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 24 de enero de 2020

Radicación No. : 66001-31-05-003-2017-00572-01

Proceso : Ordinario Laboral de Primera Instancia

Demandante : José Arlex Agudelo Bedoya

Demandado : Municipio de Pereira

Juzgado : Juzgado Tercero Laboral del Circuito

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD / DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO / TRABAJADORES OFICIALES / CRITERIOS PARA DEFINIRLOS / ENTIDADES PÚBLICAS DEL ORDEN MUNICIPAL.**

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…

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 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…

… el demandante se presenta ante la jurisdicción ordinaria laboral alegando la calidad de trabajador oficial del Municipio de Pereira…

Las entidades públicas fungen como verdaderas empleadoras en dos (2) 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). (…)

A la luz del Decreto 3135 de 1968 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… 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.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

**ACTA No. \_\_\_\_\_\_**

**(ENERO 24 de 2020)**

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

En la fecha, siendo las…, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, la Sala de Decisión Laboral No. 1º del Tribunal Superior de Pereira se constituye en audiencia pública de juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por el señor **José Arlex Agudelo Bedoya** 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…

**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 ambos contendientes procesales contra la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito Pereira el pasado 15 de agosto 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**

El problema esencial de este caso consiste en determinar si el demandante prestó servicios personales, subordinados y remunerados a favor del municipio demandado, y si en su caso resultan aplicables las convenciones colectivas aportadas al proceso.

**I – ANTECEDENTES**

Se informa en la demanda que el señor **JOSÉ ARLEX AGUDELO BEDOYA** prestó sus servicios personales y remunerados, bajo la continua dependencia y subordinación en la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Pereira.

Afirma que dichos servicios se ejecutaron entre el 24/JUL/2012 y el 30/DIC/2015, mediante contratos de prestación de servicios celebrados directamente con el Municipio de Pereira o a través de otras entidades en misión para el municipio.

Agrega que inicialmente fue contratado a través de la EMPRESA DE ASEO DE PEREIRA S.A. E.S.P., para laborar en condición de obrero de podas para el control de arborización entre el 24 de julio de 2012 y el 9 de diciembre de 2012, con un salario de $1.064.819, y de ahí en adelante prestó sus servicios para el municipio desarrollando la misma actividad en ejecución de seis (6) contratos de prestación de servicios, así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **CONTRATO** | **INICIO** | **TERMINACIÓN** | **SALARIO** |
| No. 904-2013 | 25-feb-2013 | 24-ago-2013 | $1.091.000 |
| No. 2387-2013 | 11-sep-2013 | 30-dic-2013 | $1.091.000 |
| No. 923-2014 | 22-ene-2014 | 21-sep-2014 | $1.200.000 |
| No. 2979-2014 | 16-oct-2014 | 29-dic-2014 | $1.200.000 |
| No. 462-2015 | 28-ene-2015 | 27-ago-2015 | $1.250.000 |
| No. 4121-2015 | 01-sep-2015 | 30-dic-2015 | $1.250.000 |

Señala al respecto que sus actividades y labores consistían, básicamente, en apoyar el mantenimiento de zonas verdes, mediante la poda y realce de árboles; aplicación de abonos y fertilizantes a palmas, árboles, arbustos y plantas dispuestas en el espacio público de la zona urbana y rural del municipio de Pereira; mantenimiento, adecuación y arreglo de jardines, siembras y separadores viales de avenidas; entre otras actividades relacionadas con el mantenimiento y construcción de obras públicas.

Subraya igualmente que los citados contratos contienen las mismas tareas y funciones que de manera permanente cumple el ente territorial a través de sus trabajadores oficiales, de modo que sus funciones no fueron ocasionales, accidentales o transitorias, ni para reemplazar personal en vacaciones o licencias y además cumplió el mismo horario exigido a los trabajadores oficiales del municipio que desarrollan la misma actividad, el cual fue de lunes a sábado de 07:00 a.m. a 04:00 pm, con un descanso de una hora para almorzar.

Señala, además, que durante el desarrollo de las labores que desempeñó para el municipio de Pereira, el transporte y los materiales y herramientas usadas, tales como abonos, pinturas, guadañas, entre otros, fueron suministrados por el ente municipal, y que la remuneración o contraprestación por sus servicios siempre se hizo de manera periódica, sin que esta estuviera sujeta a la ejecución de obras o similares, ya que simplemente se realizaba al vencimiento de cada mensualidad.

Agrega, finalmente, en lo que es materia del recurso de apelación, que en la convención colectiva celebrada entre el ente territorial y el Sindicato de Trabajadores del Municipio (1991-1992), la cual se encuentra vigente, se estableció que los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales al servicio de Municipio de Pereira serian a término indefinido y que no podría despedirse a un trabajador sin justa causa comprobada y sin previa audiencia de descargos, pues de lo contrario el despido seria nulo y el trabajador debía ser reintegrado. Ello así, como quiera que él fue desvinculado sin justa causa y sin previa audiencia de descargos el 30 de diciembre 2015, pretende, entre otros emolumentos y beneficios convencionales, que se ordene su reintegro.

Aparte de lo anterior, como consecuencia de la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre él y el municipio de Pereira entre el 24 de julio de 2012 y el 30 de diciembre de 2015, y dada su calidad de trabajador oficial, en virtud del principio de primacía de la realidad, reclama el pago del auxilio de transporte, consagrado como un derecho en la convención 91-92, la prima de vacaciones, correspondiente al pago de 47 días por año laborado (convención 96-97), la prima extralegal y la prima de antigüedad, consagradas en la misma convención, lo mismo que la prima de navidad y la prima de alimentación, cuyo fundamento se encuentra en la convención 98-00.

De otra parte, pretende el reconocimiento y pago las cesantías y sus intereses, con fundamento en el Decreto 1045 de 1978, y el reajuste retroactivo de su salario, correspondiente a la diferencia entre lo que se le pagó y lo que devenga un obrero de planta de la entidad, lo mismo que las indemnizaciones moratorias por la falta de consignación de las cesantías y por el omitido pago de sus salarios y prestaciones, conforme a los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del C.S.T.

En respuesta a la demanda, el **MUNICIPIO DE PEREIRA** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento de que el promotor del litigio prestó servicios personales a través de varios contratos de prestación de servicios enumerados en la misma demanda, que de conformidad con el numeral 3º, art. 32 de la Ley 80/1993, no genera relación laboral alguna con la entidad contratante. Seguidamente propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de violación de las normas superiores invocadas, inexistencia de la relación laboral, inexistencia de la supremacía de la realidad, falta de causa, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, exclusión laboral, buena fe e inexistencia de igualdad frente a un trabajador oficial.

**II - SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La *a-quo* declaró la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre el señor JOSÉ ARLEX AGUDELO BEDOYA y el MUNICIPIO DE PEREIRA del 25 de febrero de 2013 al 30 de diciembre de 2015, y declaró igualmente, que durante dicho lapso el demandante ostentó la calidad de trabajador oficial del ente territorial.

Consecuencia de las anteriores declaraciones, condenó a la entidad demandada al pago de la suma global de **$34.166.128**, discriminados así: $9.967.836, correspondiente a la diferencia salarial entre los años 2014 y 2015, pues no existe prueba del salario devengado por un obrero en 2013, $3.536.693 por auxilio de transporte, $10.204.095 como prima de alimentación, correspondiente al pago de 7 días de salario, $5.139.600 a título de prima de vacaciones, $3.280.653 de prima extralegal, $5.280.217 de prima de navidad y $5.338.825 más $601.809 por concepto del auxilio de cesantías y sus intereses.

Igualmente accedió a condenar al pago de la indemnización moratoria equivalente a la suma diaria de $56.424,26, calculado sobre un salario de $1.692.727,8, desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta el día que se verifique el pago de lo adeudado por concepto de prestaciones sociales. Para arribar a dicha conclusión, señaló que *“en realidad (…) hubo una prestación personal de un servicio, según la respuesta a la demanda y a lo que se puede colegir de los contratos aportados por el demandante”*, de modo que el problema jurídico lo centró en establecer si dicha prestación fue el resultado de un verdadero contrato de trabajo, como se anuncia en la demanda, o si, por el contrario, se dio bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios regulado por la Ley 80 de 1993, como se aduce en la contestación a la demanda. Con ese propósito, del análisis de la prueba testimonial, concluyó que las tareas desarrolladas por el demandante se efectuaron sobre obras públicas, en tareas de mantenimiento y construcción, destacando, como parte del examen crítico a dichas declaraciones, que el trabajador era convocado al vivero del municipio, ubicado cerca al aeropuerto, para recibir las instrucciones y las herramientas de trabajo, y a veces tenía que pintar, podar árboles y jardines, recoger las basuras, “desyerbar”, en fin, hacer todo lo necesario por la conservación de las obras públicas puestas bajo su cuidado y mantenimiento, lo que lo convierte en un trabajador oficial, de acuerdo al principio de primacía de la realidad sobre las formas, de modo que, ante tal realidad, debían prosperar la pretensiones declarativas, en el sentido de reconocer la calidad de trabajador oficial del demandante entre el 25/feb/2013 y el 30/dic/2015.

Consecuencia de la anterior declaración, y habida cuenta de la presencia física en el proceso de las diferentes convenciones celebradas entre el ente territorial y el Sindicato de Trabajadores del Municipio, de carácter mayoritario dentro de la entidad, accedió al pago de los emolumentos convencionales y el reajuste salarial reclamado[[1]](#footnote-1).

En relación a la indemnización moratoria, señaló que sin duda la entidad demandada había actuado de mala fe al intentar evadir el pago de las prestaciones sociales y convencionales a que tiene derecho el demandante, por lo que accedió al reconocimiento y pago de dicha sanción, pero no desde la fecha de finalización del contrato, como se pretende en la demanda, sino a partir del vencimiento de los 90 días de que trata el artículo 49 del Decreto 1045 de 1978, contabilizados a partir de la fecha de ejecutoria de la sentencia, pues solo a partir de ese momento la relación entre las partes obtuvo la calificación de contrato de trabajo y el demandante la de *“trabajador oficial”,* por lo que es *“lógico”* que la sanción tenga un carácter ultractivo, como quiera que la entidad no estaba obligada al pago de prestaciones sociales en vigencia del contrato de prestación de servicios, ya que los derechos reclamados solo surgieron a la vida jurídica desde el momento en que la justicia lo declaró así.

Y, en lo que atañe a la indemnización por la falta de consignación de las cesantías, indicó que esta no era procedente pues no se había acreditado en el proceso que en vigencia de la relación laboral del demandante con el municipio de Pereira aquel hubiese estado afiliado a un fondo privado de cesantías, que es la condición para que se pueda efectuar la consignación de las cesantías, cuya omisión es lo que se sanciona en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Finalmente, en lo que interesa al recurso de apelación, negó el reintegro, pues bajo ninguna circunstancia la justicia puede definir la planta de personal de las entidades públicas, ya que para eso debe agotarse una serie de procedimientos legales y se deben cumplir, además, con los requisitos que exige el cargo, sin que se pueda llegar a desconocer los derechos de las demás personas que pretenden ingresar a laborar como trabajadores oficiales de la entidad territorial.

**III - RECURSO DE APELACIÓN**

Contra la anterior decisión interpusieron recurso de apelación el demandante y su contraparte. El demandante insiste en la pretensión de reintegro, pues esa es la consecuencia legal de origen convencional ante el despido injusto de un trabajador oficial de la planta de personal de la Alcaldía de Pereira, como bien se puede leer en la convención colectiva de los años 1990-1991.

Pero además reclama, en caso de que no se acceda en segunda instancia al reintegro, que el reconocimiento y pago de la indemnización moratoria se haga desde la fecha de finalización del contrato de trabajo entre las partes, tal como se pidió en la demanda, pues de otra manera se estaría premiando el desconocimiento de los derechos laborales al actor por parte de la entidad demandada, quien quiso eludir su responsabilidad como empleadora recurriendo a figuras legales que no fueron creadas para encubrir verdaderas relaciones laborales, como insistentemente se ha señalado en la jurisprudencia.

La demandada, por su parte, se opone a la declaración de un solo contrato, pues se suscribieron varios en el periodo declarado en la sentencia apelada, mediados por interrupciones de más de 20 días, sin que se pueda afirmar que estas corresponden al periodo de vacaciones que debió concederse al demandante, pues de hecho hubo años en los que se firmaron hasta dos contratos. Así mismo indicó que hubo una indebida acumulación de pretensiones, y si la juez optó por el estudio de la pretensión de reintegro, la cual es obviamente incompatible con la moratoria, debía descartarse esta última.

Por último, reclama exoneración de la condena a la sanción moratoria, pues a pesar de lo acreditado en el proceso, la entidad siempre actuó de buena fe y bajo el entendido de que su relación con el actor no era laboral sino de otra naturaleza. Además, no se puede soslayar el hecho de que en vigencia del contrato de prestación de servicios el actor jamás presentó queja o reclamo frente a la naturaleza del contrato, en razón de lo cual la relación se rigió por la literalidad del acuerdo suscrito con el prestador del servicio.

**IV - CONSIDERACIONES**

**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-665/98).

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

**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 (2) 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[[2]](#footnote-2) 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[[3]](#footnote-3), 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 LUIS ALFREDO DÍAZ PUERTA, JESÚS ARLEY LÓPEZ y OSCAR JAIR GUERRERO, 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 los lotes intervenidos (parques y zonas verdes) concurren tanto contratistas como empleados de planta (trabajadores oficiales) con la diferencia de que los primeros tienen a su cargo las tareas más dispendiosas y de mayor riesgo. OSCAR JAIR GUERRERO ECHEVERRY, por ejemplo, señaló, *“nosotros trabajábamos más duro que ellos (…) Si el terreno es empinado, los de planta no se suben, entonces nos mandan a nosotros. Por el ejemplo, el terreno del Deogracias Cardona o de la Dulcera, ellos por allá no iban, porque nos tocaba hacer zanjas para poder guadañar”.* LUIS ENRIQUE ZAPATA RIVILLAS, por su parte indicó: “nos tocaba trabajar junto con gente de planta (…) Ellos (lo de planta) se relajan más que nosotros, a nosotros como contratistas nos ven parados y nos llaman la atención y a ellos no”.

4) aparte de la anterior diferencia entre trabajadores de planta y contratistas, los testigos señalaron que los trabajadores “nombrados” recibían mejor remuneración que ellos y salían de trabajar el viernes a la 1:00 p.m. mientras ellos lo hacían todos los días a las 4:00 p.m., inclusive los sábados.

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 en cuadrillas 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.

Frente a este último punto, indicaron que las herramientas más utilizadas en las faenas diarias eran las guadañas, machetes y escobas, que eran propiedad del municipio y que las entrega una almacenistas del ente local, que las mismas no se las podían llevar para la casa y las debían entregar al final de cada jornada.

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. Indicaron asimismo que sin por algún motivo no podían ir a trabajar, el día era descontado a menos que se compensara trabajando un domingo o en jornadas extras. OSCAR JAIR GUERRERO ECHEVERRY, explicó al respecto, que el supervisor, llamado OSCAR DEL RÍO ARANDA, les había advertido que no podían ausentarse sin permiso del lugar de trabajo, porque eso era causal de terminación del contrato por abandono del cargo. De modo que cualquier permiso había que gestionarlo con el jefe operativo con la suficiente antelación para no tener problemas. 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, y que las cuadrillas estaban formadas por 5 ó 6 trabajadores, 4 ó 5 de los cuales eran guadañadores y un barrendero.

Además de las citadas pruebas testimoniales, obra en el proceso, en lo que interesa a la resolución del recurso de apelación, los contratos suscritos por las partes enfrentadas en este proceso, así:

Fl. 35 y s.s., contrato de prestación de servicios No. 904 de 2013, con un plazo de ejecución de 6 meses (entre el 25 de febrero de 2013 y el 24 de agosto de 2013), cuya cuantía total asciende a la suma de $6.546.000

Fl. 38 y s.s., contrato de prestación de servicios No. 2387 de 2013, con un plazo de ejecución de 3 meses y 20 días (entre el 11 de septiembre de 2013 y el 30 de diciembre del mismo año), cuya cuantía total asciende a la suma de $4.000.333

Fl. 41 y s.s., contrato de prestación de servicios No. 923 de 2014, con un plazo de ejecución de 8 meses (entre el 22 de enero de 2014 y el 21 de septiembre del mismo año), cuya cuantía total asciende a la suma de $9.600.000.

Fl. 44 y s.s., contrato de prestación de servicios No. 2979 de 2014, con un plazo de ejecución de 2 meses y 14 días (entre el 16 de octubre de 2014 y el 29 de diciembre de 2014), cuya cuantía total asciende a la suma de $2.960.000.

Fl. 47 y s.s., contrato de prestación de servicios No. 462 de 2015, con un plazo de ejecución de 8 meses (entre el 28 de enero de 2015 y el 27 de agosto de 2015), cuya cuantía total asciende a la suma $8.750.000.

Y el último contrato, visible en el folio 68 del expediente, correspondiente al contrato de prestación de servicios No. 4121 de 2015, con un plazo de ejecución de 4 meses (entre el 1º de septiembre de 2015 y el 30 de diciembre de 2015), cuya cuantía total asciende a la suma $5.000.000.

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 implementación de programas de generación de empleo en el municipio de Pereira”* y se establece, entre otras tareas, las de apoyar a la secretaría de infraestructura a través de la dirección operativa de Parques en la rocería de zonas verdes de espacio público y apoyo a la misma secretaría en mantenimiento en áreas de cesión del Municipio. 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 ARLEX AGUDELO BEDOYA 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 inherentes a las desarrolladas por 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 del jefe operativo de la secretaría de infraestructura de la alcaldía, resulta forzoso confirmar el punto de la sentencia referido a la existencia de la relación laboral entre las partes, no sin antes recordar que el pretensor persigue la declaratoria de la existencia de una sola y única relación laboral continua e ininterrumpida entre el entre el 25 de febrero de 2013 y el 30 de diciembre de 2015, sin embargo lo cierto, como fue acreditado en primera instancia, es que fueron varios los contratos celebrados (6 en total), operando sobre cada uno de estos solución de continuidad, pues como lo reconocieron los diferentes deponentes y como ha quedado puesto en evidencia luego de auscultar las pruebas documentales aportadas al proceso, se presentaron interrupciones prolongadas (de más de un mes y todas superiores a 20 días) entre la celebración de uno y otro contrato, lapsos en los que el trabajador no prestó sus servicios personales, de modo que, en sede de apelación y consulta, solo podría declararse la existencia, no de uno, sino de varios contratos ejecutados dentro de los límites temporales reseñados en cada uno de los soportes documentales antes referenciados.

Es del caso anotar que con ello no se ve comprometido el principio de consonancia, pues no puede perderse de vista el principio de *mínima petita*, en virtud del cual el operador judicial puede acceder a pedidos por debajo de lo pretendido, como lo es la declaración de la existencia no de uno sino de varios contratos de trabajo.

En ese orden de ideas, la Sala procederá a liquidar los emolumentos generados en virtud de la ejecución de los citados 6 contratos, ejecutados entre el 25 de febrero de 2013 y 30 de diciembre de 2015, no sin antes proceder a verificar la viabilidad de las pretensiones relacionadas con la convención colectiva de trabajo, así:

**4.3. De la calidad de beneficiario de la Convención Colectiva.**

Debe anotarse que la entidad demandada no niega la existencia de los derechos convencionales enumerados en la demanda, pero asegura que el actor no es beneficiario de los mismos, dado que no tiene la calidad de trabajador oficial, sino de contratista -lo que ya ha quedado descartado- y porque no acreditó en el proceso el pago de la cuota sindical, ni su calidad de afiliado al sindicato. La Sala discrepa de tal planteamiento, y lo hace por el hecho de que, al ser el sindicato mayoritario, pues el 100% de los trabajadores del Municipio están afiliados al mismo, como lo reconoció la demandada en su respuesta, las prerrogativas de la convención son aplicables a todos los trabajadores de la entidad accionada, sean o no sindicalizados, en armonía con lo dispuesto en el artículo 471 del C.S.T., que preceptúa que cuando en la convención colectiva sea parte un sindicato cuyos afiliados excedan de la tercera parte del total de los trabajadores de la empresa, las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma, sean o no sindicalizados.

Así las cosas, resulta evidente que no se puede negar al actor la aplicación de la convención colectiva, cuando se ha dado por probada la existencia de un contrato realidad y, por ende, la calidad de trabajador oficial, habida consideración de que el sindicato firmante de la convención colectiva tenía el carácter de mayoritario. Dicha postura, se acompasa con lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias CSJ SL, 16 sep. 2009, rad. 36609, que definió un asunto de similares contornos.

Por lo demás, resulta claro que, en este caso, no podía ser exigible el pago de la cuota sindical o la demostración de la calidad del actor de afiliado al colectivo sindical, toda vez que, precisamente, tales situaciones obedecieron a la forma irregular de vinculación laboral, por lo que, en este aspecto, igualmente se confirmará la sentencia.

**4.4. CONCRECIÓN DE LAS CONDENAS ECONÓMICAS**

Revisadas una a una las convenciones colectivas aportadas con la demanda, se advierte que todas ellas se encuentran acompañadas del “*acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo*” tal y como lo exige para su validez el artículo 469 del C.S.T. Cabe agregar que cada una de las piezas documentales que obran entre los folios 74 y 181 y que corresponden a las convenciones colectivas aplicables a los trabajadores oficiales del municipio de Pereira, según constancia de depósito visible al respaldo del folio 181, exhiben sello del Ministerio del Trabajo en el que se lee que son “fiel copia tomada de su original”, con lo cual queda claro que las copias de las convenciones allegadas fueron extraídas del archivo del Ministerio donde se encuentran debidamente depositadas.

Por lo anterior se ratifica en sede de consulta la procedencia de las pretensiones ligadas a la existencia de la convención colectiva, primero, porque a simple vista las aportadas con la demanda reúnen los requisitos que le dan validez y, segundo, porque la entidad demandada no objetó la exigibilidad de los derechos consagrados en ella. En ese orden, se pasa al examen de las pretensiones y su correlación con las convenciones aportadas al proceso.

**4.5.1. DIFERENCIA SALARIAL**

Se encuentran reunidos los presupuestos para acceder al reconocimiento y pago de la diferencia salarial a favor del demandante, toda vez que este percibió por concepto de honorarios (que se equiparan en la realidad al salario) una suma inferior a la que recibían por el mismo concepto los obreros vinculados bajo contrato de trabajo a la administración local, tal como lo certificó la Directora Administrativa de Talento Humano del Municipio de Pereira (Fl. 64) y el secretario de infraestructura del mismo ente (Fl. 65) en respuesta a la reclamación administrativa elevada por el actor el 2 de septiembre de 2016 (Fl. 58), en la cual solicitó que le informaran el monto del “salario mensual devengado por un obrero en el municipio de Pereira durante las vigencia 2013, 2014 y 2015”. Cabe agregar que el Municipio de Pereira no adujo en su defensa la existencia de escalafones o subcategorías salariales para el cargo de “obrero”, en razón de lo cual el demandante no tenía la carga de acreditar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas por alguna tabla salarios, pues su existencia no fue aducida por la defensa, de modo que le bastaba ponerse a término de comparación con los trabajadores que ocupan el cargo de obrero dentro de la administración.

Ahora bien, como la Directora Administrativa de Talento Humano del Municipio de Pereira certificó que los trabajadores del municipio que se desempeñan como obreros, dependientes de la secretaría de infraestructura municipal de Pereira en los años 2014 y 2015, devengaban un salario mensual de $1.587.925 y $1.692.728, respectivamente en cada año, los cuales resultan superiores a los que se cancelaban por dichas anualidades al demandante a título de “honorarios”, quien, como atrás se indicó, ejercía las mismas funciones y actividades de dichos obreros (o trabajadores oficiales de planta), tiene derecho a que se le reconozca y pague la correspondiente diferencia salarial de 2014 y 2015, sin que sea posible liquidar la de 2013, como quiera que no se aportó prueba del salario de ese año.

El resultado de la liquidación en los anterior términos, asciende a la suma de **$9.373.017** (según liquidación que se pone a disposición de las partes en este momento de la audiencia y que hará parte del acta de la presente diligencia), monto que resulta un poco inferior al calculado en primera instancia, en razón de lo cual, dando alcance al grado jurisdiccional de consulta, se modificará la condena a favor del ente territorial demandado.

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **CONTRATO** | **INICIO** | **FINALIZACIÓN** | **HONORARIOS** | **SALARIO** | **DIFERENCIA** | **TIEMPO LABORADO** | **TOTAL** |
| 904-2013 | 25-feb-2013 | 24-ago-2013 | $1.091.000 | N/A | N/A | 6 meses | N/A |
| 2387-2013 | 11-sep-2013 | 30-dic-2013 | $1.091.000 | N/A | N/A | 3 meses y 20 días | N/A |
| 923-2014 | 22-ene-2014 | 21-sep-2014 | $1.200.000 | $1.587.925 | $387.925 | 8 meses | $3.103.400 |
| 2979-2014 | 16-oct-2014 | 29-dic-2014 | $1.200.000 | $1.587.925 | $387.925 | 2 meses y 14 días | $956.881 |
| 462-2015 | 28-ene-2015 | 27-ago-2015 | $1.250.000 | $1.692.728 | $442.728 | 8 meses | $3.541.824 |
| 4121-2015 | 01-sep-2015 | 30-dic-2015 | $1.250.000 | $1.692.728 | $442.728 | 4 meses | $1.770.912 |
| **TOTAL** | | | | | | | **$9.373.017** |

**4.5.2. DERECHOS CONVENCIONALES RECLAMADOS**

El demandante aduce que los derechos convencionales reclamados se encuentran consagrados en las convenciones colectivas celebradas por las vigencias 1991-1992, 1994, 1995-1997, 1998-2000, 2001-2002, 2003-2004, 2005-2008, 2009-2011, 2012-2013, 2014-2016. Señala, además, en el hecho vigésimo primero de la demanda, que en la convención colectiva del año “1991-1992” se estableció en el numeral 2º, que los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales al servicio del municipio de Pereira serían a término indefinido; así mismo que, no podría despedirse a un trabajador sin justa causa comprobada y sin previa audiencia de descargos, pues de lo contrario el despido sería nulo y el trabajador debía ser reintegrado, lo cual se aplica al demandante, según lo planteado en la demanda, de conformidad con la integración que se ha venido realizando en las convenciones colectivas y que es la actual suscrita para las vigencias 2014-2016, en la que se dispuso que *“los derechos, las prestaciones legales y extralegales de los trabajadores oficiales del municipio de Pereira reconocidas en las convenciones colectivas continuaran vigentes siempre y cuando no se hayan modificado, abolido o sustituidos total o parcialmente por esta convención”.*

Pues bien, para efectos de verificar el contenido exacto y las fórmulas de liquidación de las prestaciones convencionales reclamadas por el demandante, la Sala procedió a revisar una a una las convenciones aportadas al proceso, encontrando lo siguiente:

**1) Auxilio de transporte:** se advierte que esta prestación fue inicialmente consagrada en la convención 1977-1978 (Fl. 84, vuelto), en la que se indica que, a partir del 1º de enero de 1978, el municipio quedaría obligado a pagar el “subsidio de transporte” a todo el personal que esté devengando hasta 3 veces el salario mínimo convencional. Seguidamente, en la convención del año 1992, se vuelve nuevamente a tratar el tema del auxilio de transporte, estableciéndose que, a partir del 1º de enero de 1993, se aumentaría el auxilio convencional de $12.535 en un porcentaje igual al incremento del subsidio de transporte que haga el Gobierno Nacional más 4 puntos, y, para el año 1994, en el mismo porcentaje que el gobierno incremente dicho subsidio. Además, en la convención de 1994 (Fl. 116), se consagra que el auxilio de transporte convencional se aumentaría en un porcentaje igual al que decrete el gobierno nacional más 2%, y, finalmente, en la convención de 1997 (Fl. 126), se dispone un nueva fórmula de actualización de tal emolumento, consistente en que el aumento se haría en la misma proporción en que se incremente el auxilio de transporte por medio de Decretos, Ordenanzas o Resoluciones de carácter municipal, departamental o nacional. Pues bien, como quiera que se desconoce el monto del citado auxilio al año 1997, anualidad en la que se modificó el mecanismo de actualización monetaria con el que venía hasta esa fecha, y que la parte actora no manifestó y mucho menos aportó al proceso los actos administrativos que fijaron el incremento del auxilio de transporte de ahí en adelante, no hay manera de cuantificar esta prestación y, por tanto, no se accede a ella, de modo que se revocará la condena que sobre esta materia se impuso en 1ra instancia.

**2) Prima de vacaciones:** como bien se precisó en 1ra instancia, esta prestación convencional se consagró por primera vez en la convención colectiva de 1985 (Fl. 104), en la que se dispone que sería pagada en el momento que el trabajador saliera a disfrutar sus vacaciones. Luego, en la convención de 1990 (Fl. 106), se dispuso que la misma que equivaldría a 47 días del salario vigente al momento de la causación.

En este caso es evidente que, por las características de la equivocada modalidad contractual bajo la cual fue vinculado el actor a prestar sus servicios al ente territorial demandado, no tenía posibilidad alguna de exigir el disfrute de vacaciones, pues el contratante le negaba la calidad de trabajador oficial y, con ello, el derecho al disfrute del descanso remunerado. Ello así, en este caso no se puede exigir al demandante la prueba de la condición consistente en el disfrute de las vacaciones como requisito para acceder a la citada prima. A pesar de ello, teniendo en cuenta que ninguno de los contratos suscritos en desarrollo de las tareas inherentes al trabajo oficial superó el término mínimo de un año, y la convención no consagra la posibilidad del pago proporcional al tiempo laborado o discontinuo, como si ocurre con las vacaciones, se revocará la condena por este concepto.

**3) Prima extralegal:** dicho emolumento tiene su génesis en la convención de 1990, en la que escuetamente se indica que será pagadera en junio y que equivale a 30 días del monto del salario vigente al momento de su causación. En estas condiciones, como quiera que su causación no está supeditada al cumplimiento de un periodo mínimo de trabajo, se liquidará de manera proporcional al tiempo laborado por el actor en cada contrato, así:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **CONTRATO** | **INICIO** | **FINALIZACIÓN** | **HONORARIOS** | **SALARIO** | **TIEMPO LABORADO** | **TOTAL** |
| 904-2013 | 25-feb-2013 | 24-ago-2013 | $1.091.000 | N/A | 6 meses | $545.500 |
| 2387-2013 | 11-sep-2013 | 30-dic-2013 | $1.091.000 | N/A | 3 meses y 20 días | $333.361 |
| 923-2014 | 22-ene-2014 | 21-sep-2014 | $1.200.000 | $1.587.925 | 8 meses | $529.308 |
| 2979-2014 | 16-oct-2014 | 29-dic-2014 | $1.200.000 | $1.587.925 | 2 meses y 14 días | $198.490 |
| 462-2015 | 28-ene-2015 | 27-ago-2015 | $1.250.000 | $1.692.728 | 8 meses | $564.242 |
| 4121-2015 | 01-sep-2015 | 30-dic-2015 | $1.250.000 | $1.692.728 | 4 meses | $282.121 |
| **TOTAL** | | | | | | **$2.453.022** |

Lo que arroja como resultado la suma de $2.453.022 pesos, que resulta inferior a la suma que por dicho concepto se reconoció en primera instancia, por lo que el monto de la condena será corregido a dicha suma.

**4) Prima de alimentación:** la jueza indicó que esta prima equivalía a 7 días de salario convencional, y tal parece que la liquidó para cada mensualidad, lo cual, según sus cálculos, la llevó a condenar al pago de $10.204.095 por este concepto.

Ahora bien, revisada la redacción de la cláusula convencional que consagra dicho derecho, se encuentra que en la convención colectiva de 1997 (Fl. 127) se dispone que a partir de la vigencia de dicha convención, el Municipio pagaría por concepto de prima de alimentación, un valor equivalente a siete (7) días de salario mínimo convencional. Ello así, se infiere que por cada mensualidad completa laborada por el actor, tiene derecho a reclamar, como suma adicional al salario, la prima de alimentación, de modo que, efectuados los cálculos en segunda instancia, se advierte que su monto asciende a la suma de $10.735.894 y no de $10.204.095., como equivocadamente se calculó en primera instancia, sin embargo, como quiera que esta última suma es inferior a la calculada en sede de consulta, se mantendrá incólume la condena que por este concepto se impuso en primera instancia.

**5) 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 como el artículo 17, literal a), de la Ley 6ª de 1945; aplicando los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978, sin que se incluya la prima de alimentación, como equivocadamente se hizo en primera instancia, pues en este último Decreto se contempla como factor salarial el “auxilio” más no la prima de alimentación.

Así las cosas, tendría derecho el accionante a percibir por esta prestación la suma de **$3.956.612**, así: por el año 2013: $878.861, 2014: $1.385.023 y 2015: $1.692.728. Cifra a todas luces resulta inferior a la calculada en primera instancia, por lo que se modificará este punto de la condena a favor del ente territorial demandado.

**6) Prima de navidad**, en lo que atañe a esta prestación, bien se precisó en primera instancia que su fundamento encuentra respaldo en la convención colectiva del año 1990 (visible a folio 104), en la que al respecto se dispone que corresponde a 36 días o jornales pagaderos el 10 de diciembre de cada anualidad y liquidados conforme se establece en el Decreto 1045 de 1978, que al respecto dispone, en lo que interesa a la liquidación de esta prestación, que el *“trabajador oficial que no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo laborado, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable”.*

De acuerdo con las anteriores previsiones, liquidado tal emolumento tomando como referencia los salarios relacionados en el acápite correspondiente a la diferencia salarial, el actor tiene derecho al pago de $2.943.626, y no de $5.280.217, como equivocadamente se determinó en primera instancia, siendo en consecuencia objeto de modificación esta condena.

Como síntesis de lo anterior, se revocará la condena por concepto de auxilio de transporte y prima de vacaciones y se modificará el monto de las condenas por concepto de diferencia salarial, prima extralegal, prima de navidad y cesantías, y se mantiene el monto determinado en primera instancia por concepto de la prima de alimentación.

**7) Reintegro Laboral:** sobre esta pretensión ya se ha pronunciado esta Corporación (ver sentencia del proceso radicado bajo el No. 2018-00131, del 4 de julio de 2019, M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares), para reiterar que la declaración de un contrato laboral no supone el reconocimiento del estatus de “trabajador oficial” con efectos hacia el futuro, pues dicha calidad solo se confiere con el lleno de los requisitos dispuestos en la Constitución o la Ley.

Para arribar a dicha conclusión, la Sala acogió por analogía los planteamientos expuestos reiteradamente por la Corte Constitucional frente a la situación de los empleados públicos vinculados de manera irregular a la administración a través de simulados contratos de prestación de servicios, ámbito en el que también se ha aplicado el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, y en los que, con apoyo en el artículo 122 de la Constitución Política, dicha Corporación ha concluido:

(i) La mera prestación de trabajo, así beneficie al Estado, aparte de calificarse como relación laboral y derivar de ella los derechos contemplados en las normas que la regulan, no coloca a la persona que la suministra en la misma situación “legal y reglamentaria” en la que pueda encontrarse otra persona que se desempeña como empleado público en una actividad similar.

(ii) La protección del trabajo, al cual apunta tal principio de la primacía, se logra mediante la calificación de la relación cuestionada como laboral.

(iii) Su reivindicación como “legal y reglamentaria”, trasciende el ámbito propio del principio y solo se obtendría, al costo de desvertebrar la estructura del Estado de Derecho.

(iv) Asegurada la indicada protección al trabajo, la pretendida homologación del supuesto fáctico derivado de la prestación efectiva a través de un procedimiento contractual, a una situación “*legal y reglamentaria*”, resulta notoriamente nociva en términos institucionales.

(v) Para acceder a un determinado cargo público se deben cumplir todos y cada uno de los requisitos y condiciones señalados en la constitución y en la ley. Así por ejemplo, el docente temporal, por el solo hecho de trabajar para el Estado, no puede ser considerado empleado público, como quiera que la situación contractual no es constitucional ni legalmente suficiente para configurar el cargo, y

(vi) Las formas sustanciales de derecho público no pueden ser desechadas por el juez que pretende aplicar el principio de primacía de la relación laboral (Consultar, entre otras, la sentencia T-055 de 1994).

En conclusión, entonces, para esa alta Corporación, no porque en una relación laboral puesta a la composición judicial, triunfe el principio de la primacía de la realidad sobre las formas establecida por las partes, se puede reivindicar el estatus de empleado público, o en el sub-lite, el de trabajador oficial, toda vez que ese estatus sólo se confiere con el lleno de los requisitos de la Constitución o la ley.

De tal suerte, que los enunciados traídos en el fallo de la Corte Constitucional, para los empleados públicos, poseen plena aplicación para los trabajadores oficiales, en la medida de que el artículo 122 superior, con el uso de la expresión “*empleo público*”, abarca tanto el cargo que ocupe el empleado público, como el trabajador oficial.

Además, si bien este último no es vinculado a la administración a través de una “*relación legal o reglamentaria*”, esto es, por medio de un acto administrativo de nombramiento, seguido de la posesión, es de destacar que para la provisión de uno u otro cargo, se exige conforme a la Constitución: *(i)* que el cargo esté contemplado en la planta de personal, *(ii)* la disponibilidad presupuestal para atender el servicio, por parte de personas o autoridades, con autorización para gravar el erario público, *(iii)* las regulaciones generales que gobiernan el ejercicio de las responsabilidades públicas y la forma de remunerarlas, las cuales son del resorte del Congreso, las Asambleas o los Concejos, o de otras autoridades.

Por ende, acertada es la decisión de primera instancia, pues así se reconozca en este fallo que el actor tenía derecho a percibir el mismo salario y las mismas prestaciones asignadas a trabajadores oficiales que se ocupaban de las mismas tareas y actividades de él, no por eso se pueden desconocer los mecanismos y requisitos internos dispuestos por la administración local para la vinculación a su planta de personal.

**4.6. SANCIONES MORATORIAS**

Al iniciar la acción laboral, el señor AGUDELO BEDOYA solicitó que, al no habérsele cancelado debidamente los salarios y prestaciones sociales, se condenara al Municipio de Pereira a reconocer y pagar la indemnización prevista en el artículo 65 del C.S.T., sin embargo es bien sabido que dicha norma no gobierna los casos de los trabajadores del sector público, pues ese tipo de sanción está establecida en el Decreto 797 de 1949.

No obstante, esa equivocación no da lugar a abstenerse del estudio y procedencia de la misma, pues como lo recordó la Sala de Casación Laboral en sentencia SL17741 de 11 de noviembre de 2015 radicación Nº 41927 con ponencia del Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas, le corresponde al juez determinar el derecho que gobierna el caso, aun con prescindencia del que haya sido invocado por las partes, por ser él *“… el llamado a subsumir o adecuar los hechos acreditados en el proceso a los supuestos de hecho de la norma que los prevé para de esa manera resolver el conflicto”.*

Cabe agregar que aun cuando la pretensión de reintegro es excluyente con la indemnización moratoria, pues no es viable perseguir en un mismo proceso el restablecimiento del contrato a la par de condenas y sanciones derivadas de la terminación del mismo, a menos que se clasifiquen unas y otras pretensiones como principales y subsidiarias, ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema que en estos casos, cuando no se haya saneado el defecto formal antes de la sentencia, es deber del fallador -aun cuando las súplicas no se hayan formulado de la mejor manera- analizar la demanda inicial para desentrañar la verdadera intención del actor y determinar cuál era la pretensión principal y cuál la secundaria, para estudiar y resolver de fondo el asunto (sentencia SL56883 del 16 de mayo de 2018).

Conforme a lo anterior, así el demandante no haya clasificado las suplicas excluyentes entre principales y secundarias (o subsidiarias) la jueza, al negar el reintegro y acceder a la indemnización, cumplió con su deber de interpretar la demanda, dándole alcance de principal a la primera y subsidiaria a esta última, en razón de lo cual no puede ahora la defensa de la entidad demandada alegar un defecto que debió advertir bajo la forma de excepción previa, pues es deber del operador judicial, como de antaño lo ha enseñado la doctrina, descubrir las pretensiones y tratar de borrar las imprecisiones, lagunas o vaguedades, pues la torpe expresión de las ideas no puede ser motivo de repudiación del derecho cuando este alcanza a percibirse en su intención y en la exposición de ideas del demandante (casación civil del 12 de diciembre de 1936).

Ahora bien, 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, queda puesto en evidencia 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 demandante, 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, 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.

Ello así, prospera el recurso de apelación impetrado por la parte actora, pues ciertamente resulta equivocado que la citada indemnización se haya empezado a contabilizar desde la ejecutoria de la sentencia que declara la existencia del contrato de trabajo, dado que las sentencias judiciales en que se declara la existencia de un contrato realidad, como ocurre en este caso, no tienen carácter constitutivo sino declarativo. En otras palabras, con esta sentencia no se crea una situación jurídica nueva sino simplemente se declara una situación jurídica anterior. (Cabe subrayar que esta ha sido la posición invariada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expresada, entre otras, en la sentencia del 12 de marzo de 2014, Radicado No. 44069, M.P. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas).

Finalmente, en lo que respecta a la exoneración de la indemnización por la falta de consignación de cesantías, se advierte que la misma debe ser confirmada en segunda instancia, no porque el actor no haya estado afiliado a un Fondo Privado de Cesantías, pues esta es una obligación que recae exclusivamente en el empleador, sino porque la interrupción entre un contrato y otro, como se explicó en precedencia, tiene la virtualidad de romper la continuidad contractual, en razón de lo cual, no se generó en este caso la obligación de consignar las cesantías, como quiera que la finalización de los citados contratos se daba al final de cada año, y es bien sabido que la obligación de consignar las cesantías surge siempre y cuando se haya prestado el servicio sin solución de continuidad dentro del año inmediatamente anterior al 15 de febrero de cada anualidad, que es la fecha límite para su consignación. En otros eventos, el empleador se encuentra autorizado a pagar las cesantías directamente al trabajador, como aquí se ordenará.

Corolario de lo anterior, se modificará la sentencia de primera instancia y no se impondrá el pago de costas procesales en esta, como quiera que los recursos de apelación impetrados por ambas partes prosperaron de manera parcial para cada uno de ellas.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Risaralda)**, **Sala Laboral**, 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 numeral PRIMERO del fallo objeto de estudio, en el sentido de declarar que entre el señor JOSÉ ARLEX AGUDELO BEDOYA y el MUNICIPIO DE PEREIRA se dieron cinco separados contratos de trabajo entre las siguientes fechas:

|  |  |
| --- | --- |
| **INICIO** | **FINALIZACIÓN** |
| Del 25-feb-2013 | Al 24-ago-2013 |
| Del 11-sep-2013 | Al 30-dic-2013 |
| Del 22-ene-2014 | Al 21-sep-2014 |
| Del 16-oct-2014 | Al 29-dic-2014 |
| Y del 28-ene-2015 | Al 30-dic-2015 |

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral CUARTO del fallo de la referencia, en el sentido de precisar que por los anteriores contratos se adeuda al demandante las siguientes sumas y conceptos: (motivación y liquidación a cargo de la Dra. Olga)

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de ordenar que la indemnización moratoria de que trata el artículo 1º de la Ley 797 de 1949 se pague en la suma diaria de $56.424,26 desde el 1º de abril de 2016 y hasta que se verifique el pago de los salarios y prestaciones sociales aquí ordenadas.

**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**

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

Magistrada Magistrado

1. Con fundamento en las siguientes razones: 1) en relación al reajuste salarial, señaló que, de acuerdo con la certificación aportada con la demanda y expedida por la Secretaría de Desarrollo Administrativo del Municipio de Pereira, los salarios devengados por los obreros de planta de la entidad son superiores a lo que percibía por concepto de honorarios el actor, por lo que había lugar al pago de la diferencia a favor entre uno y otro salario, limitando su pago a las vigencias 2014 al 2017, puesto que no hubo certificación frente al año 2013, lo cual calculó en la suma de $3.533.000, 2) Prima de vacaciones: la *a-quo* accedió al pago de dicha prestación, con fundamento en lo señalado en la convención colectiva de 1985 (Fl. 104), para lo cual precisó que su pago equivale a 45 días de salario convencional, pagadera en el momento que el trabajador salga a disfrutar de sus vacaciones, cuantificando su monto en la suma de $3.280.653, 3) Prima de alimentación: al respecto indicó la falladora de primera instancia, que esta prima, consagrada en la convención de 1995-1996 (Fl. 104), equivale a 7 días de salario convencional mensual, lo cual asciende, por todo el tiempo laborado a la suma de $10.204.095, 4) Prima de navidad, en lo que atañe a esta prestación, indicó que su fundamento encuentra respaldo en la convención colectiva del año 1990 (visible a folio 104), en la que al respecto se dispone que corresponde a 36 días o jornales pagaderos el 10 de diciembre de cada anualidad y liquidados conforme lo establece el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978, la cual calculó en la suma de $5.280.217, 5) Auxilio de transporte: la jueza advirtió que hay lugar a dicha prestación de acuerdo a lo dispuesto en la convención de 1990, y, sin explicar la fórmula para su liquidación, indicó que su monto en este caso asciende a la suma de $3.536.693, 6) Prima extralegal: señaló que la misma se encuentra consagrada en la convención de 1983 y que corresponde por lo corrido de la relación laboral a la suma de $3.280.653, 7) por concepto de las cesantías reconoció la suma de 5.338.825 y $601.809 por los intereses sobre las mismas. [↑](#footnote-ref-1)
2. Reglamentado por el Decreto 1843 de 1969 [↑](#footnote-ref-2)
3. Reglamentado por el Decreto Ley 1333 de 1986 [↑](#footnote-ref-3)