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 22 de abril de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00390-01

Proceso: Ordinario Laboral

Demandante: José Oscar Álvarez

Demandado: Municipio de Pereira

Juzgado: Juzgado Tercero Laboral del Circuito

Magistradas ponentes: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

 Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda

**TEMAS: PRINCIPIO DE PRIMACIA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS / TRABAJADORES OFICIALES / ANÁLISIS PROBATORIO RESPECTO DE LAS PRESTACIONES RECLAMADAS.**

Se impone el principio de primacía de realidad cuando una entidad estatal pretende esquivar o esconder una relación laboral bajo el ropaje formal de la figura del contrato de prestación de servicios establecido en la Ley 80 de 1993, que es una modalidad de contratación estatal 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.

Señala el artículo 42 de la Ley 11 de 1986, que son trabajadores oficiales, en el orden municipal, los que prestan sus servicios en la “construcción y sostenimiento de obras públicas”.

**SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL: DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

como la Directora Administrativa de Talento Humano del Municipio de Pereira certificó que los trabajadores del municipio que se desempeñan como obreros 1040-1, dependientes de la secretaría de infraestructura municipal de Pereira en el año 2015, devengaban un salario mensual de $1.692.728, el cual resulta superior al que se cancelaba al demandante a título de “honorarios”; a mi juicio, el actor tiene derecho a que se le reconozca y pague la correspondiente diferencia salarial, y que lo demás acreencias reconocidas en el proceso se liquiden con esa suma. (…)

Una vez analizado el contenido de dichos acuerdos se observa que el primero de ellos se suscribió casi un año después del último que se alega en la demanda; además, todos los contratos guardan las mismas características de aquellos que se están desvirtuando a través de este proceso ordinario, es decir, en todos se reviste al actor de la calidad de contratista, por lo que no era dable considerar que la demandada enmendó su proceder, esto es, -la mala fe-.

Por ello, no podía considerarse que la indemnización moratoria se vio interrumpida por el simple hecho de que el señor Álvarez haya continuado prestando sus servicios a favor de la demandada, pues no se les están reconociendo todas las garantías propias del contrato de trabajo, y sus derechos laborales se han seguido pretermitiendo de manera continuada.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1

Magistradas Ponentes:

**Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Olga Lucía Hoyos Sepúlveda**

**Acta No. \_\_\_\_\_\_**

**(22 de abril de 2019)**

**Audiencia de juzgamiento**

En la fecha, siendo las 8:00 a.m. de hoy, 22 de abril de 2019, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por el señor **José Óscar Álvarez** en contra del **Municipio de Pereira**. Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante… Por la demandada…

 **Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**Ponencia Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón:**

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Pereira el 9 de abril de 2018, lo mismo que el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, como quiera que el fallo resultó adverso a sus intereses.

**Problema jurídico**

De conformidad con los argumentos de la sentencia primera instancia así como con los fundamentos de la apelación, corresponde a esta Sala determinar si el demandante prestó servicios personales, subordinados y remunerados a favor del municipio demandado y, en caso afirmativo, si las condenas emitidas en el fallo de primer grado se encuentran ajustadas a derecho.

**I - Antecedentes**

El señor **José Oscar Álvarez** asegura que prestó sus servicios personales y remunerados, bajo la continuada dependencia y subordinación del Municipio de Pereira entre el 1º de enero de 2008 y el 30 de diciembre de 2015, con ocasión de distintos contratos de prestación de servicios celebrados con terceros o con cooperativas de trabajo asociado; vínculo que finalizó sin que mediara justa causa.

Indica que el cargo que desempeñó era el de obrero y que las funciones las debía desarrollar en diferentes instalaciones del Municipio de Pereira, como parques, escuelas, vías, calles, entre otras; en un horario que era de 7 a.m. a 4:30 p.m., de lunes a domingo, incluidos los días festivos.

Agrega que el último salario devengado fue $1.250.000, el cual es inferior al que reciben los trabajadores oficiales (obreros) de la Secretaría de Infraestructura, y que durante toda la relación laboral no se le canceló auxilio de transporte ni concepto alguno por prestaciones sociales o vacaciones, siendo él quien cancelaba de su salario los aportes a seguridad social.

Refiere que a la terminación laboral no le fueron liquidadas sus prestaciones sociales ni las vacaciones, y tampoco le fueron consignadas las cesantías en un fondo; razón por la cual el 8 de abril de 2016 presentó reclamación administrativa, la cual fue negada mediante oficio No. 13752 del 20 del mismo mes y año, bajo el argumento de que la petición estaba incompleta al no haber aportado los documentos que probaran lo pedido.

Afirma que en el Municipio de Pereira existe el sindicato de trabajadores del mismo, el cual cuenta con convenciones colectivas vigentes desde el año 1991, y que a pesar de que a él no se le realizaban los respectivos descuentos para la cuota sindical -por no estar afiliado al mismo-, la organización sindical es mayoritaria y le es aplicable a todos los trabajadores.

Por último señala que la convención colectiva del municipio establece el reintegro en caso de que el trabajador vinculado a término indefinido sea despedido sin justa causa, entre otros derechos.

En ese orden, pretende que se declare que entre las partes se desarrolló un contrato de trabajo entre el 1º de enero de 2008 hasta el 30 de diciembre de 2015, y que se determine que él es un trabajador oficial del Municipio de Pereira, beneficiario de las convenciones colectivas vigentes en esa entidad.

Como consecuencia de lo anterior, procura que se condene al Municipio de Pereira a nombrarlo como trabajador oficial a término indefinido y a que pague las diferencias de los salarios que se le reconocen a los empleados de planta que desarrollaban las mismas funciones que él, lo mismo que el auxilio de transporte, vacaciones, prima de vacaciones, prima extralegal convencional, cesantías, prima de navidad y prima de navidad convencional.

Igualmente, pide que se ordene a la demandada que compense los aportes a seguridad social que él pagó y que cancele la sanción contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como la sanción moratoria por el no pago de salarios y prestaciones al momento de la terminación.

Finalmente, solicita que se actualicen las sumas que resulten a su favor; que se condene a la demandada al pago de las costas procesales y de los demás derechos convencionales y ultra extra petita que se lleguen a considerar.

En respuesta a la demanda, el ente territorial demandado se opuso a las pretensiones de la misma, anteponiendo las excepciones de “Inexistencia de violación de normas superiores”, “Inexistencia de relación laboral y reconocimiento de prestaciones sociales”; “Prescripción”; “Inexistencia de la supremacía de la realidad”; “Falta de causa, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”, “Exclusión de relación laboral”, “Buena fe y en consecuencia exoneración de sanción moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949”; “Inexistencia de igualdad frente a un trabajador oficial” y la “Genérica”.

En relación con los supuestos fácticos expuestos por el gestor de la litis, indicó que él prestó sus servicios a través de contratos de prestación de servicios y los mismos fueron tramitados y ejecutados al amparo de lo preceptuado por la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007. De otro lado, manifestó que hubo solución de continuidad, pues las órdenes de prestación de servicios celebradas con el actor presentaron interrupciones en tiempo que superan los 15 días.

Aclaró que el actor celebró contratos de naturaleza civil o administrativa como contratista independiente y que el municipio no ejercía subordinación, pero sí supervisaba el cumplimiento del contrato a través de las interventorías que permite la Ley 80 de 1993.

**II - Sentencia de primera instancia**

La jueza de primera instancia accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, declarando que entre el señor José Oscar Álvarez y el Municipio de Pereira se generaron 2 contratos de trabajo celebrados entre el 24 de enero y el 30 de diciembre de 2014 y el 3 de febrero y el 30 de diciembre de 2015, lapsos en los que el demandante ostentó la calidad de trabajador oficial.

En consecuencia, ordenó al ente territorial cancelar al actor la suma de $11.681.516,97 a título de diferencia salarial favorable al demandante, surgida de la comparación entre lo que devengaba como contratista y el salario de un trabajador oficial; $1.617.866 por auxilio de transporte dejado de cancelar; $10.246.842,14 por concepto de vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías e intereses a las cesantías. Ordenó asimismo el reembolso de los aportes a salud y pensiones realizados por el demandante y la indemnización moratoria en suma equivalente a $56.424,26 diarios a partir de la ejecutoria de la sentencia hasta cuando se haga efectivo el pago de la obligación.

Para arribar a dicha conclusión, señaló que de las pruebas recaudadas en el plenario era factible concluir que la prestación personal y subordinada del demandante frente a la demandada se dio exclusivamente en los interregnos comprendidos entre el 24 de enero y el 30 de diciembre de 2014 y entre el 3 de febrero y el 30 de diciembre de 2015, pues sólo en ellos aparecen contratos suscritos con aquella, a través de los cuales desarrolló actividades de cuidado y mantenimiento de espacios púbicos que no requerían un conocimiento especializado y, por ende, podían ser realizados por trabajadores de planta del ente territorial, siendo factible equipararlo a un trabajador oficial. Precisó que en los demás periodos alegados en la demanda se celebraron contratos con entidades distintas al municipio, quien además no era beneficiario de las obras a desarrollar, existiendo entre ellos interrupciones que incluso superaban el año, con lo cual se desvirtuaba la unidad contractual.

Seguidamente, procedió a pronunciarse frente a las acreencias demandadas por el gestor, refiriendo como primera medida que no era dable reintegrarlo por cuanto el despacho carecía de la facultad de alterar la planta de personal de la entidad así como darle alguna connotación a él; por lo tanto, si era deseo del actor integrarse al Municipio debía cumplir con las características que exige esa entidad para vincularse de manera directa con ella.

Por otra parte, señaló que al no haberse allegado las convenciones colectivas referidas en la demanda no era posible a acceder a las pretensiones que hacen referencia a las mismas, sino a las disposiciones legales que regulan a los trabajadores oficiales de los entes territoriales.

De esta manera, empezó por establecer la diferencia que dejó de percibir el señor Álvarez respecto de un obrero del municipio, con base en la certificación allegada por este último y lo expuesto por los testigos llamados por el demandante; asimismo, calculó las demás acreencias laborales en los montos descritos previamente e indicó que a pesar de que el demandante no allegó la prueba que demostrara el pago efectuado por concepto de seguridad social, era una obligación ineludible de la entidad demandada, en su calidad de empleadora, por lo que debía acudir ante las respectivas entidades que hacen parte del sistema a efectos de conocer el monto que debe devolver al trabajador.

Indicó que no había lugar a la indemnización por no consignación de las cesantías en razón a que no se demostró que el municipio estuviera en la obligación de vincularse al fondo nacional del ahorro o que el actor hubiera escogido otro fondo de manera diferenciada y, en relación con la indemnización por falta de pago de salarios y prestaciones a la terminación del vínculo, manifestó que a pesar de que la norma otorga una periodo de 90 días a las entidades para destinar el presupuesto y efectuar el respectivo pago oportunamente, en el presente caso no procedía la aludida sanción en razón a que fue a través de la sentencia que se desvirtuó el contrato de prestación de servicios para determinar la calidad de trabajador oficial del demandante: de manera que era a partir de la ejecutoria del fallo que la demandada debía cancelar el valor equivalente a un día de salario, hasta el pago efectivo de la obligación.

Finalmente, consideró que al haberse caído la indemnización moratoria también quedaba sin sustento la solicitud de indexación, toda vez que ellas buscaban lo mismo.

**III - Recurso de apelación y procedencia de la consulta**

 La apoderada judicial del demandante apeló la decisión exclusivamente en lo relacionado con la fecha a partir de la cual se ordenó el pago de la indemnización moratoria, sustentando su recurso en que esta corre una vez vencidos los 90 días determinados por la Ley 797 de 1949; de lo contrario se estaría beneficiando a una entidad que no actuó de buena fe, exonerándosela del pago de la sanción.

Por otra parte, tal como se advirtiera en precedencia, al haber sido condenado el Municipio de Pereira se dispuso la revisión del fallo de instancia en sede jurisdiccional de consulta.

**IV - Consideraciones**

De manera preliminar se dirá que la Sala limitará el estudio del presente proceso en lo atinente a las condenas que fueran impuestas a la entidad demandada, por ser las que atañen al grado jurisdiccional de consulta, pasando por alto las pretensiones que fueran denegadas al no haber sido apeladas, salvo lo concerniente a la fecha a partir de la cual se ordenó el pago de la indemnización moratoria de que trata la Ley 797 de 1949, que fuera objeto de censura por parte de la togada del actor.

**4.1. Principio de primacía de la realidad sobre las formas**

Con ocasión de la aplicación directa del artículo 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, la sentencia C-665 de 1998).

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 esquivar o esconder una relación laboral bajo el ropaje formal de la figura del contrato de prestación de servicios establecido en la Ley 80 de 1993, que es una modalidad de contratación estatal 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 sólo 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.

**4.2. De la categoría de trabajador oficial**

Es del caso reiterar que el demandante se presenta ante la jurisdicción ordinaria laboral alegando la calidad de trabajador oficial del Municipio de Pereira. En tal virtud y con arreglo al principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades pactadas por las partes de la relación laboral, persigue el pago de todos los emolumentos convencionales y prestaciones sociales derivados de la declaración judicial de existencia de una verdadera relación laboral con el Municipio.

Las entidades públicas fungen como verdaderas empleadoras en dos específicos casos que han sido claramente y de antaño definidos por la constitución y las leyes, son ellos: **1)** en vigencia de una relación laboral de orden legal y reglamentario (empleados públicos), **2)** en virtud de la suscripción de un contrato de trabajo de carácter oficial (trabajadores oficiales).

En uno u otro caso, el marco legal aplicable será diferente, puesto que en virtud de los efectos de aquella ficción legal, opera el elemento diferenciador que permite la distinción entre empleados públicos y trabajadores oficiales; eso sí, todos dentro del género de los “servidores públicos”, que, en términos generales, vienen siendo todos aquellos que prestan servicios personales de naturaleza laboral a la Administración Pública.

A la luz del Decreto 3135 de 1968[[1]](#footnote-1) y de la Ley 11 de 1986 -en lo que corresponde a empleados públicos del orden municipal- para establecer la condición de trabajador oficial se utilizan dos criterios: **el orgánico*,*** (que mira a la entidad)  que consiste en definir como trabajadores oficiales a quienes prestan sus servicios en las **Empresas Industriales y Comerciales del Estado de cualquier nivel**y sin contar para nada las funciones asignadas al respectivo organismo, con excepción de aquellos que desempeñen cargos de dirección y confianza, cuando así se señale en los estatutos de dichas entidades, y, de otra parte, **el funcional**  (que pone la mirada en las funciones) y que otorga esa condición a quienes en los establecimientos públicos, superintendencias, ministerios o departamentos administrativos y sus equivalentes en el ámbito territorial o distrital **ejecutan labores** relacionadas con la construcción y sostenimiento de obras públicas.

A propósito de estos últimos, señala el artículo 42 de la Ley 11 de 1986[[2]](#footnote-2), que son trabajadores oficiales, en el orden municipal, los que prestan sus servicios en la *“construcción y sostenimiento de obras públicas”*

Volviendo a la sentencia objeto de examen en esta instancia, con fundamento en lo probado en el curso del proceso, la jueza de primer grado no dudó en reconocer la concurrencia de los tres elementos consubstanciales a toda relación laboral, conclusión con la que coincide esta Sala de Decisión, puestas de presente las siguientes pruebas:

Con el fin de acreditar las circunstancias fácticas narradas en la demanda, el demandante llamó a declarar a los señores **Juan de Jesús Castaño y Hugo González Ramírez**, todos ellos antiguos compañeros del demandante, quienes coincidieron en las siguientes afirmaciones:

1) el municipio de Pereira desarrolla las actividades de mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques y andenes a través de contratistas como ellos y trabajadores de planta.

2) la dependencia de parques y arborización se encuentra adscrita a la secretaria de infraestructura de la alcaldía del municipio, y son quienes se encargan de vincular el personal necesario para atender las tareas de conservación y mantenimiento de zonas verdes a través de contratos de prestación de servicios celebrados con personas naturales y acudiendo a la planta de personal de la entidad.

3) En relación a las tareas asignadas en virtud de las órdenes de prestación de servicios, indicaron que estas estaban directamente relacionadas con el embellecimiento y conservación de zonas verdes en parques, barrios y veredas, sus labores más habituales consistían en guadañar o rozar el pasto y la maleza de parques y lotes, podar los árboles de andenes y avenidas, lavar parques y andenes, etc. Señalaron, además, que por lo general se reunían todos los días en un vivero contiguo al aeropuerto a las 7:00 a.m., desde donde eran despachados a distintos puntos de la ciudad en donde eran requeridos sus servicios. Indicaron asimismo que en dicho vivero recibían las herramientas e insumos necesarios para desarrollar el trabajo, y eran transportados hasta el lote o parque en camionetas de la alcaldía, que a las 4:00 p.m. pasaban por las herramientas.

Respecto a los horarios, indicaron que las actividades se programaban a diario y que debían ejecutarse entre las 7:00 am y las 4:00 pm. Cuando no se encontraban en el vivero, debían ponerse en contacto con el supervisor o jefe operativo, quien les indicaba el lugar donde debían prestar el servicio y les daba las instrucciones del caso. Igualmente, todos coinciden en señalar que no podían faltar a trabajar o ausentarse del lugar de trabajo sin el debido permiso del supervisor o jefe operativo de la obra. De modo que cualquier permiso había que gestionarlo con el supervisor de las obras, señor Héctor Arbeláez, quien a su vez recibía órdenes de los ingenieros Henry Cabrera y Fausto, adscritos al Municipio de Pereira.

Por lo demás, manifestaron que el supervisor pasaba revista o daba la ronda en el lugar de trabajo, que no era posible delegar la prestación de servicios en otras personas.

Además de las citadas pruebas testimoniales, obran en el proceso certificados expedidos por la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Pereira y actas de inicio, que dan fe de los contratos suscritos dentro de los últimos dos (2) años anteriores a la finalización de la relación jurídica entre las partes, así:

Fl. 36, contrato de prestación de servicios No. 1267, con un plazo de ejecución de 8 meses, entre el 24 de enero y el 23 de septiembre de 2014, cuya cuantía total asciende a la suma de $8.800.000, pagaderos en 8 actas mensuales de $1.100.000 (fl. 109 y ss).

Fl. 39, contrato de prestación de servicios No. 2659 con un plazo de ejecución de 3 meses y 7 días, entre el 24 de septiembre y el 30 de diciembre de 2014, cuya cuantía total asciende a la suma de $3.556.666, pagaderos en 3 actas mensuales de $1.100.000 y una final de $256.666 (fl. 107 y ss).

Fl. 38, contrato de prestación de servicios No. 678, con un plazo de ejecución de 7 meses, entre el 3 de febrero y el 2 de septiembre de 2015, cuya cuantía total asciende a la suma de $7.980.000 pagaderos en 7 actas mensuales de $1.140.000 y,

Fl. 37, contrato de prestación de servicios No. 4164, con un plazo de ejecución de 3 meses y 28 días, entre el 3 de septiembre y el 30 de diciembre de 2015, cuya cuantía total asciende a la suma de $4.484.000, 3 actas mensuales de $1.140.000 y una final de $1.064.000 (fl. 111 y ss).

De los anteriores documentos, cabe destacar que el objeto de los mismos se mantuvo incólume a lo largo de los años y consistió, básicamente, en la *“prestación de servicios de apoyo operativo para realizar actividades necesarias para la ejecución del proyecto de mejoramiento del espacio público en el municipio de Pereira”*. Además, según se desprende del contenido de los mismos, para su ejecución no se requería de mano de obra calificada, pues las tareas asignadas eran genéricas y poco detalladas y el pago de los honorarios era mensual.

De conformidad con lo expuesto, se concluye, por una parte, que las actividades que desempeñó el señor José Oscar Álvarez en ejecución de los contratos de prestación de servicios antes detallados, siempre estuvieron dirigidas al sostenimiento, mantenimiento y construcción de obras civiles, como lo son los parques públicos, avenidas, andenes y áreas de cesión del municipio, es decir, a labores propias a un trabajador oficial.

Así las cosas, habiendo quedado demostrado, además, que dichos servicios se prestaron bajo la continuada dependencia y subordinación del ente territorial accionado, la cual se expresaba a través de sus agentes, esto es, de los diferentes supervisores y de los ingenieros que hacían parte de la planta de personal del ente territorial, resulta forzoso confirmar el punto de la sentencia referido a la existencia de la relación laboral entre las partes en **dos contratos**, como quiera que entre los dos convenios celebrados en el año 2014 no hubo solución de continuidad, pero con aquellos suscritos en el 2015 medio un lapso superior a un mes.

**4.3. Concreción de las condenas económicas**

**4.3.1. Diferencia salarial**

A efectos de corroborar la determinación de la jueza de primer grado, **en sede de segunda instancia** se requirió a la entidad demandada con el fin de que informara cuál era el **nombre del cargo** de los trabajadores oficiales –de planta- adscritos a esa entidad que estaban encargados de *adecuar y conservar los andenes, las zonas verdes y los parques de la ciudad de Pereira entre los años 2014 y 2015*; frente a lo cual la accionada allegó comunicación en la que señala que dichas funciones era desempeñadas por **“Obreros”** (fl. 20 C. 2); relacionando el nombre de quienes ejecutaron esas labores en el interregno en mención.

**Ponencia Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda:**

Por otro lado, obra en el expediente la certificación expedida por la Directora Administrativa de Talento Humano de la entidad territorial demandada en la que dio constancia que “*dentro de la Planta de Trabajadores Oficiales del Municipio de Pereira existe el cargo de OBRERO 1040-1, dependiente de la Secretaría de Infraestructura (…) asignación básica mensual (…) $1.692.728”* (fl. 93 c. 1).

Además, se allegó el Decreto 011 del 05/01/2015 “*por medio del cual se establecieron los emolumentos de la planta de cargos de los trabajadores oficiales del Municipio de Pereira – Nivel Central, para la vigencia 2015”*  (fl. 94 c. 1), en el que se establece 4 tipos de obreros con **remuneraciones diferentes** entre ellos, así “*obrero – obrero (parques) – obrero de mantenimiento – obrero de mantenimiento I”* (*ibídem*).

Itinerario probatorio insuficiente para acreditar indefectiblemente que las tareas asignadas a José Óscar Álvarez en el marco de las actividades desplegadas por los trabajadores oficiales de la entidad, tenían como remuneración los salarios asignados al “*obrero 1040 Grado 1”* como lo coligió la *a quo,* puesto que existe una variabilidad de salarios para este tipo de trabajadores, sin que se pudiera determinar con exactitud cuál correspondería al demandante, para acceder a la nivelación salarial pretendida.

Además, de la anterior documental tampoco quedó probado que las tareas desarrolladas por el actor constituyeran igual carga laboral que las desarrolladas por los trabajadores oficiales de planta, al margen de cuál de todos los salarios asignados a los trabajadores oficiales correspondería a las actividades desempeñadas por José Óscar Álvarez, y en esa medida resulta desatinada cualquier pretensión de nivelación salarial.

En consecuencia, y en virtud a la revisión del asunto en marras bajo el grado jurisdiccional de consulta se revocará el numeral tercero de la sentencia, para en su lugar absolver al Municipio de Pereira de dicha pretensión.

**Ponencia Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón:**

**4.3.2 Auxilio de transporte**

No se modificará la condena que por este concepto hiciera la operadora judicial, pues al haber devengado menos de dos salarios mínimos, el gestor de la acción tenía derecho a percibir este auxilio. Al observarse la liquidación que obra en el infolio (fl. 120), se advierte que en ella se tuvieron en cuenta tanto el tiempo laborado por aquel como los valores correspondientes a los años 2014 y 2015.

**4.5.3. Prestaciones sociales de origen legal**

Con arreglo a las facultades extra y ultra y petita, la jueza de primera instancia condenó al pago de las prestaciones sociales de origen legal que corresponden a los trabajadores oficiales del orden territorial, pese a que no había ninguna pretensión en ese sentido (ni principal ni subsidiaria), de manera que corresponde a la Sala, constituida en sede jurisdiccional de consulta, examinar dichas condenas.

**Ponencia Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda:**

4.5.3.1. Prima de navidad

De acuerdo a los artículos 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el 1º del Decreto 3148 de 1968, y 51 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, el demandante tiene derecho al pago de un salario mensual por cada año de servicio prestado o proporcional al tiempo laborado siempre y cuando sea un mes completo de servicios, siendo posible aplicar doceavas partes.

De acuerdo a los cálculos de la Sala mayoritaria, de conformidad con la asignación básica mensual devengada para los 2014 igual a $1’100.000 y para el 2015 de $1’140.000 (fls. 36 a 39 c. 1), por este concepto hay lugar al pago de $2’146.000 que al ser inferior al estimado en primera instancia ($3’163.559), deberá modificarse.

 **4.5.3.2. Compensación de vacaciones**

De acuerdo al Decreto 3135 de 1968 en su artículo 8, reglamentado y ampliado por los artículos 47 y 48 del Decreto 1848 de 1969, los trabajadores oficiales tienen derecho a que sus vacaciones sean compensadas en dinero, por cada año de servicio. La compensación equivale, en este caso, al pago de 15 días de salario por cada año de servicios o fracción, tal como lo dispone el artículo 1º de la Ley 995 de 2005.

De acuerdo a los cálculos de realizados en esta instancia, el demandante tendría derecho al pago de la suma de $1’007.333 y no a los $1’581.779 calculados en primera instancia, razón por la cual se modificará esta condena.

 **4.5.3.3. Auxilio de cesantías**

 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 las cosas, tendría derecho el accionante a percibir por esta prestación la suma de $2’307.066 y no a los $3’528.709; por lo que se modificará este guarismo.

**4.5.3.4 Intereses a las cesantías**

Hay lugar a ésta pretensión como quiera que independientemente del fondo de administración de cesantías que haya elegido el actor, sea privado o el Fondo Nacional del Ahorro, ambos establecen el reconocimiento de ésta prestación sobre el valor de las cesantías liquidadas que debían ser consignadas por el empleador, tal como lo dispuso la *a quo* en relación con el 12% anual sobre el valor de las cesantías reconocidas; sin embargo, al haberse modificado su valor, según lo que antecede, también cambia el monto de ésta pretensión, el cual asciende a $249.366, que también se modificará por ser inferior al condenado en primera instancia ($391.011).

**Ponencia Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón:**

 **4.5.3.3. Prima de vacaciones**

La prima de vacaciones es el auxilio económico que percibe el empleado, por valor de quince (15) días de salario, con el fin de que disponga de más recursos para disfrutar de su periodo de descanso. De conformidad a lo previsto en el Decreto 1045 de 1978, tienen derecho a percibir la prima de vacaciones los servidores que cumplan un año al servicio de la entidad y que vayan a empezar el disfrute de las vacaciones. En razón a su finalidad, serán pagadas por lo menos cinco días antes de la fecha en la cual el empleado se disponga a disfrutar de las vacaciones y se liquida de acuerdo con los mismos factores salariales señalados para las vacaciones. En el presente asunto, teniendo en cuenta que cada uno de los contratos celebrados con el demandante eran inferiores a un año, no hay lugar al reconocimiento de dicha prestación, por lo cual este aspecto de la sentencia será revocado en sede jurisdiccional de consulta.

 **4.5.3.4. Reintegro de los pagos al sistema de seguridad social**

Solicita el señor José Oscar Álvarez que se le reintegre los valores que le correspondía cancelar al empleador por concepto de cotizaciones al sistema de seguridad social, sin embargo, considera la Sala que no era posible acceder a esta pretensión, en consideración a que el actor no allegó prueba alguna que demuestre que realizó dichos pagos, por lo tanto dicho aspecto de la sentencia será igualmente revocado en sede jurisdiccional de consulta.

 **4.5.3.5. Sanciones moratorias**

Se ha precisado jurisprudencialmente que la imposición de la indemnización moratoria establecida en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 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.

En el caso objeto de estudio, bien se ve 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 se torna de carácter netamente laboral, en razón a las actividades desarrolladas por el señor José Oscar Álvarez, que denotan tareas propias de un trabajador oficial de planta, las cuales fueron ejecutadas por un periodo considerable de tiempo, 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 propósito de eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o convencionales que se generan en favor del actor.

 Así las cosas, teniendo en cuenta que la sanción moratoria tiene 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 correría a partir del 1º de abril de 2016, a razón de un día de salario por cada día de retardo y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

No obstante, en este punto es del caso precisar que la entidad demandada allegó en primera instancia contratos de prestación de servicios suscritos con el demandante con posterioridad a 30 de diciembre de 2015 (fl. 97 y ss). En virtud de ello, en esta sede se solicitó al ente territorial que aportara los convenios celebrados con el actor con posterioridad a la aludida calenda; requerimiento frente al cual se entregaron los siguientes contratos:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Número de contrato** | **Fecha de suscripción** | **Plazo de ejecución** | **Honorarios mensuales** | **Valor total del contrato** |
| 3447 | 30 de noviembre de 2016 | Un mes y un día | $1.140.000 | $1.178.000 |
| 1386  | 7 de febrero de 2017  | Ocho meses | $1.140.000 | $9.120.000 |
| 4581 | 23 de noviembre de 2017 | Un mes y diez días | $1.140.000 | $1.520.000 |
| 1472 | 16 de enero de 2018 | Seis meses | $1.185.000 | $7.110.000 |
| 3925 | 29 de agosto de 2018 (adicionado el 28 de noviembre de 2018) | Cuatro meses y dos días | $1.185.000 | $4.819.000 |
| 1470 | 11 de febrero de 2019 | Ocho meses | $1.185.000 | $9.480.000 |

**Ponencia Dra. Olga Lucía Hoyos Sepúlveda:**

Una vez analizado el contenido de dichos acuerdos se desprende que la indemnización moratoria se vio interrumpida por la reanudación de la prestación de servicios de José Óscar Álvarez a favor del Municipio de Pereira, y en virtud a tal vínculo ha comenzado a percibir nuevamente una asignación proveniente del erario municipal.

En esa medida, de conformidad a la cláusula constitucional que prohíbe recibir más de una asignación que provenga del tesoro público (art. 128 de la C. Po.), la sanción moratoria correrá desde el 1º de abril de 2016, hasta 29 de noviembre del mismo año – día anterior a la suscripción del contrato No. 3447 -, a razón de un día de salario equivalente a $38.000 por cada día de retardo, es decir, por 239 días para un total de $9’082.000.

 Por lo anterior, se modificará el ordinal séptimo del fallo de instancia, en virtud al grado jurisdiccional de consulta.

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

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

**PRIMERO: MODIFICAR** en sede apelaciones el ordinal quinto del fallo objeto de estudio, en el sentido de que al demandante se le adeudan las siguientes sumas:

*-Compensación de Vacaciones: $1’007.333.*

*- Prima de navidad: $2’146.000.*

*-Cesantías: $2’307.066.*

*- Intereses a las cesantías: $249.366.*

*-Sin derecho a la prima de vacaciones*

 **SEGUNDO:** **REVOCAR** los numerales tercero y sexto de la sentencia de la referencia

**TERCERO: MODIFICAR** el ordinal **SEPTIMO** de la sentencia de primer grado, en el sentido de condenar al Municipio de Pereira al pago de $9’082.000 a favor de José Óscar Álvarez, por concepto de indemnización moratoria.

**CUARTO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de estudio.

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**Notificación surtida en estrados. Cúmplase** y **devuélvase** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Salvamento parcial de voto

 La Magistrada Ponente, El Magistrado,

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



Providencia: Sentencia del 22 de abril de 2019

Radicación No.: 66001-31-05-003-2017-00390-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandante: José Oscar Álvarez

Demandado: Municipio de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

Magistrada que salva voto: Dra. Ana Lucia Caicedo Calderón

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

Con mi acostumbrado respeto, manifiesto que me aparto de las mayorías en lo que atañe a la negación de la nivelación salarial y la sanción moratoria, y como quiera que mi proyecto fue derrotado en esos aspectos, mi salvamento parcial de voto se edifica sobre lo que en su oportunidad propuse frente a dichas pretensiones, cuyos argumentos fueron los siguientes:

**1. Diferencia salarial**

 A efectos de corroborar la determinación de la jueza de primer grado, en sede de segunda instancia se requirió a la entidad demandada con el fin de que informara cuál era el nombre del cargo de los trabajadores oficiales –de planta- adscritos a esa entidad que estaban encargados de *adecuar y conservar los andenes, las zonas verdes y los parques de la ciudad de Pereira entre los años 2014 y 2015*; frente a lo cual la accionada allegó comunicación en la que señala que dichas funciones era desempeñadas por **“Obreros”** (fl. 20 C. 2); relacionando el nombre de quienes ejecutaron esas labores en el interregno en mención. Esta información permitía concluir, indefectiblemente, que las tareas asignadas al señor José Oscar Álvarez también eran desplegadas por trabajadores oficiales de la entidad, de manera que le asistía derecho a percibir el mismo salario devengado por aquellos.

 Ahora, como la Directora Administrativa de Talento Humano del Municipio de Pereira certificó que los trabajadores del municipio que se desempeñan como obreros 1040-1, dependientes de la secretaría de infraestructura municipal de Pereira en el año 2015, devengaban un salario mensual de $1.692.728, el cual resulta superior al que se cancelaba al demandante a título de “honorarios”; a mi juicio, el actor tiene derecho a que se le reconozca y pague la correspondiente diferencia salarial, y que lo demás acreencias reconocidas en el proceso se liquiden con esa suma.

 **2. Sanciones moratorias**

 Se ha precisado jurisprudencialmente que la imposición de la indemnización moratoria establecida en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 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.

 En el caso objeto de estudio, bien se ve 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 se torna de carácter netamente laboral, en razón a las actividades desarrolladas por el señor José Oscar Álvarez, que denotan tareas propias de un trabajador oficial de planta, las cuales fueron ejecutadas por un periodo considerable de tiempo, 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 propósito de eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o convencionales que se generan en favor del actor.

 Así las cosas, teniendo en cuenta que la sanción moratoria tiene 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 misma debería concederse a partir del 1º de abril de 2016, 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 diarios, teniendo en cuenta que al momento en que finalizó el contrato el salario del demandante debía ascender a la suma de $1.692.728.

 En este punto es del caso precisar que la entidad demandada allegó en primera instancia contratos de prestación de servicios suscritos con el demandante con posterioridad a 30 de diciembre de 2015 (fl. 97 y ss). En virtud de ello, en esta sede se solicitó al ente territorial que aportara los convenios celebrados con el actor con posterioridad a la aludida calenda; requerimiento frente al cual se entregaron los siguientes contratos:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Número de contrato** | **Fecha de suscripción** | **Plazo de ejecución** | **Honorarios mensuales** | **Valor total del contrato** |
| 3447 | 30 de noviembre de 2016 | Un mes y un día | $1.140.000 | $1.178.000 |
| 1386  | 7 de febrero de 2017  | Ocho meses | $1.140.000 | $9.120.000 |
| 4581 | 23 de noviembre de 2017 | Un mes y diez días | $1.140.000 | $1.520.000 |
| 1472 | 16 de enero de 2018 | Seis meses | $1.185.000 | $7.110.000 |
| 3925 | 29 de agosto de 2018 (adicionado el 28 de noviembre de 2018) | Cuatro meses y dos días | $1.185.000 | $4.819.000 |
| 1470 | 11 de febrero de 2019 | Ocho meses | $1.185.000 | $9.480.000 |

 Una vez analizado el contenido de dichos acuerdos se observa que el primero de ellos se suscribió **casi un año después** del último que se alega en la demanda; además, todos los contratos guardan las mismas características de aquellos que se están desvirtuando a través de este proceso ordinario, es decir, en todos se reviste al actor de la calidad de contratista, por lo que no era dable considerar que la demandada enmendó su proceder, esto es, -la mala fe-.

 Por ello, no podía considerarse que la indemnización moratoria se vio interrumpida por el simple hecho de que el señor Álvarez haya continuado prestando sus servicios a favor de la demandada, pues no se les están reconociendo todas las garantías propias del contrato de trabajo, y sus derechos laborales se han seguido pretermitiendo de manera continuada.

 No aplica en el presente caso el precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-6117 de 2017, radicado 47904, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, pues en casos como el ahí analizado se entiende que un **TRABAJADOR OFICIAL** que viene disfrutando de las prerrogativas propias de un contrato de trabajo pasa a otra entidad **SIN SOLUCIÓN DE CONTINUIDAD**, pero con la denominación de **empleado público**, situación que ni siquiera se asemeja a la ocurrida en el sub lite. Así se indicó en la providencia en mención:

“Así pues, como quiera que la aplicación del artículo 1 del Decreto 797 de 1949, únicamente encuentra fundamento cuando se verifica una culminación de la relación de trabajo, su imposición no resulta procedente cuando se comprueba su continuidad, pero con una recategorización del vínculo, como en el *sub judice*, donde, por ministerio de la ley, los servidores del Instituto de Seguros Sociales pasaron a ser empleados públicos de las empresas sociales del Estado creadas a raíz de su escisión.”

En estos términos sustento mi salvamento parcial de voto.

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrada

1. Reglamentado por el Decreto 1843 de 1969 [↑](#footnote-ref-1)
2. Reglamentado por el Decreto Ley 1333 de 1986 [↑](#footnote-ref-2)