractual estatal, que, por su naturaleza, es de corta duración.

Cabe señalar, conforme lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-665 antes referida, que no basta con la sola exhibición del contrato para que se desvirtúe la presunción de existencia de relación laboral, razón por la cual es de vital importante analizar las demás probanzas, sin perjuicio de la presunción legal acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza, lo cual implica un traslado de la carga de la prueba a la entidad pública demandada, quien debe demostrar que el actor desarrolla la actividad contratada con plena autonomía e independencia.

Es pertinente agregar que tal presunción no se deriva de lo señalado en el artículo 24 del C.S.T., sino de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, aplicable a trabajadores oficiales, que al tenor reza: *“el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, correspondiéndole a este último destruir tal presunción”.*

A propósito de lo anterior, cabe recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que a los trabajadores oficiales se les aplican las disposiciones contenidas en sus contratos de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo, laudo arbitral o reglamento interno de trabajo, si los hay, y, por lo no previsto en ellos, la Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y el Decreto 1919 de 2002, en cuanto a prestaciones sociales mínimas se refiere. (Revisar, entre otros pronunciamientos, el expresado la sentencia de casación SL11436-2016, M.P. Gerardo Botero Zuluaga).

* 1. **CASO CONCRETO, EXTREMOS TEMPORALES Y CUANTIFICACIÓN DE LA CONDENA**

Con el fin de acreditar las circunstancias fácticas narradas en la demanda, el demandante llamó a declarar al señor LUIS DELIO SERNA PELÁEZ, antiguo compañero de trabajo en la Alcaldía, quien declaró, básicamente, lo siguiente:

 1) El municipio de Pereira desarrolla las actividades de mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques, andenes, calles y escuelas a través de sus trabajadores de planta y también recurre a contratistas como ellos.

2) La secretaría de infraestructura del Municipio era quien se ocupaba de vincular el personal necesario para atender las tareas antes detalladas a través de contratos de prestación de servicios celebrados con personas naturales y acudiendo a la planta de personal de la entidad.

3) A las obras intervenidas (parques, zonas verdes, escuelas) concurren tanto contratistas como empleados de planta (trabajadores oficiales) con la diferencia de que los primeros tienen a su cargo las tareas más dispendiosas y de mayor riesgo.

4) Aparte de la anterior diferencia entre trabajadores de planta y contratistas, el testigo señaló que los trabajadores “nombrados” recibían mejor remuneración que ellos (es decir los contratistas) pese a que cumplían los mismos horarios, se sometían a los mismos jefes y desarrollaban las mismas funciones.

5) En relación a las tareas asignadas con ocasión de las órdenes de prestación de servicios, indicó que estas siempre estuvieron directamente relacionadas con el embellecimiento y conservación de edificios públicos, calles, zonas verdes en parques, barrios, lotes y veredas, y sus labores más habituales consistían en pavimentar vías y huellas, pegar adoquines, revocar y pintar paredes, instalar techos, hacer escaleras, etc., de acuerdo a las indicaciones técnicas señaladas por los ingenieros y supervisores encargados por el Municipio.

6) Respecto a los hechos que involucran al demandante, señaló que lo conoce desde el 2014, y que lo recuerda desde aquel entonces, porque hicieron parte de la misma cuadrilla. Señaló igualmente que todos los contratistas, incluido el demandante, eran contratados a principio de año, más o menos en febrero, y prestaba sus servicios de manera ininterrumpida hasta el 30 de diciembre.

7) Señaló igualmente que cualquier permiso para ausentarse del trabajo, debía gestionarse directamente con los encargados de la obra y que el incumplimiento del horario era seriamente sancionado por los ingenieros y supervisores de la Secretaría de Infraestructura, ya que se les advertía desde el principio que el contrato podía terminarse en cualquier momento o no ser renovado si se incumplían las orientaciones de los jefes.

8) Agregó, finalmente, que los materiales y las herramientas usadas en el trabajo eran propiedad del Municipio y que, si se les perdía algo, debían responder con sus sueldos.

Además de la citada prueba testimonial, obra en el proceso, en lo que interesa a la resolución del recurso de apelación, las actas de terminación y los contratos de prestación de servicios celebrados entre el actor y la entidad demandada desde 2014, 3 en total (folios 21 al 37), el No. 2718 del 26 de septiembre de 2014, con un plazo de ejecución de 3 meses, 5 días; el No. 673 del 03 de febrero de 2015, con un plazo de ejecución de 7 meses, y el No. 4169 del 03 de septiembre de 2015, con un plazo ejecución de 3 meses y 28 días.

Se observa en dichos documentos, que el objeto, en todos ellos, consistió, básicamente, en la *“prestación de servicios de apoyo para realizar actividades necesarias para la ejecución del proyecto mejoramiento del espacio público en el municipio de Pereira”*. Además, según se desprende del contenido de los mismos, para su ejecución no se requería mano de obra calificada, pues las tareas asignadas eran genéricas y poco detalladas y el pago de los honorarios era mensual y ascendía a la suma $1.700.000 en 2014 y $1.760.000 en 2015.

De conformidad con lo expuesto, se concluye, por una parte, que las actividades que desempeñó el señor Marín Ciro en ejecución de los contratos de prestación de servicios antes detallados, siempre estuvieron dirigidas a la construcción, sostenimiento y mantenimiento de obras civiles, tales como parques públicos, avenidas, andenes y áreas de cesión del municipio, de modo que su trabajo correspondía al normalmente desarrollado por trabajadores oficiales, a la luz de la Ley 11 de 1986 (estatuto básico de la administración municipal), que a la altura de su artículo 42, dispone: son trabajadores oficiales, en el orden municipal, los que prestan sus servicios en la *“construcción y sostenimiento de obras públicas”.*

Así las cosas, habiendo quedado demostrado, además, que los servicios se prestaron de manera personal, debe operar la presunción de existencia del contrato de trabajo, como quiera que la entidad no demostró que la actividad contratada se desarrollaba con plena autonomía e independencia del prestador de servicio; al contrario, lo acreditado con la prueba testimonial antes referida, es que dichos servicios se prestaron bajo la continuada dependencia y subordinación al ente territorial accionado, la cual se expresaba a través de sus agentes, esto es, de los diferentes supervisores y del jefe operativo de la secretaría de infraestructura de la alcaldía, de modo que resulta forzoso confirmar en sede de consulta el punto de la sentencia referido a la existencia de la relación laboral entre las partes.

 Por lo anterior, se confirmará la declaración de la existencia de dos contratos de trabajo, el primero del 26 de enero al 30 de diciembre de 2014 y el segundo del 3 de febrero al 30 de diciembre de 2015, por lo que no opera la prescripción trienal de que trata el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., puesto que la reclamación administrativa se presentó dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad de la obligación reclamada, específicamente el 08 de agosto de 2016 (Fl. 35), tal como se indicó en el fallo de primera instancia.

 En cuanto a la cuantificación de la condena, la jueza de primera instancia accedió al reclamo del pago de las prestaciones de origen convencional invocadas en la demanda y señaló que todas las convenciones celebradas entre el Municipio de Pereira y el Sindicato de Trabajadores del Municipio fueron aportados en medio magnético y exhiben sello de depósito.

Confrontada dicha información en el expediente, se encuentra que efectivamente la parte actora aportó las convenciones (fl. 45), de modo que, teniendo como salario el monto de los horarios mensuales pactados en cada contrato, habida cuenta de que la jueza no accedió a la nivelación salarial reclamada, y dando alcance al grado jurisdiccional de consulta, se procede a evaluar la viabilidad y el monto de la condena económica impuesta en primera instancia, así:

**AUXILIO DE CESANTÍAS:**en cuanto a las cesantías e intereses a las cesantías, dice el art. 13 de la Ley 344/1996, que las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado a partir de la vigencia de esta ley, tendrán derecho a la liquidación de sus cesantías el 31 de diciembre de cada año, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicios de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral, y que, en lo demás, seguirían siendo aplicables las normas vigentes sobre cesantías correspondientes al órgano o entidad al cual se encuentre vinculado el servidor.

Cabe agregar que a partir de la vigencia del Decreto 1582 de 1998, se adopta el régimen de cesantías privado para los servidores públicos del nivel territorial, y se excluye la aplicación de los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990, para los servidores que decidan afiliarse o seguir afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, o que sean afiliados forzosos, en el caso de los servidores de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, a quienes se les seguirá aplicando el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998, tal como se ratifica en el Decreto 1252 de 2000.

Pues bien, conforme al artículo 17 de la Ley 6º de 1945, este auxilio equivale a un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio; a su vez, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, señala los factores que deben tenerse en cuenta para calcular dicho auxilio. En ese sentido prevé el artículo 4º del Decreto 1919 de 2002, que el régimen de prestaciones mínimas que se aplicará a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades de que trata ese Decreto, dentro de los que se encuentran los trabajadores del nivel Municipal, será el consagrado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional, por lo que tiene derecho el trabajador a que se le reconozca por ese concepto, 30 días de salario por cada año de servicios prestados o proporcionalmente por fracción, de conformidad con lo expresado en los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 6º del Decreto 1160 de 1947 y 13 de la Ley 344 de 1996; así como el artículo 17, literal a), de la Ley 6ª de 1945; aplicando los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978.

Así las cosas, tendría derecho el accionante a percibir por esta prestación la suma de $532.666 por el primer contrato y $1.743.878 por el segundo, lo que sumado arroja como resultado la suma total de $2.276.544, cifra que a todas luces resulta superior a la calculada en primera instancia ($2.052.167), por lo que este punto de la sentencia se mantendrá incólume, pues su revisión se efectúa en sede de consulta a favor del ente demandado.

**VACACIONES:**se previene en el artículo 8 del Decreto 1045 de 1978, por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, que en virtud del Decreto 1919 de 2002 se hizo extensivo a los empleados público del nivel territorial, que *“los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales. En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el día sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones”.*

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta al momento de liquidar esta prestación, se dispone en el artículo 17 ídem, *“para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas: a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo; b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978,* (este último correspondiente al incremento por antigüedad), *d) la prima técnica, los auxilios de alimentación y transporte, la prima de servicios y la g) la bonificación por servicios prestados”.*

Cabe agregar, finalmente, si el servidor público se retira del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrá derecho a que se le reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación, conforme se previene en el artículo 1° de la Ley 995 de 2005 y 1° del Decreto 404 de 2006.

Conforme a lo anterior, la compensación dineraria de vacaciones a la que tiene derecho el actor asciende a la suma de $221.944 por el primer contrato y $799.333 por el segundo, lo cual sumado arroja como resultado la suma total de $1.021.277, cifra muy inferior a la fijada en primera instancia ($1.760.000), por lo que habrá de modificarse el monto de la condena correspondiente a tal concepto.

**PRIMA EXTRALEGAL:** Dicho emolumento tiene su génesis en la convención de 1990, en la que escuetamente se indica que será pagadera en junio y que equivale a 30 días del monto del salario vigente al momento de su causación.

En estas condiciones, como quiera que su causación no está supeditada al cumplimiento de un periodo mínimo de trabajo, se liquidará de manera proporcional al tiempo laborado por el actor en cada contrato, así: $443.888 por el primer año y $1.598.666 por el segundo, lo que arroja como resultado la suma de $2.042.554, cifra que resulta superior a la calculada en primera instancia, pese a lo cual no será corregida en desmedro del ente demandado, pues este punto no fue objeto de apelación y se conoce en consulta a su favor.

**PRIMA DE NAVIDAD**, en lo que atañe a esta prestación, bien se precisó en primera instancia que su fundamento encuentra respaldo en la convención colectiva del año 1990, en la que al respecto se dispone que corresponde a 36 días o jornales pagaderos el 10 de diciembre de cada anualidad y liquidados conforme se establece en el Decreto 1045 de 1978, que al respecto dispone, en lo que interesa a la liquidación de esta prestación, que el *“trabajador oficial que no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable”.*

De acuerdo con las anteriores previsiones, liquidado tal emolumento tomando como referencia los salarios relacionados en el acápite correspondiente a la diferencia salarial, el actor tiene derecho al pago de $532.666 por el año 2014 y $1.918.400 por el año 2015, lo que sumado arroja como resultado la suma de $2.451.066, y no de $4.152.024, como equivocadamente se calculó en primera instancia. Conviene explicar en este punto, que el error de cálculo en primera instancia se debe a que la a-quo no liquidó la prestación por fracción de año en cada contrato, tal como se dispone en el mencionado Decreto 1045, sino por año completo, pese a que el trabajador no sirvió durante todo el año civil, sino por una fracción en cada anualidad, en razón de lo cual se hace necesario modificar este punto de la sentencia.

Finalmente, es del caso precisar, en lo que atañe a la condena por concepto de la **INDEMNIZACIÓN MORATORIA**, la cual fue apelada por la entidad demandada, que al iniciar la acción laboral, el señor MARÍN CIRO solicitó que, al no habérsele cancelado debidamente los salarios y prestaciones sociales, se condenara al Municipio de Pereira a reconocer y pagarle la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., sin embargo, dicha norma no gobierna los casos que involucran a trabajadores del sector público, pues ese tipo de sanción está establecida para ellos en el Decreto 797 de 1949. No obstante esa equivocación, no hay lugar a abstenerse del estudio y procedencia de la misma, pues como lo recordó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL17741 de 11 de noviembre de 2015 radicación Nº 41927, con ponencia del Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas, le corresponde al juez determinar el derecho que gobierna el caso, aun con prescindencia del que haya sido invocado por las partes, por ser él *“…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”.*

Ahora bien, se ha precisado jurisprudencialmente que la imposición de la indemnización moratoria establecida en la citada normativa no es automática ni inexorable, sino que en cada caso concreto el juez debe examinar las circunstancias particulares que rodearon la conducta del empleador de no pagar los salarios y prestaciones, pues puede darse el caso de que el empleador demuestre razones atendibles que justifiquen su omisión, y en tal evento no habría lugar a la condena por no hallarse presente su mala fe.

Bajo tales premisas, en el caso objeto de estudio, bien se puede ver que las circunstancias que lo rodearon no daban para que la naturaleza del contrato fuera discutible, pues es evidente que la relación que existió entre las partes era de carácter netamente laboral, dada la naturaleza de las actividades desarrolladas por el señor Marín, que denotan tareas propias de un trabajador oficial de planta, las cuales fueron ejecutadas por un periodo considerable de tiempo (casi un año y medio), bajo la continua dependencia y subordinación de la entidad demandada; relación laboral que, valga anotar, se ocultó bajo la denominación de contratos de prestación de servicios, con el único propósito de eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o convencionales que se generaran en favor del actor.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la sanción moratoria tiene su génesis una vez vencidos los 90 días de gracia con que cuentan las entidades públicas para pagar las acreencias laborales, y que a su vez esos 90 días se cuentan a partir de la terminación del vínculo contractual, que en el presente asunto se dio el 30 de diciembre de 2015, la sanción moratoria debe correr a partir del 1º 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 $58.666 pesos diarios, teniendo en cuenta que al momento en que finalizó el contrato, el demandante tenía un salario que ascendía a la suma de $1.760.000 mensuales, como bien lo determinó la jueza de la causa en primera instancia.

Como síntesis de todo anterior, se modificará el numeral tercero de la sentencia evaluada en sede de consulta, para en su lugar, precisar que la condena por concepto de vacaciones asciende a la suma de $1.021.277 y por concepto de prima de navidad a $2.451.066 y se confirmará en todo lo demás la sentencia objeto de estudio en esta instancia. Las costas en esta instancia corren por cuenta de la entidad demandada, pues no se accedió a ninguno de los puntos propuesto en su recurso.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala Laboral No. 1**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

**PRIMERO**.- **MODIFICAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia, en el sentido condenar al **MUNICIPIO DE PEREIRA** a pagarle al señor **LUIS HUMBERTO MARÍN CIRO** las sumas de $1.021.277 por concepto de vacaciones y $2.451.066 por concepto de prima de navidad. Confirmar el monto de las demás condenas relacionadas en este numeral de la sentencia de primera instancia, conforme a lo explicado en precedencia.

**SEGUNDO.-** **CONDENAR** en costas procesales de segunda instancia a la entidad demandada. Liquídense por el juzgado de origen.

**TERCERO:- CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

Notificación surtida en estados. Cúmplase y devuélvase al Juzgado de origen.

La Magistrada Ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

 Salvamento parcial de voto

Radicación Nro : 66001-31-05-001-2017-00376-01

Proceso Ordinario Laboral

Demandante: Luis Humberto Marín Ciro

Demandados: Municipio de Pereira

Tema: Sindicato mayoritario

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

**Septiembre 22 de 2020**

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

Si bien acompaño la providencia en todo lo relativo al reconocimiento de la relación laboral y las condenas legales que de ello se derivan, me separo de la misma en cuanto al otorgamiento de beneficios convencionales por las siguientes razones:

Prevé el artículo 471 del C.S.T.

**“EXTENSIÓN A TERCEROS.**  Artículo modificado por el artículo 38 del Decreto 2351 de 1965.

1. Cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados.”

La norma en su redacción señala que para que la convención se extienda a los trabajadores de la misma -estén o no sindicalizados- se requiere que el sindicato que la suscribe agrupe a más de la tercera parte “**del total de los trabajadores de la empresa**”.

De allí que para determinar la posibilidad de extender los beneficios convencionales en los casos de entidades públicas, lo primero que se debe establecer es ¿a quienes hace referencia la frase “del total de trabajadores de la empresa”?, porque en principio se podría decir, por la palabra “trabajador” que se usa, que se refiere al número de “trabajadores oficiales”, pero una lectura sistemática del código da cuenta de lo contrario.

En efecto, cuando se acude al capítulo IX del título I de la segunda parte del C.S.T. que versa sobre el derecho de asociación sindical de los servidores públicos el legislador deja ver que incluso la expresión “trabajador oficial” en el contexto del código, para efectos del derecho colectivo, es de carácter general e involucra a los empleados públicos. Empieza así ese capítulo:

**“CAPITULO IX**

**TRABAJADORES OFICIALES**

**ARTICULO 414. DERECHO DE ASOCIACIÓN.** El derecho de asociación en sindicatos se extiende a los trabajadores de todo servicio oficial, con excepción de los miembros del Ejército Nacional y de los cuerpos o fuerzas de policía de cualquier orden, pero los sindicatos de empleados públicos tienen sólo las siguientes funciones:”

En tal orden de ideas, me parece claro, y con esto recojo cualquier criterio que en contrario haya avalado con anterioridad, que la expresión “**del total de los trabajadores de la empresa**”utilizada por el artículo 471 del C.S.T. hace referencia al total de servidores públicos de la entidad.

En tal contexto, para extender los beneficios convencionales a un trabajador oficial no sindicalizado, por cumplirse la proporción exigida en el artículo 471 del C.S.T., debe aparecer la prueba en el expediente del número total de servidores públicos de la entidad, así como también la del número de estos que pertenecen a la organización sindical, pues de paso, no puede olvidarse que de conformidad con el numeral 9 del artículo 414 del C.S.T. “está permitido a los empleados oficiales constituir organizaciones sindicales mixtas, integradas por trabajadores oficiales y empleados públicos, las cuales, para el ejercicio de sus funciones, actuarán teniendo en cuenta las limitaciones consagradas por la ley respecto al nexo jurídico de sus afiliados para con la administración”.

En el presente caso la ponencia que culminó como sentencia, a pesar de las notas que en ese sentido hizo quien suscribe este salvamento parcial de voto, ningún análisis hizo respecto a la condición de sindicato mayoritario o no de aquel que suscribe las convenciones colectivas que obran en el expediente, en orden a determinar la viabilidad de hacer extensivos los beneficios convencionales al actor y simplemente hizo tal reconocimiento a su favor.

Como quiera que no observo en el expediente las pruebas que permitan establecer si se cumple con los porcentajes establecidos en la ley para considerar como mayoritario el sindicato de trabajadores del municipio de Pereira, considero que no debió accederse al reconocimiento de derechos convencionales en favor del demandante, y es por ese motivo que salvo el voto parcialmente.

Como lo dije atrás, con este criterio recojo cualquier posición anterior que en sentido contrario haya manifestado sobre el tema de la determinación de sindicatos mayoritarios en las entidades públicas.

Dejo así salvado parcialmente mi voto.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado