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.

Providencia: Sentencia de Segunda Instancia, jueves 5 de julio de 2018.

Radicación No: 66001-31-05-004-2017-00018-01

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Jesús Amado Arias

Demandado: Municipio de Pereira

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrado Ponente: Francisco Javier Tamayo Tabares.

**Temas: CONTRATO DE TRABAJO / LABORES DE CONSTRUCCIÓN EN FAVOR DE ENTIDAD TERRITORIAL / TRABAJADOR OFICIAL -** Decreto 2127 de 1945 **/ INDEMNIZACIÓN MORATORIA / SE INVOCÓ NORMA EQUIVOCADA / INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA-** Deber del Juez **/ ENTIDAD ESCONDIÓ RELACIÓN LABORAL / PROCEDE MORATORIA / REVOCA PARCIAL**

Tales alcances contractuales, permiten colegir que el actor fue contratado para prestar un servicio personal en labores de construcción, lo que conlleva a que esté debidamente acreditada la prestación personal del servicio y, en los términos del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 (norma que rige las relaciones laborales de los trabajadores oficiales con las entidades públicas), se presume que tal prestación se enmarca en un contrato de trabajo, correspondiendo a la entidad desvirtuar la existencia de subordinación, carga que dígase de una vez, no cumplió la entidad demandada, puesto que n0 trajo prueba de la independencia, autonomía, o posibilidad de autogestión del trabajador, dejando incólume la presunción legal mencionada, configurándose por ende una relación laboral regida por un contrato de trabajo.

(…)

El Juez laboral, ante la naturaleza y especialidad de los asuntos que tiene sometidos a su conocimiento, no puede actuar como un convidado de piedra y ceñirse irremediablemente, para resolver un asunto, a los fundamentos jurídicos que señalen las partes en sus libelos, puesto que, es posible que, apoyado en el sustento fáctico de los mismos, se separe de las normas señaladas por las partes erróneamente y aplique las que se ajustan al caso, oportunidad en la cual no se estaría rompiendo la congruencia que debe existir entre lo pedido y lo fallado, sino que se estaría ante el cumplimiento de un deber legal, como lo es el de interpretar los escritos de las partes y desentrañar su real sentido.

(…)

En el sub-lite, si bien se indica que la indemnización moratoria solicitada es la del canon 65 del CL, como lo indicó la apoderada de la parte actora tal figura tiene igual trato a la que es aplicable al caso, esto es, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, por lo que la a-quo debió estudiar el asunto bajo la óptica de esta normativa y no limitarse a la propuesta en la demanda.

(…)

Pues bien, dígase que en el caso puntual se tiene que la relación laboral se ejecutó bajo la modalidad de prestación de servicios, la cual se desvirtuó en este asunto. Tal actuar, devela que la entidad territorial actuó contrariando la normatividad vigente, amén que se valió de una modalidad de contratación pública 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.

***ORALIDAD***

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy cinco (5) de julio de dos mil dieciocho (2018), siendo las ocho y quince de la mañana (08:15 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 los recursos de apelación propuestos por las apoderadas judiciales de ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2017 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Jesús Amado Arias*** 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 09 de abril 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 09 de abril de 2015, que lo hizo hasta el 30 de diciembre de 2015 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 al actor nunca se le pagaron prestaciones sociales, que el 27 de abril 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, el no pago de prestaciones sociales, las convenciones colectivas celebradas por el Municipio y la organización sindical, 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 una relación laboral y condenó a la entidad territorial al reconocimiento y pago de prestaciones sociales por la suma de $4.974.879 por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios y prima de navidad, negando las restantes pretensiones de la demanda.

Para así concluir, estimó que al tenor del canon 23 y 24 del CL, en todos los eventos en los que se reúnan los elementos de prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, se debe colegir la existencia de una relación laboral, siendo de carga del trabajador acreditar la prestación personal del servicio y de la contraparte, desvirtuar el carácter subordinado del mismo, lo que no hizo el municipio en este caso, puesto que con el contrato de prestación de servicios arrimado al infolio se colige la prestación personal del servicio, ninguna prueba trajo la entidad demandada para desvirtuar la presumida subordinación. Por tal razón, encontró que debía declararse la existencia de la relación laboral en los lapsos solicitados y ordenar las condenas correspondientes, por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios y prima de navidad.

Respecto a la sanción moratoria de que trata el canon 65 del CL, la negó bajo el entendido de que la solicitada no corresponde o aplica a los trabajadores del sector público, sino que únicamente regula las relaciones de carácter privado.

III- **APELACIÓN**

La parte demandante apeló la sentencia, en lo tocante a la absolución de la sanción moratoria, puesto que estima que si bien se solicitó la imposición con una norma inaplicable al caso, lo cierto es que ello no es razón suficiente para negarla, citando en su apoyo varias decisiones de la Sala de Casación Laboral y, pidiendo en consecuencia, la revocatoria de la decisión en tal aspecto.

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. Refiere que con la planta de personal de la entidad territorial, no era posible cumplir su objeto y la misma no podía ampliarse, atendiendo las limitaciones presupuestales existentes.

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 las condiciones para imponer sanción moratoria al municipio de Pereira?*

***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, analizando el contrato de prestación de servicios 1749 suscrito por el actor con el ente territorial –fls. 20 y ss.- y la información contenida en el medio magnético aportado por la entidad –fl. 81 vto.- que da cuenta de la prórroga del aludido convenio, se tiene que el mismo, al determinar el alcance del objeto contractual, en la cláusula segunda, establece: *“Apoyo a la Secretaria de Infraestructura en el desarrollo de labores de construcción y rehabilitación de pavimentos, andenes, obras inscritas dentro del Plan de Generación de Empleo 2015, desempeñando labores como OFICIAL DE CONSTRUCCION y cumpliendo con las especificaciones técnicas recomendadas. 2. Apoyo a la Secretaria de Infraestructura en desarrollo de labores de construcción y rehabilitación de cunetas, huellas, transversales, placas huellas, actividades de estabilización de vías…”*. Tales alcances contractuales, permiten colegir que el actor fue contratado para prestar un servicio personal en labores de construcción, lo que conlleva a que esté debidamente acreditada la prestación personal del servicio y, en los términos del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 (norma que rige las relaciones laborales de los trabajadores oficiales con las entidades públicas), se presume que tal prestación se enmarca en un contrato de trabajo, correspondiendo a la entidad desvirtuar la existencia de subordinación, carga que dígase de una vez, no cumplió la entidad demandada, puesto que n0 trajo prueba de la independencia, autonomía, o posibilidad de autogestión del trabajador, dejando incólume la presunción legal mencionada, configurándose por ende una relación laboral regida por un contrato de trabajo.

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 09 de abril y el 30 de diciembre de 2015.

Y dígase que tal relación laboral, está regida por un contrato de trabajo, pues el señor Jesús Amado Arias 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.

Se resuelve en estos términos el recurso de apelación de la entidad demandada y parcialmente, la consulta a favor de la misma, pues más adelante, se revisarán las condenas impuestas.

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

La a-quo negó el pedido de sanción moratoria, porque en la demanda se peticionó la misma con fundamento en el artículo 65 del CL, normatividad que únicamente rige para las relaciones laborales de naturaleza particular.

El Juez laboral, ante la naturaleza y especialidad de los asuntos que tiene sometidos a su conocimiento, no puede actuar como un convidado de piedra y ceñirse irremediablemente, para resolver un asunto, a los fundamentos jurídicos que señalen las partes en sus libelos, puesto que, es posible que, apoyado en el sustento fáctico de los mismos, se separe de las normas señaladas por las partes erróneamente y aplique las que se ajustan al caso, oportunidad en la cual no se estaría rompiendo la congruencia que debe existir entre lo pedido y lo fallado, sino que se estaría ante el cumplimiento de un deber legal, como lo es el de interpretar los escritos de las partes y desentrañar su real sentido.

El tema, ha sido tratado ampliamente por la jurisprudencia nacional, siendo pertinente traer a cuento uno de tales pronunciamientos para mejor claridad:

*“Entonces, fácil es concluir que los argumentos que incluya el actor en su escrito inicial y que conforme la normativa vigente y aplicable a cada caso, luzcan errados, no pueden ser vinculantes para el juez, pues «la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas, no tiene por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes definir el derecho que se controvierte» (CSJ SC, 7 may. 1979, CLIC-120).*

*De ahí que, si el demandante se equivoca en los planteamientos jurídicos y el juzgador, apoyado en las bases fácticas inmersas en la demanda, se aleja de aquéllos para acoger la correcta interpretación que se aviene de la norma, no es dable hablar de una falta de congruencia de la sentencia”. (CSJ SL14022-2015, reiterada recientemente en sentencia SL 1885 de 2018).*

Así las cosas, es deber del Juez, sin salirse de los límites facticos y demandatorios propuestos en la demanda y su contestación, adecuar jurídicamente los mismos, sin que sea motivo válido para negar las pretensiones la cita de una norma inaplicable al caso.

En el sub-lite, si bien se indica que la indemnización moratoria solicitada es la del canon 65 del CL, como lo indicó la apoderada de la parte actora tal figura tiene igual trato a la que es aplicable al caso, esto es, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, por lo que la a-quo debió estudiar el asunto bajo la óptica de esta normativa y no limitarse a la propuesta en la demanda. Por tanto, emprenderá esta Sala el estudio de la sanción moratoria conforme a la regla mencionada, que en su parágrafo 2º establece:

*“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 la modalidad de prestación de servicios, la cual se desvirtuó en este asunto. Tal actuar, devela que la entidad territorial actuó contrariando la normatividad vigente, amén que se valió de una modalidad de contratación pública 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 31 de marzo de 2016 se adeuda la suma de $58.666,66 diarios y hasta el pago de las prestaciones que a continuación se revisarán revocándose la sentencia en este aspecto.

C. 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 cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de servicios y de navidad son acertadas, por lo que se deberá confirmar la decisión en este aspecto.

En síntesis, se revocará parcialmente el ordinal tercero de la sentencia para condenar al Municipio de Pereira a pagar la sanción moratoria en los términos anotados, confirmándose la providencia en lo demás.

Costas en esta sede a cargo del Municipio de Pereira, ante la prosperidad del recurso de la parte actora.

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:* *Revocar parcialmente el ordinal 3º*** *de*la sentencia dictada por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira el 11 de agosto de 2017, en el proceso de la referencia, para condenar al Municipio de Pereira a pagar al señor Jesùs Amado Arias la suma de $58.666,66 diarios, a partir del 31 de marzo de 2016 inclusive y hasta que efectúe el pago de las prestaciones sociales determinadas en la sentencia.

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

**Tercero:** Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada**.**

Notificación surtida ***en estrados.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

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

Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretaria