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 Secretaría de esta Sala.

***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 5 de abril de 2018.*

***Radicación No****:**66001-31-05-003-2017-00016-01*

***Proceso****:*  *Ordinario Laboral.*

***Demandante****: Luis Delio Serna Peláez*

***Demandado:*** *Municipio de Pereira*

***Juzgado de origen****: Tercero Laboral del Circuito de Pereira*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: PRIMACÍA DE LA REALIDAD.*** *Existe en materia laboral un principio esencial, como lo es el de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el cual encuentra sustento en el artículo 53 de la Carta Política y en virtud del cual, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primara sobre las formas o denominaciones que se le hubieren dado. La razón de ser de tal principio, no es otra que la de 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, que a lo plasmado en un papel.* ***CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. CARACTERÍSTICAS.*** *La norma es clara en establecer que la contratación por este medio, está supeditada a que la labor requerida por la entidad tenga una naturaleza especializada y que requiera un personal calificado o que no puede ejecutarse con las personas que ocupan los cargos de planta de la entidad y, además, la temporalidad de tal forma de vinculación, esto es, que apenas puede celebrarse por el lapso estrictamente necesario para cumplir el objeto contractual. La consecuencia de no obedecer esta normatividad, es sin duda la configuración de una relación laboral, con las consecuentes cargas prestaciones y sancionatorias.* ***SANCIÓN MORATORIA. DCTO 797 DE 1949. LIMITE TEMPORAL DE 24 MESES NO APLICA.*** *En cuanto al límite de dicha sanción, el cual propone la apelante sea por los primeros 24 meses, debe decirse que en realidad la misma solo dejará de correr al momento del pago de las prestaciones adeudadas, puesto que la modalidad que propone la censora, aplica en los casos en los que el fundamento legal es el canon 65 del CL, esto es, las relaciones laborales del sector privado, sin que dicha normativa sea extensible a los trabajadores oficiales, puesto que como acaba de verse, cuentan con normatividad propia, que no fija tales limitaciones temporales de la sanción por mora.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve de la mañana (09:00 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto el acto, para decidir el recurso de apelación propuesto por el portavoz judicial de la parte demandada y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 26 de abril de 2017 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Luis Delio Serna Peláez*** contra el ***Municipio de Pereira.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

I- ***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que se persigue la declaratoria de una relación laboral que ató al actor con el Municipio de Pereira entre el 20 de enero de 2006 y el 31 de diciembre de 2015, que se le declare como trabajador oficial y que tiene derecho a que se le aplique la convención colectiva de trabajo vigente en el Municipio de Pereira. En consecuencia, pide como condena que se nombre al actor como trabajador oficial, de manera indefinida, que le paguen las prestaciones causadas tales como cesantías, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, compensación de los pagos efectuados al sistema de seguridad social, las sanciones moratorias de que tratan el artículo 90 de la Ley 50 de 1990 y el canon 65 del CL, la diferencia de los salarios que se reconocen a un empleado de planta, el auxilio de transporte y las primas extralegal y de navidad contenida en la convención colectiva, así como la indexación de las condenas y las costas procesales.

Tales pedidos se sustentan en que el actor prestó sus servicios personales bajo la subordinación y dependencia del Municipio de Pereira, que tales labores se iniciaron el 20 de enero de 2006, que lo hizo hasta el 31 de diciembre de2015 cuando terminó sin justa causa, que tal relación se dio mediante contratos de prestación de servicios , que el cargo desempeñado era el de ayudante de obra, que las labores eran desplegadas en diferentes instalaciones del Municipio de Pereira, que el horario de trabajo era de 7 de la mañana a 4.30 p.m. de lunes a domingo, incluidos los feriados, que la última remuneración pagada al actor es de $1.250.000, suma que es inferior a la devengada por los trabajadores de planta, que también estuvo vinculado por medio de terceros, que al actor nunca se le pagaron prestaciones sociales, que el 26 de junio de 2016 elevó reclamación administrativa, que entre el Sindicato de Trabajadores del Municipio y la entidad existen convenciones colectivas vigentes, que el actor no es afiliado al sindicato pero al ser este mayoritario extiende los efectos de la convención colectiva a todos los trabajadores, que el 09 de agosto de 2016 el Municipio de Pereira dio respuesta a la reclamación, indicando que la misma no fue de naturaleza laboral.

Admitida la demanda, se dio traslado a la entidad demandada, la cual allegó respuesta mediante apoderada judicial, la cual se pronunció respecto a los hechos de la demanda aceptando que el demandante prestó servicios a favor del Municipio, aunque no de manera continuada ni subordinada, la existencia de contratos de prestación de servicios, la intermediación de terceros en parte de la relación, el no pago de prestaciones sociales, el agotamiento de la reclamación administrativa y la respuesta de la entidad. Frente a los restantes indica que no son ciertos. Pide que se denieguen las pretensiones de la demanda y excepcionó de fondo “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Compensación”.

II-***SENTENCIA DEL JUZGADO***

La Jueza a-quo declaró la existencia de varias relaciones laborales, unas directamente con la entidad y otras con intermediación de empresas de servicios temporales. Sin embargo, para efectos de liquidación, solamente se tuvo en cuenta el último de los convenios el cual corrió entre el 17 de marzo y el 16 de diciembre de 2015.

Para arribar a tal conclusión, la Jueza a-quo encontró, respecto a los varios contratos de prestación de servicios, que se logró demostrar que el señor Serna Peláez no era autónomo en la realización de sus funciones, sino que debía cumplir con las ordenes y mandatos dados por personal del Municipio, además, tampoco se cumplen las condiciones exigidas por la Ley 80 de 1993, en cuanto a la realización de tareas o necesidades especiales, pues las tareas desplegadas por el demandante eran propias del objeto social de la entidad territorial. Frente a los períodos en los cuales se dio intermediación con varias EST, entre los años 2009 y 2012, se tiene que las normas que regulan la materia permiten que se acuda a trabajadores en misión bajo especiales circunstancias, esto es, incrementos de producción, necesidad de cubrir licencias o periodos vacaciones y tal forma de vinculación solamente está permitida por un espacio de seis (6) meses, prorrogables por una única vez por igual lapso. En el caso puntual, la Jueza encontró que se usó abusivamente esta figura para vincular al demandante, pues estuvo vinculado por este medio por un período de tres años y, en ningún momento se justificó tal necesidad especial.

Determinada la naturaleza de relación laboral, encontró que se ejecutaron un total de nueve contratos entre las partes, pues entre uno y otro existía un rompimiento de la relación laboral. Por lo anterior, procedió a determinar todo lo atinente a prestaciones sociales del último vínculo, ocurrido en el año 2015. Atendiendo la naturaleza de las funciones ejecutadas por el demandante, encontró que eran semejantes a la de un trabajador oficial, por lo que así lo declaró.

Al entrar a verificar las prestaciones sociales correspondientes, encontró que no podían aplicarse al demandado las prestaciones convencionales pedidas, pues no obra copia de la convención colectiva vigente. Procede a liquidar las prestaciones legales, puntualmente las vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías, partiendo de un salario de $1.760.000.

Impone condena a cargo del ente demandado, por concepto de los aportes a seguridad social en pensiones y en salud pagados por el trabajador.

Finalmente, impone sanción moratoria de que trata el Decreto 797 de 1949, al encontrar que finiquitado el contrato y superados los 90 días de gracia que establece dicha norma, no pagó las prestaciones sociales adeudadas.

III- **APELACIÓN**

La portavoz judicial de la entidad demandada, de manera oportuna, interpuso y sustentó recurso de apelación contra la sentencia sintetizada, indicando que la entidad no ejerció funciones de subordinación respecto al demandante, sino que en su calidad de contratante, ejerció funciones de coordinación con el contratista para el cumplimiento del objeto contractual, por lo que insiste que el contrato de trabajo estaba enmarcado en lo reglamentado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

En subsidio de lo anterior, advera que se debe absolver al Municipio al pago de los aportes a seguridad social, pues los mismos no se evidenciaron en el proceso. En cuanto a la indemnización moratoria, estima que debe analizarse el tema de la buena fe de la entidad, especialmente el convencimiento de que se estaba en el marco de un contrato de prestación de servicios y no un convenio laboral y, en todo caso, estima que la misma debe limitarse, conforme al canon 65 del CL, es decir, un día de salario por cada día de tardanza en los primeros 24 meses y, posteriormente, intereses moratorios.

Atendiendo además que se impuso una condena en contra del Municipio de Pereira, se asumió el conocimiento también en sede de consulta.

IV- ***CONSIDERACIONES***

***Problema jurídico*.**

La alzada propuesta y el grado jurisdiccional de consulta, impone a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos:

*¿Se configuró una relación de naturaleza laboral entre las partes?*

*¿Se dieron los presupuestos para imponer a cargo del Municipio de Pereira condena por concepto de los pagos por seguridad social en salud y pensiones?*

*¿Obró con buena fe el ente territorial en la terminación del vínculo que lo ataba con el señor Serna Peláez?*

*¿Se puede aplicar la limitación temporal a la sanción moratoria de que trata el Decreto 797 de 1949?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar el recurso, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia,

***Solución a los problemas jurídicos.***

1. **Existencia de la relación laboral.**

Existe en materia laboral un principio esencial, como lo es el de la primacía de la realidad sobre las formalidades, el cual encuentra sustento en el artículo 53 de la Carta Política y en virtud del cual, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primara sobre las formas o denominaciones que se le hubieren dado.

La razón de ser de tal principio, no es otra que la de 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, que a lo plasmado en un papel.

El contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 1º de la Ley 6 de 1945, consiste en la prestación de un servicio en favor de otra, con total dependencia y subordinación. Esta –la subordinación- 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 qué hacer, cómo hacerlo y dónde hacerlo, además de la imposición de reglamentos y el ejercicio de facultades disciplinarias.

A contrario censu, una relación de trabajo, regida por un contrato de prestación de servicios o una orden previa o cualquier otra figura análoga, necesariamente implica la 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 se encuentra regulada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que indica en su tenor literal: “*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”*. La norma es clara en establecer que la contratación por este medio, está supeditada a que la labor requerida por la entidad tenga una naturaleza especializada y que requiera un personal calificado o que no puede ejecutarse con las personas que ocupan los cargos de planta de la entidad y, además, la temporalidad de tal forma de vinculación, esto es, que apenas puede celebrarse por el lapso estrictamente necesario para cumplir el objeto contractual. La consecuencia de no obedecer esta normatividad, es sin duda la configuración de una relación laboral, con las consecuentes cargas prestaciones y sancionatorias.

En el caso puntual, y analizando únicamente el convenido declarado por la a-quo, se observa que a folio 91 del expediente administrativo presentado en medio magnético -CD fl. 95-, obra acta de inicio del convenio 1318 del 03 de marzo de 2015, el cual tiene como calenda de inicio el 17 de marzo de 2015 y que culminó el 30 de diciembre de 2015, calenda esta última que figura en la última acta de pago visible a folio 145 ibídem y que se ratifica con el acta de recibo visible a folio 150 de igual expediente, convenio en la cual se vislumbra en cada uno de los informes presentados para el pago de cada mensualidad, que el actor se encargaba de realizar varias obras públicas, como la realización de obras viales, casetas comunales, entre otros. Todas estas labores, se hacían bajo al continuada dependencia del ente territorial, que era el encargado por medio de personal de la secretaria de infraestructura, de imponer las ordenes de trabajo al actor, el horario en qué se debía desempeñar e incluso, le suministraba los elementos para el trabajo, lo que se ratifica con las declaraciones de los señores José Alberto Sepúlveda Henao y Pedro José Marín Marín, quienes dan cuenta de todos estos aspectos que ratifican la existencia de subordinación y sujeción del demandante respecto del ente territorial y desvirtúan de paso la supervisión o coordinación alegada por la apoderada del municipio.

Por ello, se debe llegar a similar conclusión a la de la a-quo, esto es, la de determinar que en realidad de verdad, entre las partes no existió una relación de trabajo regida por contratos de prestación de servicios, sino una verdadera relación laboral, la cual se ejecutó entre el 17 de marzo y el 16 de diciembre de 2015, este último hito que no se modifica en virtud del principio de la no reformatio in pejus, a pesar de que obra prueba de que el nexo se extendió hasta el 30 de diciembre de 2015.

Y dígase que tal relación laboral, está regida por un contrato de trabajo, pues el señor Luis Delio Serna Peláez ostentaba la calidad de trabajador oficial, ateniéndose a la naturaleza de las labores ejecutadas, pues las mismas corresponden a la construcción y mantenimiento de obras públicas, lo que se sustenta en los varios informes rendidos en el marco del aludido contrato de prestación de servicios, por lo que al tenor del canon 292 del Decreto 1333 de 1986, las mismas incumben a los trabajadores oficiales.

B. Condena por concepto de aportes a seguridad social en salud y pensiones.

Una de las facetas propias de la declaratoria de un contrato de trabajo, es la del surgimiento de las obligaciones de la seguridad social integral, esto es, la perentoriedad de asumir las obligaciones de pago de los aportes correspondientes.

Sin embargo, debe precisarse que –probatoriamente hablando- es indispensable que se diferencien los aportes efectuados al sistema de salud y los pagados para efectos de pensión.

Respecto de los primeros, debe decirse que los mismos garantizan la prestación del servicio de salud y el reconocimiento de las prestaciones económicas que de él se derivan, en vigencia de la relación laboral, es decir, los aportes que allì efectúen no están encaminados a construir una prestación futura, como ocurre con el sistema pensional, sino que garantizan la atención de contingencias de salud en el mismo período de ejecución del contrato de trabajo.

Teniendo claro lo anterior, se tiene en el sub-lite, que si bien no obra prueba alguna del pago de las cotizaciones o de los riesgos que debió asumir el demandante por cuenta propia, atinentes al sistema de salud ni tampoco de los aportes pagados a pensión, se tiene que por Ley, todas las personas que suscriben un contrato de prestación de servicios con el Estado están en la obligación de efectuar los aportes a la seguridad social integral, lo que implica que si al demandante le pagaban mensualmente como se observa en los documentos obrantes en el CD atrás referido, era previa presentación de una cuenta de cobro acompañada de la constancia del pago integral a la seguridad social. Tal obligación se desprende del artículo 23 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002 y el artículo 26 de la Ley 1393 de 2010, normas todas que indican al unísono la obligatoriedad del pago de aportes al sistema de seguridad social integral, en los contratos de prestación de servicios, como requisito a la cancelación de los honorarios.

Por lo tanto, es evidente que en el caso puntual el trabajador efectuó los pagos correspondientes a la seguridad social en pensiones y en salud, como requisito previo a cada cuenta de cobro, razón por la cual, estima la Sala que la decisión de la a-quo es acertada y que los argumentos de la apelación no pueden ser recibidos, amén que contrarían el sustento legal antes referido.

Lo que si deberá aclararse, es que la devolución solo debe hacerse por el porcentaje que al Municipio de Pereira le correspondía pagar como patrono del señor Serna Pelaez. En cuanto a los aportes a pensión, el municipio debe reintegrarle al trabajador el 75% de las sumas pagadas por él,–inc. 8º art. 20 L. 100/93-. En materia de salud, atendiendo lo normado en el canon 204 de la Ley 100 de 1993, el Municipio deberá reintegrar el 68% de las sumas pagadas. En este sentido de aclarará el aludido numeral 5º

C. Procedencia de la sanción moratoria y su limitación temporal.

El parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, establece que:

*“Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de éste término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador.*

(…)

*Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este parágrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley”.*

Lo anterior implica que, la entidad pública empleadora tiene un período “de gracia” de 90 días para efectuar la liquidación final de salarios y prestaciones al trabajador y proceder a su pago. En caso de incumplirse con tal mandato, a partir del día 91 se “recobrarán” los efectos de dicho contrato, lo que implica no un reintegro del trabajador, sino que se genere el deber del empleador de pagar un día de salario por cada día de tardanza.

Ahora, debe decirse que la imposición de tal sanción, no es automática a partir del día 91 de la culminación del contrato de trabajo, sino que exige del juzgador un análisis concienzudo de la buena o mala fe del empleador en el impago de las prestaciones y salarios debidos. Tales aspectos, se deben verificar tanto al momento del finiquito del contrato, como en su ejecución, con miras a determinar si el empleador, actuó válidamente bajo la convicción no estar frente a un contrato de trabajo o tal omisión de pagar, se generó en una clara contravía de tal buena fe.

Pues bien, dígase que en el caso puntual se tiene que la relación laboral se ejecutó bajo dos modalidades. La primera mediante contratos de prestación de servicios y la segunda mediante la intermediación de varias empresas de servicios temporales, es decir, el señor Serna prestó sus servicios en unos casos como contratista y en otros como trabajador en misión, sin que ello generará variación en la forma de ejecutar la labor. Tal actuar, devela que la entidad territorial actuó contrariando la normatividad vigente, amén que se valió de una modalidad de contratación pública y de una posibilidad de intermediación laboral, para esconder la existencia de un contrato de trabajo, actitud claramente contraria a los postulados de la buena fe y que denota un claro ánimo de sustraerse de la legalidad y evadir responsabilidades patronales. Tal situación claramente debe ser penada conforme a la norma en cuestión, esto es, a partir del 17 de marzo de 2016 se adeuda la suma de $58.666,66 diarios, tal como lo dispuso la a-quo, hasta que se satisfagan los créditos laborales adeudados.

En cuanto al límite de dicha sanción, el cual propone la apelante sea por los primeros 24 meses, debe decirse que en realidad la misma solo dejará de correr al momento del pago de las prestaciones adeudadas, puesto que la modalidad que propone la censora, aplica en los casos en los que el fundamento legal es el canon 65 del CL, esto es, las relaciones laborales del sector privado, sin que dicha normativa sea extensible a los trabajadores oficiales, puesto que como acaba de verse, cuentan con normatividad propia, que no fija tales limitaciones temporales de la sanción por mora. Por lo tanto, sin necesidad de más consideraciones, se mantendrá la sanción moratoria, tal como lo impuso la sentenciadora de primer grado.

D. Condenas impuestas.

Con el fin de cumplir con el objeto del grado jurisdiccional de consulta, se hace necesario entrar a revisar las liquidaciones efectuadas por la a-quo, respecto de las prestaciones sociales correspondientes al contrato de trabajo decretado. En ese ejercicio se observa que las liquidaciones efectuadas por concepto de vacaciones, prima de vacaciones, auxilio de cesantías e intereses es acertada. No obstante, se observa una equivocación en detrimento de la entidad demandada, en la liquidación de la prima de navidad, puesto que el salario básico sobre el cual se liquidò es de $1.760.000 y esta prestación, al tenor de los artículos 1 del Decreto 3135 de 1968 y 51 del 1848 de 1969, establecen que la misma equivale a un mes de salario por cada año servido y proporcional por cada mes completo laborado, por lo que al ser el contrato de trabajo liquidado equivalente a 9 meses procede su liquidación proporcional, la cual equivale a $1.320.000, modificándose el ordinal 4º en este aspecto.

En síntesis, se revocará y aclarará el ordinal 5º de la sentencia, en lo atinente a la absolución al reconocimiento y pago de los aportes en salud y frente a los aportes en pensión únicamente se impondrá condena a cargo del Municipio por el 75% de las sumas pagadas por el demandante; igualmente se modificará el ordinal 4º de la aludida providencia, en su literal c, en lo tocante al monto de la prima de navidad, la cual equivale a la suma de $1.320.000, debiendo confirmarse la providencia en los restantes aspectos.

Sin costas en esta sede amén que se conoce en consulta y el recurso propuesto por la entidad demandada prosperó apenas de manera parcial.

IV- ***DECISIÓN.***

En mérito de lo expuesto, ***la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Pereira,*** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

***FALLA***

***Primero:* *Modificar*** la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el 26 de abril de 2017, en el proceso de la referencia, en el literal c, de su ordinal 4º, en el sentido de que la condena por concepto de prima de navidad equivale a $1.320.000.

***Segundo: Aclarar el*** ordinal 5º de la sentencia revisada, en el sentido de que la condena por aportes a pensión a cargo del municipio, corresponde al 75% de los aportes efectuados por el demandante y en salud al 68%.

**Tercero: Confirmar** la sentencia en todo lo demás.

**Cuarto:** Sin costas en esta instancia.

Notificación surtida ***en estrados.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretaria