El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / ELEMENTOS / PRESUNCIÓN A FAVOR DEL TRABAJADOR / CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS / LEY 80 DE 1993 / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD / LA DEPENDENCIA COMO FACTOR DETERMINANTE / CLASIFICACION SERVIDORES PÚBLICOS / TRABAJADORES OFICIALES Y EMPLEADOS PÚBLICOS / EXTREMOS TEMPORALES / APROXIMACIÓN.**

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores…

En ese orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 6 de 1945 modificado por el artículo 1° de la Ley 64 de 1946, existe un contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal remunerado bajo la continuada dependencia y subordinación y quien lo recibe. Este último elemento –de subordinación y dependencia–, es precisamente la esencial característica que diferencia el contrato de trabajo de cualquiera otro y consiste en la necesaria sujeción que existe entre quien presta el servicio personal y quien lo recibe…

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1947, toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, disposición que supone que al trabajador le basta demostrar la ejecución personal del servicio, para que se infiera que el mismo se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral y que pone en cabeza del empleador el deber de demostrar que las labores se adelantaron de manera autónoma e independiente…

En materia estatal, tal forma de vinculación está regulada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que indica en su tenor literal que: “Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad….”

… los servidores de la administración pública están clasificados como empleados públicos y trabajadores oficiales, y que sólo en relación con estos últimos, la administración celebra contratos de trabajo, lo que de paso habilita a esta jurisdicción laboral para dirimir dichos conflictos jurídicos por mandato del artículo 2-1 del C.P.T.S.S.

Por adoctrinado se tiene que en aquellos eventos en los cuales no se conoce con exactitud los extremos temporales de la relación laboral, es dable establecerlos de forma aproximada cuando los medios probatorios contribuyen a acreditar la prestación personal del servicio en un periodo determinado, el cual debe tomar el juzgador como punto de referencia para calcular los derechos laborales y sociales del trabajador.

En ese orden, en tratándose de la fecha de ingreso, podrá establecerse como hito inicial el último día del mes del año informado, mientras que como extremo final, deberá tenerse el primer día del mes, bajo el entendido de que por lo menos un día de ese año lo laboró.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

****

**SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Ponente:

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

|  |  |
| --- | --- |
| Demandante: | José Javier Rodríguez Cuervo |
| Demandado: | Municipio de Pereira |
| Radicación No. | 66001-31-05-001-2017-00229-01 |
| Juzgado de origen: | Primero Laboral del Circuito de Pereira |
| Tipo de proceso: | Ordinario Laboral |
| Providencia: | Sentencia de segunda instancia |
| Decisión: | **MODIFICA** |

Registro del proyecto: veintinueve (29) de octubre de dos mil veinte (2020)

Acta de discusión No. 167 del 10 de noviembre de 2020

Pereira, Risaralda, dieciocho (18) de noviembre de dos mil veinte (2020)

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, según el cual las sentencias de segunda instancia en materia laboral deben proferirse de manera escrita, procede la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas **ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO** (ponente), **ANA LUCIA CAICEDO CALDERÓN** y **OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA** a resolver el **recurso de apelación** **interpuesto por la parte demandada así como el grado jurisdiccional de consulta,** frente a la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

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

**SENTENCIA**

1. **ANTECEDENTES**
	1. **Demanda**

El demandante aspira a que la justicia ordinaria laboral declare la existencia de un contrato de trabajo con el Municipio de Pereira, a término indefinido, ejecutado desde el 01 de junio hasta el 31 de diciembre de 2015. En consecuencia, pide que se declare que es beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo vigentes y que tiene derecho a título de compensación o indemnización de perjuicios a los siguientes conceptos: cesantías, vacaciones, el valor que como empleador le correspondía pagar a la seguridad social, la sanción establecida en la Ley 50 de 1990 por la no consignación de las cesantías, la diferencia salarial en relación con un empleado de planta, el auxilio de transporte, la prima extralegal y la prima de navidad en la forma establecida convencionalmente, la sanción moratoria consagrada en el artículo 65 del C.S.T. o en subsidio de esta, la indexación de los valores que reconozcan a su favor, y las costas procesales. Estas pretensiones, de acuerdo con deprecado en el escrito inicial (fol. 4 y 5) e incluidas las modificaciones introducidas durante la audiencia de conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento, fijación del litigio y decreto de pruebas (fols. 63 a 67).

Como fundamento fáctico de lo pedido, en síntesis, expuso que mediante contratos de prestación de servicios trabajó de manera personal y subordinada como *ayudante de obra* del ente territorial accionado; durante el lapso referido; en parques, escuelas, vías y calles, entre otras instalaciones; cumpliendo un horario de 07:00 a.m. a 04:30 p.m., de lunes a domingos, incluidos los festivos; devengando como último salario, la suma de $1.140.000; sin que nunca le consignaran las cesantías en un fondo, ni le pagaran prestaciones sociales.

De otra parte, relató que el demandando y el *Sindicato de Trabajadores del Municipio de Pereira* suscribieron convenciones colectivas vigentes desde 1991; que esta organización sindical es mayoritaria; que el 27 de mayo de 2016 presentó reclamación administrativa ante la accionada; y que mediante oficio del 14 de junio de 2016, ésta no dio respuesta a lo exigido argumentando que el vínculo no es de carácter laboral (fol. 2 y 3).

* 1. **Respuesta a la demanda**

El **Municipio de Pereira** se pronunció a través de apoderada judicial calificando como ciertos los hechos relativos a la prestación personal de servicios por parte de actor, la existencia de la organización sindical y a la reclamación administrativa, precisando que la actividad personal se dio en el marco de un contrato civil, sin dependencia ni subordinación. En relación con los hechos restantes, mencionó que no eran ciertos o que no le constaban.

Finalmente, se opuso a las pretensiones y en su defensa propuso como medios exceptivos de fondo los de “Inexistencia de la obligación demandada”, “Prescripción” y “Compensación” (fol. 37 a 44).

1. **SENTENCIA DE PRIMER GRADO**

Clausurado el debate probatorio, la juzgadora de primer grado puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 20 de noviembre de 2019, en la que declaró la existencia de un contrato de trabajo desde el 07 de julio hasta el 21 de diciembre de 2015 y en tal virtud, el señor José Javier Rodríguez Cuervo ostentó la calidad de trabajador oficial y era beneficiario de los acuerdos convencionales vigentes.

En consecuencia, condenó al demandado al pago del auxilio de transporte, auxilio de cesantías, vacaciones, prima de navidad y la indemnización moratoria, a partir del 22 de marzo de 2016 hasta que se verifique el pago de lo debido y las costas procesales. Las pretensiones restantes fueron resueltas negativamente, estas son, las relativas al pago del valor de los aportes que como empleador le correspondía pagar al Municipio de Pereira a la seguridad social, la sanción por la no consignación de las cesantías, la diferencia salarial en relación con un empleado de planta, la prima extralegal y la indexación.

Como argumentos de la decisión, señaló que la documental y el testimonio de Jesús Amado Arias, acreditan que el demandante prestó sus servicios personales al demandado, de manera subordinada y recibiendo un pago como contraprestación; por cuanto, dichos medios dan cuenta que el actor se desempeñó en una labor que no es especializada, como es la de *ayudante de obra*; que las partes acordaron el pago de una suma dineraria para remunerar los servicios; que las labores eran ejecutadas con herramientas suministradas por el ente territorial; que las actividades asignadas no podían cumplirse a través de terceras personas; y que el trabajador no tenía autonomía, si no que sujeto a las determinaciones del accionado, entre otros aspectos, en relación con el cumplimiento de horarios, lugar de trabajo, actividades a desarrollar, obtención de permisos o justificación de ausencias.

De acuerdo con lo anterior, con fundamento en los cánones establecidos en el Decreto 2127 de 1945, en virtud del principio de la primacía de la realidad, consideró desvirtuado que el contrato ejecutado entre las partes se tratara de uno de prestación de servicios, como lo denominaron al suscribirlo o como lo indicaba la confesión dicta del demandante, y en su lugar, concluyó que se trataba de un contrato de trabajo a término indefinido que, según el acta de inicio y la certificación del mismo, estuvo vigente desde 07 de julio hasta el 21 de diciembre de 2015.

De otra parte, con apoyo en la certificación expedida por la Directora Administrativa de Gestión del Talento Humano del Municipio de Pereira, estableció que el demandante es beneficiario de la convención colectiva suscrita entre el ente territorial y su organización sindical, dado a que, al agrupar a más de la tercera parte del total de los trabajadores del Municipio, como sindicato mayoritario, extiende automáticamente sus beneficios a todos los trabajadores.

Descartó que alguno de los créditos laborales a que tiene derecho el actor se hubiere visto afectado por el fenómeno de la prescripción porque no alcanzaron a transcurrir tres años entre la terminación del contrato y la reclamación administrativa, ni entre este momento y el de la presentación de la demanda.

Así pues, procedió a determinar los créditos laborales que le corresponden al trabajador, teniendo en consideración que el contrato se habría extendido durante lapso de 165 días, que el salario mensual era de $1.140.000 y que el valor del auxilio legal de transporte para el 2015 era de $74.000, de la siguiente manera:

**Auxilio de transporte:** señaló que el trabajador tiene derecho a este concepto por devengar menos dos salarios mínimos, a razón de $74.000 mensuales, para un total de $407.000.

**Auxilio de cesantías:** indicó que de acuerdo con la convención colectiva, debe reconocerse teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en el Decreto 1045 de 1978, en los términos de la Ley 50 de 1990, por lo que las liquidó teniendo como base la sumatoria del valor del salario y del auxilio legal de transporte, en un total de $556.417.

**Vacaciones:** las estimó con base en el salario del trabajador, a razón de 15 días anuales, de manera proporcional al tiempo de servicio, en la suma de $261.250.

**Prima de navidad:** la calculó en la suma $1.456.800, aludiendo a las reglas convencionales, con base en el salario y el auxilio legal de transporte, a razón de 36 días anuales, con independencia el tiempo servido.

**Sanción moratoria:** de acuerdo con el Decreto 797 de 1949, la reconoció argumentando que el Municipio de Pereira no actuó de buena fe y no realizó el pago de las sumas debidas dentro de los 90 días siguientes a la terminación del contrato.

Negó las pretensiones relativas (i) al pago del valor de los aportes que como empleador le correspondía pagar al Municipio de Pereira a la seguridad social, porque el demandante no probó cuáles fueron los pagos que realizó para solicitar el reembolso; (ii) la sanción por la no consignación de las cesantías, porque el contrato terminó antes de que llegara la fecha para la consignación en el fondo; (iii) la diferencia salarial en relación con un empleado de planta porque los salarios certificado por la Directora de Talento Humano se limita a los años 2011 a 2014 dejan de lado el año 2015, que es lo que interesa al proceso, y no se acreditaron los elementos para la comparación, (iv) la prima extralegal de junio, porque se causa en el mes de junio y la vinculación empezó en el mes de julio, y (v) la indexación porque se concedió la sanción moratoria.

Finalmente, por resultar vencida en juicio condenó en costas a la demandada.

1. **RECURSO APELACIÓN**

Inconforme con la sentencia, la vocera judicial del Municipio de Pereira interpuso el recurso de alzada discutiendo, en esencia, la valoración probatoria realizada por la *a-quo* para determinar que la relación existente entre las partes estaba regida por un contrato de trabajo y la determinación de imponer la sanción moratoria hasta que se verifique el pago total de la obligación.

En ese orden, adujo que debía considerarse que el contrato celebrado con el actor se supedita a lo reglado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993; que en contra de la parte activa opera la confesión ficta impuesta como sanción procesal por la inasistencia a la etapa de conciliación; y que el único testimonio recaudado carece de la contundencia necesaria para desvirtuar la presunción porque no es armónico con la documental que acredita la época de ocurrencia de los hechos.

De otra parte, relató que con posterioridad al contrato de trabajo que se declara, concretamente, desde de noviembre de 2017, ha celebrado diferentes contratos de prestación de servicios con el demandante para el *“apoyo para la realización de actividades en las escuelas de iniciación de formación deportiva en la disciplina de futbol a los habitantes del municipio de Pereira”* y con apoyo en esto, argumentó que la indemnización moratoria debió limitarse hasta ese momento, atendiendo a la prohibición establecida en el artículo 128 constitucional de percibir doble asignación del erario, en concordancia por lo lineado por la Sala de Decisión Laboral No. 1 de éste Tribunal, en sentencia del abril de 2019, dictada en el proceso con radicación 2017-390.

Sumado a lo anterior, postuló que si bien en el plenario no obra prueba de dichos contratos, ello ocurrió porque los contratos en comento se celebraron con posterioridad a la contestación de la demanda y como apodera dentro del trámite, únicamente tuvo conocimiento de ello de manera previa a la celebración de la audiencia de trámite y juzgamiento, en la cual, a pesar de haberlos presentado y solicitado tener como prueba, la jueza *a quo* no accedió. Este recuento, solicitando que de manera oficiosa en esta instancia se ordenara y practicara esa prueba.

1. **ALEGATOS DE INSTANCIA**

Dentro del término otorgado para descorrer el traslado, el Ministerio Público conceptuó que debía confirmarse la sentencia apelada y la apoderada judicial de la parte presentó escrito de alegatos de conclusión, los que en síntesis reflejan los puntos debatidos por los integrantes de la Sala, por lo que se procede a decidir de fondo, previa las siguientes**:**

1. **CONSIDERACIONES**

**5.1. Presupuestos Procesales.**

Sirve la revisión del expediente para determinar que los requisitos esenciales para su formación y desarrollo normal se encuentran reunidos a cabalidad, circunstancia que permite ser decidido con sentencia de mérito. Por otra parte, tampoco se evidencian causales de nulidad que invaliden lo actuado.

**5.2. Problemas jurídicos para resolver.**

De conformidad con los puntos de apelación de la sentencia de primera instancia y el grado jurisdiccional de consulta que opera en favor del ente territorial accionado, se encuentra que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben a determinar, si la relación contractual que existió entre las partes fue de carácter laboral, según el principio de primacía de la realidad sobre las formas. En caso positivo, establecer si quedaron probados los extremos temporales de los contratos de trabajo declarados en primera instancia y, si hay lugar a condenar al pago de acreencias laborales halladas por la a-quo, esclareciendo además, en torno a la indemnización moratoria, si debe limitarse en virtud de la prohibición de doble asignación establecida en el artículo 128 Superior.

**5.3 Desenvolvimiento de la problemática planteada**

**5.3.1. Existencia de la relación laboral.**

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, de conformidad con lo establecido en el artículo 1º de la Ley 6 de 1945 modificado por el artículo 1° de la Ley 64 de 1946, existe un contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal remunerado bajo la continuada dependencia y subordinación y quien lo recibe. Este último elemento –de subordinación y dependencia–, es precisamente la esencial característica que diferencia el contrato de trabajo de cualquiera otro y consiste en la necesaria sujeción que existe entre quien presta el servicio personal y quien lo recibe, teniendo en este último como empleador, la facultad de imponer la forma de hacer la labor, cómo y dónde hacerla, además de la imposición de reglamentos y el ejercicio de facultades disciplinarias.

Ahora bien, al tenor de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1947, toda prestación personal de servicio remunerada se presume regida por un contrato de trabajo, disposición que supone que al trabajador le basta demostrar la ejecución personal del servicio, para que se infiera que el mismo se desarrolló bajo una relación de naturaleza laboral y que pone en cabeza del empleador el deber de demostrar que las labores se adelantaron de manera autónoma e independiente y sin el lleno de los presupuestos exigidos por la ley, para tener tal condición.

Por su parte, una relación regida por un contrato de prestación de servicios o una orden previa o cualquier otra figura análoga, necesariamente implica la total independencia del contratista en la ejecución del objeto, más allá de la facultad que tiene el contratante de supervisar la labor. Esta independencia, se evidencia en que aquel puede determinar la intensidad horaria con la que se dedica a la labor, las herramientas a usar, el lugar de ejecución, siendo únicamente relevante el cumplimiento del objeto contratado.

En materia estatal, tal forma de vinculación está regulada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que indica en su tenor literal que: *“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”*.

Como se ve, la norma es clara en establecer que la contratación por este medio está supeditada a: ***(i)*** que la labor requerida por la entidad tenga una naturaleza especializada, ***(ii)*** que requiera un personal calificado o ***(iii)*** que no pueda ejecutarse con las personas que ocupan los cargos de planta de la entidad y, ***(iv)*** la temporalidad de tal forma de vinculación, esto es, que apenas puede celebrarse por el lapso estrictamente necesario para cumplir el objeto contractual. De no presentarse tales hipótesis, inexorablemente, de darse la subordinación, se configurará una relación laboral, con las consecuentes cargas prestacionales y sancionatorias a cargo del empleador.

**5.4 Clasificación de los servidores públicos de los Municipios**

Sabido es que, los servidores de la administración pública están clasificados como empleados públicos y trabajadores oficiales, y que sólo en relación con estos últimos, la administración celebra contratos de trabajo, lo que de paso habilita a esta jurisdicción laboral para dirimir dichos conflictos jurídicos por mandato del artículo 2-1 del C.P.T.S.S.

En relación con los servidores públicos municipales, estos, por regla general, son empleados públicos y solo por excepción, son trabajadores oficiales aquellos que ejecuten labores de construcción y sostenimiento de obras públicas, de conformidad con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, y del artículo 42 de la Ley 11 de 1986, reglamentada por el artículo 292 del Decreto 1333 de 1986.

Entiéndase como actividades de construcción y sostenimiento de obras públicas, no sólo aquellas que están destinadas a la construcción de la obra pública como tal, sino también las que buscan su conservación y mantenimiento y contribuyen a que la obra preste la función que le es propia a su naturaleza, esto es, la de interés general y social y/o utilidad pública.

Sobre ese punto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que el concepto de construcción y sostenimiento de una obra pública, abarca las actividades que “son inherentes a la entidad, es decir, garantizan la funcionalidad real de su infraestructura, de tal forma que ante su ausencia el resultado lleve al colapso de la misma”, sentencia SL 2603 del 15 de marzo de 2017.

* 1. **Aproximación de los extremos de la relación laboral.**

Por adoctrinado se tiene que en aquellos eventos en los cuales no se conoce con exactitud los extremos temporales de la relación laboral, es dable establecerlos de forma aproximada cuando los medios probatorios contribuyen a acreditar la prestación personal del servicio en un periodo determinado, el cual debe tomar el juzgador como punto de referencia para calcular los derechos laborales y sociales del trabajador.

En ese orden, en tratándose de la fecha de ingreso, podrá establecerse como hito inicial el último día del mes del año informado, mientras que como extremo final, deberá tenerse el primer día del mes, bajo el entendido de que por lo menos un día de ese año lo laboró. Así lo ha reiterado el órgano de cierre laboral en pacífica línea jurisprudencial, entre otras, en sentencia del 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, en la que refirió:

*“(…) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.*

*En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:*

*<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>”.*

**5.6. Caso concreto**

En el caso puntual emerge sin hesitación que el demandante prestó sus servicios personales a favor del Municipio de Pereira. Hecho que, calificado como cierto por la entidad territorial al dar respuesta a hecho 1º de la demanda, se constata a través de la testimonial recaudada, como se verá más adelante con mayor detalle, y se colige de la copia del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión No. 2300, suscrito por las partes, con fecha del 30 de junio de 2015, mediante el cual se contrató al demandante para desarrollar la labores de “*ayudante de construcción*” (fol. 16 y 17) y de la certificación del mismo (fol. 57 y 59).

 En dicho contrato se estableció que el contratista debía apoyar a la Secretaría de Infraestructura en las labores de mantenimiento y rehabilitación de edificaciones públicas (casetas comunales) en el desarrollo del proyecto de mejoramiento de la infraestructura física de los equipamientos urbanos del municipio de Pereira, cumpliendo con las especificaciones técnicas recomendadas (fol. 16).

Tales labores fueron cumplidas a cabalidad de manera personal por el demandante, según se colige del acta de inicio y de la certificación del contrato, en la cual se dejó consignado que el actor cumplió con lo acordado (fol. 57 y 59).

Aunado a ello, el señor Jesús Amado Arias, testigo postulado por la parte activa, informó que desde hace mucho tiempo conoce al demandante porque ambos vivían en Cuba; que en abril de 2015 empezó a trabajar para el Municipio de Pereira; que lo designaron jefe de unas obras en el barrio El Dorado; que era maestro de obra y a su cargo tenía seis (6) ayudantes de obra; que a los 15 o 20 días de estar allá, un ingeniero de nombre Ramón le mandó a José Javier para que trabara con él; que las labores ejecutadas por José Javier eran las propias de un ayudante de obra, como pintar, llevar o hacer lo que se le pedía; y que trabajaron juntos en los lugares que les asignaba la Alcaldía, como en El Dorado, Panorama, la Caseta del Sinaí, Bomberos y el velódromo.

Este relato, como se nota, ubica el inicio del nexo entre el Municipio de Pereira y José Javier Rodríguez Cuervo, en algún momento entre los meses de abril y mayo de 2015. Lo que no es armónico con lo expresado en el libelo inicial (01 de junio de 2015, fol. 2). No coincide con la fecha que data en el contrato celebrado entre las partes (30 de junio de 2015, fol. 16). Mucho menos concuerda con la fecha de inicio de ejecución consignada en el acta correspondiente (07 de julio de 2015, 57). Situación que advierte la parte pasiva al formular la apelación, para cuestionar la credibilidad del testimonio.

Pues bien, circunscritas esas inconsistencias a un tópico de fácil confusión u olvido, como es la ubicación de un hecho en el tiempo después de haber transcurrido cerca de 4 años desde su ocurrencia; se valora como normal que el declarante sea incapaz de ofrecer unos datos más precisos sobre ello e inclusive, se aprecia como indicativo del relato espontáneo, sincero y responsivo ofrecido por el declarante a lo largo de su declaración.

Así las cosas, conocido que el testimonio no forma un todo indivisible que deba ser acogido o descartado en su integridad, esa versión que por obvias razones no resulta convincente para definir los momentos de inicio y terminación de la relación laboral que se indaga, merece credibilidad en torno a los demás aspectos referidos, como es la prestación personal y remunerada de servicios del demandante a la demandada, que también indican otras pruebas.

De manera similar, el contrato de prestación de servicios nº 2300 es prueba suficiente de que se trataba de una actividad remunerada, toda vez que en la cláusula cuarta a favor del trabajador se estipuló como contraprestación por su actividad, un pago fijo mensual de $1.140.000.

Probada la prestación personal de servicios remunerados para el desarrollo de actividades de mantenimiento, conservación y construcción de obras públicas, sería atendible estimar activada la presunción legal que releva al trabajador de probar la subordinación y según la cual, dicha labor se desarrolló en el marco de un contrato de trabajo. Sin embargo, como ello fue descartado expresamente por la jueza al considerar que la confesión ficta del demandante, le impone la carga de probar la subordinación y precisamente uno de los motivos de inconformidad expresados por el demandado tiene que ver con el alcance dado dicha ficción, antes de continuar, deviene necesario analizar con exactitud, cuáles son los hechos objeto de la sanción procesal y cuál es su incidencia en el escenario probatorio.

Para el desarrollo de este propósito, cumple recordar someramente que la confesión ficta **solo** tiene cabida (i) frente a hechos, cuando además (ii) estos son susceptibles de confesión; por tanto, los efectos de aquello que se declara presuntamente cierto, indefectiblemente están condicionados a la verificación de los presupuestos en comento. Entre otras razones, porque la calificación de los hechos o los juicios sobre los mismos, es una labor que únicamente compete al juez y tal como fue postulado entre otras sentencias, en la CSJ SC del 14 de abril de 1947, *“[l]a gestión de las partes termina con la demostración de los hechos, pues con ella comienza la función jurisdiccional de enfrentarlos con los preceptos en orden a decidir las situaciones jurídicas concretas.”*

Encuentra la Sala, que clausurada la etapa de conciliación la jueza declaró como presuntamente ciertas las premisas postuladas por el Municipio de Pereira en la contestación a los hechos primero (parcialmente), segundo, séptimo y octavo, casi en los mismos términos como fueron presentadas, así:

*“[05’26’’] Se tendrá por cierto lo contenido o lo aceptado en el hecho primero, lo cual constituye confesión ficta, solamente o parcialmente en cuando a la manifestación que se hace en la respuesta al hecho, en el sentido de que el señor José Javier Rodríguez Cuervo estuvo bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios, lo que quiere decir que no tenía dependencia ni subordinación con respecto al empleador.*

*Asimismo, la contestación al hecho segundo, en el cual se indica que el demandante prestó un servicio a través de contrato civil y no laboral y que este contrato terminó el 01 de junio de 2015.*

*Asimismo, el hecho séptimo, la respuesta al hecho séptimo, en la cual se señala que el demandante, señor Rodríguez Cuervo no cumplía horario como se manifiesta en la demanda, que era autónomo e independiente del mismo y solo tenía obligación de ejecutar el objeto del contrato.*

*El hecho octavo también, la respuesta al hecho octavo, en cuanto se indica que nunca se pactó salario por parte de la entidad, si no honorarios por los servicios prestados al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato.”*

En esa línea, bajo los parámetros mencionados, se tiene que, de lo respondido frente al hecho **primero**, el único supuesto fáctico que se postula, es que “*el señor José Javier Rodríguez Cuervo estuvo bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios”*; pues lo demás se enuncia como una inferencia, como aquello que el hecho *“quiere decir”* o lo que puede interpretarse del mismo.

A pesar de ello, debe advertirse que esa oración, “*el señor José Javier Rodríguez Cuervo estuvo bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios”,* únicamente es un hecho cuando se considera desde una óptica meramente formal, es decir, en el entendido que las partes celebraron un contrato de esa modalidad o denominación. Luego, tal aserto no puede ser asumido desde una perspectiva material, por dos potísimas razones: **Primero**, ello haría que deje de ser un hecho para convertirse en la premisa final o el resultado de un silogismo que tiene como presupuesto la comprobación de acciones u omisiones y su contrastación con las reglas jurídicas a fin de verificar la realización de los supuestos que determinan sus efectos y conducen a tal conclusión. **Segundo**, porque sería dar paso a una suerte de allanamiento o renuncia ficta a las pretensiones de contenido declarativo, encubierto por una mal llamada confesión presunta sobre lo que en realidad es el objeto del litigio.

Cosa distinta habría sido que se presumiera confeso, a modo de ejemplo, que el actor empleaba sus propias herramientas para la labor, que contaba con personal propio o que ejecutaba las obras con sus propios recursos. Estos son, verdaderos hechos, con base en los cuales, al amparo de la norma laboral, es que puede evaluarse un contrato y finalmente, en un sentido material, determinar si corresponde a la modalidad acordada o si degeneró en el otro tipo contractual. Atributo que se insiste, es competencia del juez y no de las partes.

Puestas las cosas de esa manera, no puede considerarse que existe confesión presunta cuando se asevera en un sentido formal que “*el señor José Javier Rodríguez Cuervo estuvo bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios”,* ya que, uno de los requisitos de la confesión, es que lo declarado produzca efectos adversos para el confesante o favorables a la contraparte, y en este caso, no es nuevo ni contrario a los intereses de Rodríguez Cuervo, que se diga que el vínculo que tuvo con la pasiva, *“se dio mediante contratos de prestación de servicios”*. Esto se postuló desde el inicio en el hecho tercero de la demanda y en nada desmejora la posición del actor ni favorece a la contraparte, porque no se cuestiona la autenticidad del contrato, sino la forma como en la realidad se ejecutó día tras día.

En relación con la respuesta al hecho **segundo**, se tiene que la expresión “*que el demandante prestó un servicio a través de contrato civil y no laboral”,* tampoco es un hecho. Como se dijo, es una expresión que comporta un razonamiento jurídico que únicamente le concierne al juez, pues es a éste a quien, en ejercicio de la función jurisdiccional le compete dilucidar la naturaleza de un contrato. Ahora, la manifestación que sí puede calificarse como un hecho, es la que postula “*que este contrato* ***terminó*** *el 01 de junio de 2015”*; empero debe advertirse que, a pesar que tal declaración no fue objeto de recurso y así adquirió firmeza, devela un lapsus evidente de la juzgadora porque según se lee a folio 37, lo dicho por el Municipio de Pereira fue que el *“contrato se* ***firmó*** *el 1 DE JUNIO DE 2015” (sic)*. Al margen de esto, tampoco se aviene contrario a los intereses de la parte activa, quien identifica esta data como de inicio del contrato, ni favorece a la pasiva, en tanto no zanja duda alguna sobre el inicio de su ejecución.

 En lo concerniente a la contestación del hecho **séptimo**, opera la confesión ficta en cuanto que *“el señor Rodríguez Cuervo no cumplía horario como se manifiesta en la demanda, que era autónomo e independiente del mismo y solo tenía obligación de ejecutar el objeto del contrato”,* todas estas manifestaciones, como es claro, hechas en relación con el horario de trabajo*.*

Finalmente, frente a lo dicho del hecho **octavo**, desde un punto de vista formal, también puede considerar un hecho que *“nunca se pactó salario”,* sino honorarios; empero como de esto no deviene un efecto adverso para el confesante o favorable para la contraparte, tampoco califica como confesión.

En suma, hasta aquí, de lo declarado como sanción procesal, solo un hecho que puede presumirse confeso y es el relativo a que *“el señor Rodríguez Cuervo no cumplía horarios”.*

Consecuentemente con lo expuesto, respecto a la *presunción de existencia del contrato de trabajo,* se concluye que no es un instrumento que se active con la demostración de la prestación personal del servicio y luego desactive por el mero hecho de imponerse una sanción procesal a quien se beneficia de la misma; mucho menos, cuando aquello que se dice declarar confeso, no es un hecho, ni reúne los requisitos de la confesión.

De manera que, una vez se activa la presunción del contrato de trabajo, como ocurre con cualquier medio de prueba, debe examinarse si los hechos que se declaran confesos fictamente, son de la entidad suficiente para desvirtuar la presunción de la naturaleza contractual del vínculo laboral. Valoración que puede hacerse de manera individual o conjunta con otros elementos de convicción; sin perjuicio de que, a su vez, la parte interesada en desvirtuar la ficción, despliegue la actividad probatoria necesaria para contrarrestar los efectos de la sanción procesal, en tanto admite prueba en contrario.

De aquí que, estando probada la prestación personal del demandante, en su condición de trabajador oficial, pues no cabe duda que desarrolló labores de mantenimiento, conservación y construcción de obras públicas, por lo que se activa en favor de aquel la presunción legal según la cual dicha labor se desarrolló en el marco de un contrato de trabajo; por lo que le correspondía al extremo pasivo, desvirtuar dicha presunción, demostrando que la relación contractual estuvo regida por otro tipo de contrato de naturaleza distinta a la laboral, ausente del elemento esencial de la subordinación.

En este contexto, aunque el no cumplimiento de horarios puede valorarse como un elemento indicativo de autonomía o de inexistencia de subordinación, por si solo e independientemente considerado, es insuficiente para derruir la presunción del contrato de trabajo.

En cualquier caso, lo que se encuentra al efectuar un análisis conjunto de las probanzas, es que la ficción de *inexistencia de horarios* queda completamente destruida y en su lugar, se considera demostrado que realmente había un horario impuesto, como lo permite conocer el testimonio de Jesús Amador Arias, quien fue diáfano en indicar que él y los ayudantes de obra que dependían de él, como era el señor Rodríguez Cuervo, debían cumplir un horario de 07:00 a.m. a 05:00 p.m., dentro del cual también tenían tiempo para la ingesta de alimentos, igualmente determinados por los funcionarios de la Alcaldía de Pereira.

Relato que no solo es creíble por el contacto directo que el testigo declaró tener con los hechos; también por la misma naturaleza del cargo para el que fue contratado el señor Rodríguez Cuervo, el cual, por definición (ayudante de obra) exige la cumplir con horarios determinados para la ejecución coordinada, conjunta e incluso simultánea de las actividades propias de una obra.

Ahora, al auscultar minuciosamente en el plenario, no se avizora que el Municipio de Pereira hubiere cumplido con la carga para desvanecer la presunción del contrato de trabajo pues tan solo allegó el acta de inicio y el certificado del contrato (fol. 57 a 59) y se limitó a indicar que se tuvieran como medios de prueba las allegadas con la demanda, que corresponden al contrato de prestación de servicios atrás referido, la reclamación administrativa, la respuesta dada a la misma, las convenciones colectivas en medio magnético, una certificación de salarios para el cargo de obrero, una certificación sobre el número de trabajadores oficiales afilados al sindicado y una certificación de las prestaciones a que tiene derecho un trabajador oficial sindicalizado del municipio (fol. 16 a 23).

Tales medios de prueba, en modo alguno contribuyen a desvirtuar la presunción legal en favor del trabajador, pues no demuestran la independencia y autonomía que el contratista debe exhibir en el marco de un contrato de prestación de servicios profesionales, máxime que para desarrollar el oficio o la tarea que le fue encomendada al actor, no se requiere acudir a personal con conocimientos especializados en determinada materia.

Por el contrario, si se repara en la testimonial que se ha venido aludiendo, de manera indefectible se infiere que las labores que el actor ejecutó, fueron desplegadas bajo la continuada dependencia y subordinación del ente territorial por medio del personal de adscrito a la Secretaría infraestructura, pues así lo expuso de manera clara y contundente el declarante Jesús Amado Arias, al indicar que el ingeniero Ramón y una doctora de nombre Lina María Frasica (quien aparece como Supervisora firmante en el acta de inicio y la certificación del contrato, fol. 57 y 59) eran funcionarios de la Alcaldía de Pereira; que eran ellos los que mandaban; que con el que más se entendía era con el ingeniero Ramón; que el ingeniero Ramón determinó la hora y el tiempo del que podían disponer para el consumo de los alimentos; que el ingeniero Ramón y la doctora Lina eran quienes les decían lo que tenía que hacer, podían disponer libremente del personal, rotarlo entre obras, solicitarlos para algo particular o autorizarle permisos; que ante ellos debían justificarse las ausencias; que a ellos solicitaban los materiales que requerían; y que todas las herramientas igualmente se las daban en la Alcaldía; que no era posible que José Javier enviara a alguien en su reemplazo a trabajar.

Todos estos aspectos denotan sin dubitación alguna, la citada subordinación y dependencia a la que estuvo sujeto el demandante en relación con el ente territorial accionado, por lo que, bajo esas circunstancias se desvanece todo esfuerzo encaminado a poner de manifiesto la ejecución de la labor con total y plena libertad y autonomía técnica y directiva, en orden a pregonar la existencia de un contrato de prestación de servicios, como lo alega la entidad accionada.

Bajo ese contexto, resulta evidente que ningún error fáctico o jurídico cometió la A-quo al considerar, en aplicación del referido principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que los contendientes estuvieron atados por una relación de carácter laboral, pues de la valoración probatoria no se observa cosa distinta a que durante la ejecución de la labor, el demandante estuvo sometido a órdenes e instrucciones de personal vinculado, recibiendo como contraprestación por sus servicios una suma igual a $1`140.000 mensuales; que cumplió un horario de trabajo, que no tuvo auto control en la prestación del servicio, es decir no actuó con plena autonomía e independencia, quedando al descubierto la sujeción y sometimiento a la voluntad del contratante.

En consecuencia, se mantendrá incólume este punto de la sentencia.

En cuanto a los hitos del contrato de trabajo, no amerita realizar mayores consideraciones para concluir que fueron adecuadamente definidos por la *a-quo*, en razón a que el acta de inicio del contrato, que no fue tachada ni desconocida, está suscrita por ambas partes e informa claramente que se definió como fecha de inicio del contrato, el 7 de julio de 2015, y como fecha de terminación, el 21 de diciembre de ese mismo año (fol. 57). Información que coincide plenamente con el certificado expedido por la Secretaría de infraestructura (fol. 59).

Continuando, cabe advertir que el demandante es beneficiario de la convención colectiva suscrita entre el Municipio de Pereira y su organización sindical, en consideración a que el sindicato firmante de dicho acuerdo convencional, tiene el carácter de mayoritario, por tener a más de la tercera parte del total de los trabajadores de la entidad, afiliados al mismo, tal como se colige de la certificación obrante a folio 30; circunstancia entonces que en los términos del artículo 471 del C.S.T. da lugar a que se extiendan a todos los trabajadores de la misma, sean sindicalizados o no, los beneficios convencionales allí consagrados.

 **Acreencias laborales**:

 **Auxilio de transporte**: no obstante que el auxilio de transporte se encuentra regulado en la convencionalmente, en la sentencia que se revisa, fue reconocido bajo los cánones de la Ley 15 de 1959 y su Decreto reglamentario 1258 de 1959, teniendo en consideración el valor estipulado en el Decreto 2732 de 2014; esto es, a razón de $74.000 mensuales que por los 165 días laborados desde el 07 de julio hasta el 21 de diciembre de 2015, ascienden a la suma de **$407.000**.

 Por lo tanto, dado que esta decisión no fue objeto de recurso y es benéfica para los intereses del Municipio de Pereira, en favor de quien opera el grado jurisdiccional de consulta, será confirmada.

**Compensación de vacaciones.** Los artículos 8º del Decreto 3135 de 1968 y 47 y 48 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, establecen que los trabajadores oficiales tienen derecho a que sus vacaciones sean compensadas en dinero, por cada año de servicios. Dicha compensación equivale, en este caso, al pago de 15 días hábiles de salario por cada año de servicios o proporcional por fracción, tal como lo dispone el artículo 1º de la Ley 995 de 2005, incluyendo los factores salariales lo previstos en el artículo 17 del Decreto 1045 de 1978 en concordancia con el artículo 4º del Decreto 1919 de 2002.

En ese orden, de acuerdo con los cálculos realizados en esta instancia, el demandante tendría derecho al pago de **$ 278.208.** No obstante, como quiera que la *a quo* la tasó en **$261.250**, por no incluir el auxilio de transporte como factor salarial, no se ordenará modificación alguna, en aplicación del principio de *non reformatio in pejus.*

**Prima de navidad:** De acuerdo la Convención suscrita entre el demandado y el Sindicato de Trabajadores del Municipio de Pereira (1997, num. 10), *“[e]sta prima se pagará en los primero diez (10) días del mes de diciembre de cada año y corresponde a 36 días días (sic) o jornales y se liquidará conforme lo establecido el Decreto, ley 1045/78, artículo 33”;* el cual, entre otros conceptos, incluye como factor salarial el auxilio de transporte.

Ahora bien, advirtiendo que la convención no define la forma cómo debe liquidarse esta prestación, en tanto se limita a establecer su valor anual y los factores salariales que deben considerarse para calcularla, para ese propósito es preciso acudir a la ley que, inicialmente, reguló la materia en el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, así:

“ARTÍCULO 32. DE LA PRIMA DE NAVIDAD. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad.

Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecido otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta de noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable” (Subrayado propio).

De acuerdo con lo anterior, la liquidación de la prima de navidad corresponde a 36 días de salario (considerando el valor devengado al 30 de noviembre e incluyendo los factores salariales establecidos en el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978) y de la misma, al trabajador le corresponde una doceava parte por cada mes completo laborado; lo cual significa que cuando no se alcanza la laborar el mes completo, no tiene derecho a suma alguna por fracción de mes.

Hasta este momento, con independencia del año de causación de la prima de navidad, esa era única regla que seguía esta Sala de Decisión para determinar su valor; obviando que con el artículo 17 del Decreto 853 de 2012 se modificó tácitamente el artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, al consagrar que cuando el trabajador no ha laborado durante todo el año civil, la prima de navidad se debe pagar en forma proporcional al tiempo laborado.

Empero no existiendo motivo alguno para desconocer el cambio normativo, se abandonará el precedente de la Sala sobre la forma de liquidar la prima de navidad convencional y en su lugar se acogerá la regla de proporcionalidad en comento, advirtiendo que para la época que interesa a esta causa (año 2015) estaba contemplada en el artículo 17 del Decreto 1101 de 2015, que al tenor literal reza:

“ARTÍCULO 17. PRIMA DE NAVIDAD. Los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho al reconocimiento y pago de una prima de Navidad.

Respecto de quienes por disposición legal o convencional no tengan establecido otra cosa, esta prima será equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado en treinta de noviembre de cada año. La prima se pagará en la primera quincena del mes de diciembre.

Cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo laborado, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable.” (Subrayado no corresponde al texto original)

Entonces, realizados los cálculos correspondientes teniendo consideración 165 días de vigencia del vínculo contractual y como base de liquidación el valor del salario mensual sumado al auxilio de transporte (factor salarial establecido por la a quo en la forma como quedó expuesto), se tiene que por este concepto al trabajador le corresponde la suma de **$667.700** y no la de **$1.456.800** como lo determinó la primera instancia, al omitir la aplicación de la regla de proporcionalidad en comento. Consecuentemente, en este punto se modificará la sentencia.

**Cesantías:** De conformidad con el artículo 4º del Decreto 1919 de 2002, la liquidación de esta prestación debe hacerse con base en lo dispuesto en los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 13 de la Ley 344 de 1996, así como el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, que reglamentó lo atinente a los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación del auxilio de cesantías, para lo cual indicó que debe atenderse no sólo la asignación básica mensual, sino también las primas de navidad y el auxilio de transporte, entre otros, que reciba el trabajador oficial, por lo que se genera el derecho a que se reconozca por ese concepto, 30 días de salario por cada año de servicios prestados o proporcionalmente por fracción. En ese entendido, el accionante tendría derecho a percibir por esta prestación la suma de **$566.157;** sin embargo, se mantendrá invariable la suma de **$556.417** que se terminó en la primera instancia omitiendo incluir la prima de navidad como factor salarial, lo que no fue objeto de apelación y es menos gravoso para el apelante.

 Los anteriores valores, determinados como se detalla en el cuadro anexo a la presente sentencia.

En relación con la indemnización moratoria impuesta con fundamento en las previsiones del Decreto 797 de 1946, es menester precisar que por adoctrinado se tiene que no procede de manera automática, sino que exige del juzgador un análisis concienzudo en torno al comportamiento contractual del obligado a la finalización del contrato, en aras de auscultar las razones atendibles que justificaran o no su conducta omisiva al pago de salarios o prestaciones sociales, con miras a determinar si el empleador, actuó válidamente bajo la convicción de no estar frente a un contrato de trabajo o si tal omisión de pagar, se generó en contravía de la buena fe.

En el caso puntual, se evidenció que las circunstancias que rodearon la prestación personal del servicio del actor en favor de la entidad territorial fueron claras y no daban para poner en tela de juicio la naturaleza de los contratos de trabajo habidos entre las partes, si se tiene en cuenta que se encontraron evidenciados a cabalidad los tres elementos que caracterizan el contrato de trabajo; que la labor desplegada por el actor correspondía a la de un trabajador oficial de planta y que la vinculación a través de un aparente contrato de prestación de servicio, corresponde a actos meramente formal, cuya finalidad no era otra distinta a ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo para eludir el cumplimiento de las obligaciones laborales en favor del trabajador.

 Por lo anterior, teniendo en cuenta que existen créditos laborales a cargo del Municipio de Pereira y en favor del trabajador, y que no se demostraron razones atendibles de buena fe, es procedente la imposición de la sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las obligaciones, tal como lo concluyó la A-quo.

En cuanto a la inconformidad expresada en la alzada, según la cual debía considerarse que a partir de 2017 el actor celebró con el ente territorial diferentes contratos de prestación de servicios, que hacen cesar la sanción moratoria establecida en el artículo 1º del Decreto 797 de 1946 por la prohibición de doble asignación del erario; basta con anotar que esta cuestión fue resuelta por el órgano de unificación de esta especialidad, en la sentencia **SL1224 de 2019**, en la que se reiteró la naturaleza sancionatoria de la regla en comento, reconocida entre otras sentencias, en la sentencia **SL596-2013** que reiteró lo dicho en la **SL 23657**, 29 nov. 2005, en los siguientes términos:

“Hasta ahora ha sido posición clara para la doctrina y la jurisprudencia que las sanciones imponibles al empleador público o privado que no paga a la terminación de la relación de trabajo –con las excepciones temporales que en el sector público prevé también el mismo legislador-- los salarios y prestaciones sociales debidos –y en el caso de los trabajadores oficiales además las indemnizaciones--, no son de carácter automático e inexorable, bajo el entendido de que, en cada caso, debe examinarse por el jugador la conducta del empleador con el propósito de establecer si tuvo razones atendibles para sustraerse en ese momento al cumplimiento de esa obligación.

[…]

Recientemente, en providencia mayoritaria (sentencia de 6 de mayo de 2005. Radicación 22.905), la Corte concluyó al respecto que “... es la buena o mala fe del empleador, o sea del contratista, la que debe analizarse para efectos de imponer la sanción moratoria y no la de su obligado solidario”, sobre el supuesto de que “... la culpa que genera la obligación de indemnizar es exclusiva del empleador, lo que ocurre es que, por virtud de la ley, el dueño de la obra se convierte en garante del pago de la indemnización correspondiente, no porque se le haga extensiva la culpa, sino por el fenómeno de la solidaridad, que, a su vez, le permite a éste una vez cancele la obligación, subrogarse en la acreencia contra el contratista, en los términos del artículo 1579 del Código Civil...” (ibídem).

Jurisprudencia con fundamento en la cual, la prenombrada sentencia SL1124 de 2019, ultimó:

De lo anterior, **por lógica, puede concluirse que si la naturaleza del artículo 1° del Decreto 797 de 1949 es sancionatoria, al igual que la del artículo 65 del CST, entonces su imposición, para nuestro caso concreto, no la hace incurrir en la prohibición consagrada en el artículo 128 de la CN, tal como quedó delimitado en la sentencia CC C-133-1993. Bajo ese entendimiento, el actor no estaría devengando, doblemente, dos erogaciones salariales del erario: una sería la contraprestación al servicio subordinado y, la otra, el pago de una sanción por haber vulnerado sus derechos laborales –primacía de la realidad**-.

A esta decisión, que no deja lugar a dudas sobre la compatibilidad de la indemnización moratoria del Decreto 797 de 1949, con la asignación que en virtud de contratos de prestación de servicios el Municipio de Pereira pudiere estar percibiendo el demandante; se suma que el ente territorial no cumplió con la carga probatoria que le asistía en ese sentido, que la apelación de la sentencia no es la oportunidad para discutir un auto que niega el decreto o la práctica de una prueba y mucho menos, que sea plausible trasladar su responsabilidad al juzgador.

Amén de lo esbozado, igualmente ilustrativo resulta el criterio fijado al respecto por la Sala Plena del Consejo de Estado, de manera invariable desde 1996, rad. S-638, en un caso en el cual se ordenó a una entidad territorial pagar todos los salarios y prestaciones dejados de percibir por un empleado público que fue declarado insubsistente en acto que se declaró nulo, pese a que durante el curso del proceso esta persona percibió salarios del Estado:

“a. Las sumas a las que se condena a la parte demandada, para las cuales se toma en cuenta la equivalencia las prestaciones y los salarios dejados de percibir entre las fechas de desvinculación y reintegro no tienen el carácter de otro "empleo público" u otra asignación que provenga del "tesoro público”, sino que en verdad vienen a resarcir el perjuicio que el acto ilegal, declarado nulo, le genera a la demandante.

b. Nada impide recibir el sueldo e indemnizaciones al mismo tiempo. En efecto, es lícito devengar ambos conceptos porque tienen causas diferentes y ello no está prohibido por la Constitución Política. En efecto, lo que la Carta prohíbe es que una misma persona desempeñe simultáneamente dos o varios empleos públicos, y como consecuencia de ello, perciba dos o más salarios; pero si una erogación proviene de la prestación personal del servicio a través de una relación legal y reglamentaria, y otra del hecho ilegal de la administración, no cabe dentro de esa hipótesis la previsión de los artículos 64 de la Carta de 1886 y 128 de la de 1991.

c. Ciertamente, el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir que ordena esta sentencia como consecuencia del reintegro de la actora tiene carácter indemnizatorio; busca reparar el daño o perjuicio que le irrogó el acto nulo que la desvinculó ilegalmente del servicio. En cambio los salarios y prestaciones que se pudiese haber recibido de otra relación laboral de derecho público con el Estado tiene su fuente en la prestación laboral del servicio y constituyen la remuneración por esa actividad personal; en el primer evento se trata de una ficción que se desarrolla a través de una equivalencia, mientras que en el segundo si se cumple una relación de trabajo completa.

d. Fuera de lo anterior, es menester destacar que no existe disposición legal de ninguna clase que le ordene a la jurisdicción contencioso administrativa esa clase de pronunciamientos; y es elemental que en esa materia no cabe la aplicación analógica. De suyo, el juez no puede crear normas y ordenar dichos descuentos en la parte resolutiva significa crear una disposición no prevista en esos términos en la Carta Fundamental ni en la ley.

e. Por el contrario, en incuestionable que en el caso del ejercicio de un empleo sus emolumentos deben estar previstos en el rubro correspondiente al Presupuesto, —el de gastos—, según lo dispuesto por el artículo 122 de la Constitución Política. Mientras que las condenas que se imponen a través de la sentencia judicial constituyen un crédito que se incluye en otro rubro del mismo —el de créditos Judiciales— por mandato del artículo 346 del mismo Estatuto Superior. Es decir, que su naturaleza es diferente, sin la menor duda.

f. En el mismo sentido, obsérvese que el artículo 235 del Decreto 1222 de 1986 —Código de Régimen Departamental— dispone que los departamentos "repetirán contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales de los funcionarios, el valor de las indemnizaciones que se hubiere pagado por esta causa". Asimismo, los artículos 102 y 297 del Decreto 1333 de 1986, ya traído a colación, contienen una redacción similar y hablan de ‘indemnizaciones". O sea, que el propio legislador ha dejado sentado que estos pagos son indemnizaciones y no una "segunda asignación".

g. De idéntico modo, cabe hacer énfasis en que el artículo 78 del C.C.A., previo la figura de la "responsabilidad conexa", lo que significa que si el funcionario responsable de la remoción legal es obligado al pago de las condenas no podría hablarse tampoco de un empobrecimiento del Estado. Y de otro lado, el artículo 90 de la Constitución Política de 1991, al disponer que "el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas", individualmente refuerza el carácter indemnizatorio de las condenas correspondientes, a la par que establece en su inciso segundo la opción de repetir contra el funcionario responsable.

h. Así las cosas, es ostensible que no son procedentes los descuentos por razón de cualquier relación legal y reglamentaria que hubiese tenido la demandante durante el lapso en que permanezca fuera de la entidad demandada, y que haya dado lugar al pago de salarios y prestaciones por su trabajo real y efectivo.

Posición del Consejo de Estado, que además se apoyó en sentencia del 21 de mayo de 1991 proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que esta Sala se abstendrá de citar, pero que igualmente acoge como evidencia de la clara senda que debe seguirse al respecto.

En consecuencia, como tal condena, al tenor del parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, se activa una vez transcurridos los noventa (90) días, contados a partir de la fecha en que se hizo efectivo el retiro del trabajador y en este asunto, el vínculo feneció el 21 de diciembre de 2015, es atinado que la condena hubiese sido impuesta a partir del 22 de marzo de 2016 a razón de un día de salario equivalente a $38.000, por cada día de retardo y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

Con lo expuesto, quedan resueltos en su integridad los puntos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta en favor del Municipio de Pereira.

En conclusión, por las razones que aquí se exponen se modificará la sentencia de primera instancia para corregir el valor de la prima de navidad. Sin costas por esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Cuarta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**1. MODIFICAR** la sentencia proferida el 16 de mayo de 2016 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, para corregir el valor que por concepto de prima de navidad debe reconocerle el Municipio de Pereira al señor José Javier Rodríguez Cuervo, las que asciende a la suma de **$667.700.**

**2. CONFIRMAR** la sentencia en lo demás.

**3. SIN COSTAS** por esta instancia.

**NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE**

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Ponente

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

 Magistrada Magistrada

 Aclara voto

|  |
| --- |
| **LIQUIDACIÓN DE ACREENCIAS LABORALES**  |
|  |  |  |  |  |
| Demandante:  | **JOSÉ JAVIER RODRÍGUEZ CUERVO**  |
| Demandado:  | **MUNICIPIO DE PEREIRA**  |  |  |
| Radicado:  | **66-001-05-001-2017-00229-01** |  |  |

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Concepto**  | **Cesantías**  | **Vacaciones**  | **Prima de navidad**  | **Auxilio de transporte** |
| Art. 40 y 45D. 1045/78 | Art. 17 D. 1045/78 | Convención (94) N. 10 | Dec. 2732 de 2014 |
| Salario  | $1.140.000 | $1.140.000 | $1.140.000 |  |
| Prima de navidad  | $58.109 |  |  |  |
| Vacaciones  |  |  |  |  |
| Aux. Transporte  | $74.000 | $74.000 | $74.000 | $74.000 |
| **Base liquidación**  | **$1.235.352** | **$1.214.000** | **(36 días) $1.456.800** | **$74.000** |
|  |  |  |  |  |
| **Tiempos a liquidar** | **Días**  | **Días**  | **Días**  | **Días**  |
| 165 | 165 | 165 | 165 |
| **Primera instancia** | **$556.417** | **$261.250** | **$1.456.800** | **$407.000** |
| **Segunda instancia** | **$566.157** | **$278.808** | **$667.700** |  |
| **Valor a pagar**  | **$556.417** | **$261.250** | **$667.700** | **$407.000** |
| **Descripción**  | **Convención 1997, N. 5** | **1**5 días por cada año de servicios **D. 1045/78** | 36 días o jornales, con factores salariales del art. 33 **D. 1045/78** |  |