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 21 de agosto de 2020

Radicación No.: 66001-31-05-004-2017-00095-01

Proceso: Ordinario laboral

Demandantes: Hugo González Ramírez

Demandado: Municipio de Pereira

Juzgado de origen: Cuarto Laboral del Circuito de Pereira

Magistrada ponente: Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / PRIMACÍA DE LA REALIDAD / TRABAJADOR OFICIAL / PRESUNCIÓN DEL ARTÍCULO 20 DEL DECRETO 2127 DE 1945 / INDEMNIZACIÓN MORATORIA / NO CORRE DESDE EJECUTORIA DE LA SENTENCIA.**

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, 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 y iii) un salario como retribución del servicio.

En tal sentido, en reiteradas oportunidades, esta Corporación ha precisado que se impone el principio de primacía de realidad cuando una entidad estatal pretende evadir o esconder una relación laboral bajo el ropaje formal de la figura del contrato estatal establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993…

Es pertinente agregar que tal presunción no se deriva de lo señalado en el artículo 24 del C.S.T., sino de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, aplicable a trabajadores oficiales, que al tenor reza: “el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, correspondiéndole a este último destruir tal presunción”. (…)

Conviene aclarar, finalmente, que la citada indemnización –moratoria– no puede contabilizarse desde la ejecutoria de la sentencia que declara la existencia del contrato de trabajo, como lo pretende la entidad demandada, pues 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.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL No. 1**

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Pereira, Risaralda, agosto veinticuatro (24) de dos mil veinte (2020**)

 Acta No. 117 del 20 de agosto de 2020

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Ministerio de Justicia y del Derecho, estableció que en la especialidad laboral se proferirán por escrito las providencias de segunda instancia en las que se surta el grado jurisdiccional de consulta o se resuelva el recurso de apelación de autos o sentencias, la Sala de Decisión Laboral No. 1 del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN como Ponente y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA y por el Magistrado JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **HUGO GONZÁLEZ RAMÍREZ** en contra del **MUNICIPIO DE PEREIRA**.

**PUNTO A TRATAR**

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación impetrado por la entidad demandada contra la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira el pasado 15 de mayo de 2019. Así mismo se revisará la sentencia en grado jurisdiccional de consulta a favor del municipio, dado que la decisión fue adversa a sus intereses, previo los siguientes:

1. **LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN**

El señor **HUGO GONZÁLEZ RAMÍREZ** afirma que prestó servicios personales y remunerados bajo la continuada dependencia y subordinación del Municipio de Pereira, entre el 1º de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2015. Agrega que durante ese lapso laboró en el cargo de ayudante de obra; que la relación laboral se dio mediante la suscripción de varios contratos de prestación de servicios y que finalizó sin que mediara justa causa para la terminación por parte del empleador. Indica, igualmente, que el servicio debía prestarlo de lunes a domingo, incluidos los festivos, en horario de 07:00 a.m. a 04:30 p.m., en diferentes instalaciones del municipio, como parques, escuelas, vías, calles, entre otros lugares, conforme a las indicaciones de supervisores o funcionarios de la secretaría de infraestructura del ente territorial. Añade, finalmente, que, en algunos lapsos, que no determinó, lo vincularon o remitieron a terceros o Cooperativas de Trabajo Asociado (CTA) a firmar contratos de prestación de servicios, pero la entidad seguía conservando el beneficio de los servicios prestados. Asimismo, señaló, que jamás le pagaron concepto alguno por prestaciones sociales (cesantías, primas, vacaciones, etc.) o derechos convencionales, ni se le consignaron las cesantías en un fondo como establece la ley, y que el 26 de enero de 2016 presentó reclamación administrativa ante el municipio, obteniendo respuesta nugatoria el 23 de febrero de 2016. Con sustento en lo anterior, pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la demandada del 1º enero de 2011 al 30 de diciembre de 2015 y que declare igualmente, que durante ese lapso fue trabajador oficial y, por tanto, es beneficiario de las diferentes convenciones colectivas vigentes en el municipio para la fecha. Consecuencia de lo anterior, reclama condena al pago de cesantías, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones y compensación por lo pagado al sistema de seguridad social. Además del pago de la indemnización contemplada en la Ley 50/90 (art. 99), ante la falta de consignación de las cesantías y la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T, lo mismo que al pago de la diferencia entre el salario reconocido a un empleado de planta y lo que le fue reconocido a él por desempeñar las mismas funciones de estos, el auxilio de transporte, la prima extralegal, prima de navidad y la indexación de la condena.

En respuesta a la demanda, el **MUNICIPIO DE PEREIRA** afirma que desconoce la existencia de cualquier relación de trabajo con el demandante, pues lo que sostuvo con este fue una relación de tipo civil, contratada y ejecutada dentro del marco normativo de la contratación pública estatal, conforme a lo previsto por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Añade que en el traslado de la demanda no obra certificación ni menos contrato alguno que indique que el señor GONZÁLEZ RAMÍREZ prestó servicios al municipio antes de 2014, dado que solo se evidencia contratos desde ese año, el primero de los cuales tuvo una interrupción de cuatro (4) meses. De otra parte, niega que el contratista haya tenido que cumplir horarios, pues tan solo tenía la obligación de ejecutar el objeto del contrato y explica que el contrato de prestación de servicios permite que entre el contratante y el contratista pueda existir una relación de coordinación en sus actividades de manera que el segundo se somete a las condiciones necesarias para asegurar el desarrollo eficiente de la actividad encomendada, lo cual incluye, el hecho de recibir una serie de instrucciones de sus superiores o tener que reportar informes sobre sus resultados, pero ello no significa necesariamente la configuración del elemento de subordinación. En ese orden de ideas, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepciones las denominadas: inexistencia de la obligación demandada, prescripción, compensación y pago.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La jueza de 1ra. instancia accedió a declarar la existencia de 5 contratos de trabajo entre HUGO GONZÁLEZ RAMÍREZ y el MUNICIPIO DE PEREIRA, así: del 1º de febrero al 30 de diciembre de 2011, del 1º de agosto al 20 de diciembre del de 2012, del 1º de febrero al 30 de diciembre de 2013, del 22 de enero al 30 de diciembre 2014 y del 4 de febrero al 30 de diciembre de 2015. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto a los créditos laborales anteriores al 26 de enero de 2013, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa con que se interrumpió el término prescriptivo se elevó a la entidad demandada el 26 de enero de 2016, previo a la presentación de la demanda en 2017.

Consecuencia de la anterior declaración, condenó a la entidad pública demandada al pago de $5.145.384 a título de cesantías, $4.976.870 por concepto de prima de navidad, $2.145.905 por vacaciones, $4.150.704 de auxilio de transporte, $4.594.034 por la prima extralegal de junio y $5.513.553 por concepto de nivelación salarial. Igualmente condenó al pago de la sanción moratoria contemplada en el Dto. 797/1949, cuantificada en la suma diaria de $38.000 desde el 1º de abril de 2016 hasta la fecha en que se verifique el pago total de lo adeudado.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

 Contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación la apoderada judicial del municipio, quien solicita que se revise en segunda instancia el fundamento fáctico que sustenta la equivocada determinación de declarar la existencia de 5 contratos de trabajo, pues está fundada en el testimonio de una sola persona que ni siquiera supo precisar en qué lapsos el demandante estuvo vinculado a través de cooperativas, como se afirma en la demanda, y en qué momento lo estuvo bajo contrato de prestación de servicios directamente con el municipio. En ese sentido, afirma, que no hay prueba de la prestación personal de servicios entre el 1º de febrero de 2011 y el 30 de diciembre de 2013, y, en todo caso, de aceptarse que antes de ese año prestó sus servicios a través de una o varias CTA, no habría manera de calcular lo adeudado por el ente local, pues ha de tenerse en cuenta que durante ese lapso no solo percibió honorarios sino muy seguramente compensaciones y emolumentos propios del cooperativismo. Agrega, finalmente, que no era viable la condena al pago de la sanción moratoria prevista en Decreto 797/1949, pues como se indica en dicha norma, la misma se causa por el hecho concreto del no pago de salarios y prestaciones, y es evidente que apenas ahora, por la declaración de la justicia laboral, se desconoce la existencia del contrato de los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes, los cuales no generaban obligaciones de índole laboral sino civil, que se reducían, como es obvio, al pago de honorarios, los cuales fueron oportunamente cancelados.

1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN/CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

Dentro del término legal, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión. Por otra parte, el Ministerio Público expresó su conceptuó en este asunto, el cual obra en el expediente digital y al cual nos remitimos por economía procesal en virtud del artículo 280 del C.G.P., frente a cuyo contenido Sala encuentra que los argumentos fácticos y jurídicos expresados, concuerdan con los puntos objeto de discusión en esta instancia y se relacionan con el problema jurídico que se expresa a continuación. Por otra parte, el Ministerio Público no conceptuó que en este asunto.

1. **Problema jurídico por resolver**

El problema jurídico en este asunto se contrae a determinar si entre las partes en contienda existieron los contratos de trabajo reconocidos en sede de primera instancia y si la prueba testimonial allegada por la parte actora resulta suficiente para la acreditación de los periodos laborados con anterioridad al 2014 y, en caso afirmativo, si es posible calcular el saldo insoluto de las liquidaciones correspondientes a tales periodos. De otra parte, en sede de consulta, se revisará la procedencia y el monto de la condena económica impuesta en el fallo objeto de revisión.

1. **Consideraciones**
	1. **PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS**

Con ocasión de la aplicación directa del art. 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, Sent. 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 y iii) un salario como retribución del servicio.

En tal sentido, en reiteradas oportunidades, esta Corporación ha precisado que se impone el principio de primacía de realidad cuando una entidad estatal pretende evadir o esconder una relación laboral bajo el ropaje formal de la figura del contrato estatal establecido en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, que es una modalidad de contratación 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, que, por su naturaleza, es de corta duración.

Cabe señalar, conforme lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-665 antes referida, que no basta con la sola exhibición del contrato para que se desvirtúe la presunción de existencia de relación laboral, razón por la cual es de vital importante analizar las demás probanzas, sin perjuicio de la presunción legal acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza, lo cual implica un traslado de la carga de la prueba a la entidad pública demandada, quien debe demostrar que el actor desarrolla la actividad contratada con plena autonomía e independencia.

Es pertinente agregar que tal presunción no se deriva de lo señalado en el artículo 24 del C.S.T., sino de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, aplicable a trabajadores oficiales, que al tenor reza: *“el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, correspondiéndole a este último destruir tal presunción”.*

A propósito de lo anterior, cabe recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que a los trabajadores oficiales se les aplican las disposiciones contenidas en sus contratos de trabajo, la convención colectiva, el pacto colectivo, laudo arbitral o reglamento interno de trabajo, si los hay, y, por lo no previsto en ellos, la Ley 6 de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y el Decreto 1919 de 2002, en cuanto a prestaciones sociales mínimas se refiere. (Revisar, entre otros pronunciamientos, el expresado la sentencia de casación SL11436-2016, M.P. Gerardo Botero Zuluaga).

* 1. **CASO CONCRETO, EXTREMOS TEMPORALES Y CUANTIFICACIÓN DE LA CONDENA**

Con el fin de acreditar las circunstancias fácticas narradas en la demanda, el demandante llamó a declarar al señor Luis Enrique Zapata Rivillas, antiguo compañero de trabajo en la Alcaldía, quien declaró lo siguiente:

 1) El municipio de Pereira desarrolla las actividades de mantenimiento y conservación de zonas verdes, parques, andenes, calles y escuelas a través de sus trabajadores de planta y también recurre a contratistas como ellos.

2) La secretaria de infraestructura del Municipio era quien se ocupaba de vincular el personal necesario para atender las tareas antes detalladas a través de contratos de prestación de servicios celebrados con personas naturales y acudiendo a la planta de personal de la entidad.

3) A las obras intervenidas (parques, zonas verdes, escuelas) 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.

4) Aparte de la anterior diferencia entre trabajadores de planta y contratistas, el testigo señaló que los trabajadores “nombrados” recibían mejor remuneración que ellos (es decir los contratistas) pese a que cumplían los mismos horarios, se sometían a los mismos jefes y desarrollaban las mismas funciones.

5) En relación a las tareas asignadas con ocasión de las órdenes de prestación de servicios, indicó que estas siempre estuvieron directamente relacionadas con el embellecimiento y conservación de edificios públicos, calles, zonas verdes en parques, barrios, lotes y veredas, y sus labores más habituales consistían en pavimentar vías y huellas, pegar adoquines, revocar y pintar paredes, instalar techos, hacer escaleras, etc., de acuerdo a las indicaciones técnicas señaladas por los ingenieros y supervisores encargados por el Municipio.

6) Respecto a los hechos que involucran al demandante, señaló que lo conoce desde el año 2011, y que lo recuerda desde aquel entonces, porque hicieron parte de la misma cuadrilla. Señaló igualmente que todos los contratistas, incluido el demandante, eran contratados a principio de año, más o menos en febrero, y prestaba sus servicios de manera ininterrumpida hasta el 30 de diciembre, salvo en el año 2012, cuando por el cambio de administración, al principio del periodo del *“alcalde Enrique Vásquez”*, lo llamaron en agosto de ese año, por lo que estuvieron sin trabajo por algo más de 7 meses. Indicó igualmente que antes de 2014, estuvieron vinculados por algunos periodos a través de Cooperativas Asociadas de Trabajo, pero no hubo diferencia con los otros contratos en cuanto a las tareas asignadas, el lugar de trabajo y los supervisores que vigilaban el cumplimiento de las actividades desplegadas.

7) Señaló igualmente que cualquier permiso para ausentarse del trabajo, debía gestionarse directamente con los encargados de la obra y que el incumplimiento del horario era seriamente sancionado por los ingenieros y supervisores de la Secretaría de Infraestructura, ya que se les advertía desde el principio que el contrato podía terminarse en cualquier momento o no ser renovado si se incumplían las orientaciones de los jefes.

8) Agregó, finalmente, que los materiales y las herramientas usadas en el trabajo eran propiedad del Municipio y que, si se les perdía algo, debían responder con sus sueldos.

Además de la citada prueba testimonial, obra en el proceso, en lo que interesa a la resolución del recurso de apelación, las actas de terminación y los contratos de prestación de servicios celebrados entre el actor y la entidad demandada desde 2014, 3 en total (folios 24 al 31), cuyo objeto, en todos ellos, consistió, básicamente, en brindar apoyo a la Secretaría de infraestructura en el desarrollo de labores de limpieza, abono, riego, construcción y rehabilitación de pavimentos, andenes, huellas, cunetas, transversales, placa huellas; barrido, recolección y cargue de residuos orgánicos generados en las obras civiles adelantadas por el 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 y ascendía a la suma $1.1000.000 en 2014 y 1.140.500 en 2015.

De conformidad con lo expuesto, se concluye, por una parte, que las actividades que desempeñó el señor GONZÁLEZ RAMÍREZ en ejecución de los contratos de prestación de servicios antes detallados, siempre estuvieron dirigidas a la construcción, sostenimiento y mantenimiento de obras civiles, tales como parques públicos, avenidas, andenes y áreas de cesión del municipio, de modo que su trabajo correspondía al normalmente desarrollado por trabajadores oficiales, a la luz de la Ley 11 de 1986 (estatuto básico de la administración municipal), que a la altura de su artículo 42, dispone: son trabajadores oficiales, en el orden municipal, los que prestan sus servicios en la *“construcción y sostenimiento de obras públicas”.*

Así las cosas, habiendo quedado demostrado, además, que los servicios se prestaron de manera personal, debe operar la presunción de existencia del contrato de trabajo, como quiera que la entidad no demostró que la actividad contratada se desarrollaba con plena autonomía e independencia del prestador de servicio; al contrario, lo acreditado con la prueba testimonial antes referida, es que dichos servicios se prestaron bajo la continuada dependencia y subordinación al 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, de modo que resulta forzoso confirmar en sede de consulta el punto de la sentencia referido a la existencia de la relación laboral entre las partes.

 Ahora bien, en lo que atañe a los extremos temporales de la relación laboral, razón le asiste a la entidad demandada en advertir que no obra registro documental de los contratos supuestamente celebrados entre las partes antes del año 2014, y aunque el testigo único refiere haber trabajado con el demandante desde el año 2011, lo cierto es que indicó que en algunos periodos, cuyos extremos no supo precisar con exactitud, estuvieron vinculados a través de cooperativas asociadas de trabajo (CTA), y aunque en estos lapsos también debe operar la presunción que se deriva de la prestación personal del servicio, no hay manera de calcular el monto de lo adeudado por concepto de salarios y prestaciones, pues es bien sabido que el trabajo asociativo genera el pago de emolumentos que se equiparan a las prestaciones sociales de índole laboral, cuyo monto ha debido acreditarse bajo algún medio por el demandante, para ser descontado del saldo insoluto, pues no de otra manera se puede cuantificar lo adeudado, y no le es dable al juzgador, que conociendo pagos distintos a los aludidos en la demanda, los omita y propicie un enriquecimiento sin causa a favor de quien omitió el deber legal que impone la lealtad procesal y, en especial, el deber ético de informar con absoluta claridad los pagos constitutivos de compensación a favor del adversario procesal.

 Por lo anterior, se declarará la existencia de solo dos contratos de trabajo, el primero del 22 de enero al 30 de diciembre de 2014 y el segundo del 4 de febrero al 30 de diciembre de 2015, por lo que no opera la prescripción trienal de que trata el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., puesto que la reclamación administrativa se presentó dentro de los tres (3) años siguientes a la exigibilidad de la obligación reclamada, específicamente el 26 de enero de 2016, tal como se indicó en el fallo de primera instancia.

 En cuanto a la cuantificación de la condena, la jueza de primera instancia accedió al reclamo del pago de las prestaciones de origen convencional invocadas en la demanda y señaló que todas las convenciones celebradas entre el Municipio de Pereira y el Sindicato de Trabajadores del Municipio fueron aportados en medio magnético y exhiben sello de depósito. Confrontada dicha información en el expediente, se encuentra que efectivamente la parte actora aportó las convenciones, de modo que, dando alcance al grado jurisdiccional de consulta se procede a evaluar la viabilidad y el monto de la condena económica impuesta en primera instancia, así:

Por la **NIVELACIÓN 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 se desprende del certificado emitido por la Directora Administrativa de Talento Humano del Municipio de Pereira, visible en el folio 34 y 43 del expediente, en el que se reseña el “salario mensual devengado por un obrero en el municipio de Pereira durante las vigencia 2013 y 2014”.

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 el año 2014, devengaban un salario mensual de $1.587.925, y no obra en el expediente certificación del salario de 2015, se liquidaran ambos años con el salario de 2014, el cual resulta superior al que se cancelaba 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), de modo que tiene derecho a que se le reconozca y pague la correspondiente diferencia salarial de 2014 y 2015.

El resultado de la liquidación en los anterior términos, asciende a la suma de **$10.359.305** (según liquidación que se aprecia en el siguiente cuadro), monto que resulta muy superior al calculado en primera instancia ($5.513.553), en razón de lo cual, como quiera que este punto de la sentencia no fue objeto de apelación y el asunto se conoce en grado jurisdiccional de consulta a favor del municipio de Pereira, se mantendrá incólume el monto que por este concepto se calculó en primera instancia.

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **DESDE** | **HASTA** | **HONORA-RIOS** | **SALARIO OBRERO** | **DIFERENCIA****MENSUAL** | **DIFERENCIA TOTAL** |
| 22/ENE/2014 | 30/DIC/2014 | $1.100.000 | $1.587.925 | $487.925 | $5.497.288 |
| 04/FEB/2015 | 30/DIC/2015 | $1.140.500 | $1.587.925 | $447.425 | $4.862.017 |
| **GRAN TOTAL** | $10.359.305 |

**Auxilio de cesantías:** en cuanto a las cesantías e intereses a las cesantías, dice el art. 13 de la Ley 344/1996, que las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado a partir de la vigencia de esta ley, tendrán derecho a la liquidación de sus cesantías el 31 de diciembre de cada año, por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicios de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral, y que, en lo demás, seguirían siendo aplicables las normas vigentes sobre cesantías correspondientes al órgano o entidad al cual se encuentre vinculado el servidor.

Cabe agregar que a partir de la vigencia del Decreto 1582 de 1998, se adopta el régimen de cesantías privado para los servidores públicos del nivel territorial, y se excluye la aplicación de los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990, para los servidores que decidan afiliarse o seguir afiliados al Fondo Nacional del Ahorro, o que sean afiliados forzosos, en el caso de los servidores de la Rama Ejecutiva del Poder Público del Orden Nacional, a quienes se les seguirá aplicando el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998, tal como se ratifica en el Decreto 1252 de 2000.

Pues bien, 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.

Así las cosas, tendría derecho el accionante a percibir por esta prestación la suma de **$3.691.376**, así: por el año 2014 $1.879.044 y $1.812.332 por el 2015, cifra que a todas luces resulta inferior a la calculada en primera instancia ($5.145.384), por lo que habrá de modificarse el monto de este condena a favor del ente territorial.

**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, 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 $3.514.604 ($1.789.062 por el 2014 y $1.725.545 por 2015), y no de $4.976.870, como equivocadamente se determinó en primera instancia, por lo que se hace necesario modificar este punto de la sentencia.

**VACACIONES:** se previene en el artículo 8 del Decreto 1045 de 1978, por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional, que en virtud del Decreto 1919 de 2002 se hizo extensivo a los empleados públicos del nivel territorial, que “los empleados públicos y trabajadores oficiales tienen derecho a quince (15) días hábiles de vacaciones por cada año de servicios, salvo lo que se disponga en normas o estipulaciones especiales. En los organismos cuya jornada semanal se desarrolle entre lunes y viernes, el día sábado no se computará como día hábil para efecto de vacaciones”.

En cuanto a los factores salariales a tener en cuenta al momento de liquidar esta prestación, se dispone en el artículo 17 ídem, “para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones de que trata este decreto, se tendrán en cuenta los siguientes factores de salario, siempre que correspondan al empleado en la fecha en la cual inicie el disfrute de aquellas: a) La asignación básica mensual señalada para el respectivo cargo; b) Los incrementos de remuneración a que se refieren los artículos 49 y 97 del Decreto-Ley 1042 de 1978 (correspondiente al incremento por antigüedad); c) Los gastos de representación; d) La prima técnica; e) Los auxilios de alimentación y transporte; f) La prima de servicios y g) La bonificación por servicios prestados”.

Cabe agregar, finalmente, si el servidor público se retira del servicio sin haber cumplido el año de labor, tendrá derecho a que se le reconozca en dinero y en forma proporcional al tiempo efectivamente laborado las vacaciones, la prima de vacaciones y la bonificación por recreación, conforme se previene en el artículo 1° de la Ley 995 de 2005 y 1° del Decreto 404 de 2006.

Conforme a lo anterior, la compensación dinerario de vacaciones a la que tiene derecho el actor asciende a la suma **$1.464.418** ($745.442 por el primer contrato y $718.976 por el segundo), cifra muy inferior a la fijada en primera instancia ($2.145.905), por lo que habrá de modificarse el monto de la condena correspondiente a tal concepto.

**AUXILIO DE TRANSPORTE:** se advierte que esta prestación fue inicialmente consagrada en la convención 1977-1978, 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, 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.

**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:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **INICIO** | **FINALIZACIÓN** | **TIEMPO LABORADO** | **FECHA DE PAGO** | **TOTAL** |
| 22-ene-2014 | 30-jun-2014 | 5 meses, 8 días | Junio 2014(proporcional) | $696.922 |
| 01-jul-2014 | 30-dic-2014 | 6 meses | Junio 2015(proporcional) | $793.962 |
| 04-feb-2015 | 30-jun-2015 | 4 meses, 26 días | Junio 2015 | $608.344 |
| 1-jul-2015 | 30-dic-2015 | 6 meses | (Al final del contrato) | $793.962 |

 Lo que arroja como resultado la suma de $2.893.190 pesos, que resulta muy inferior a la suma que por dicho concepto se reconoció en primera instancia ($4.594.034), por lo que el monto de la condena será corregido a dicha suma.

Finalmente, es del caso precisar, en lo que atañe a la condena por concepto de la **INDEMNIZACIÓN MORATORIA**, la cual fue apelada por la entidad demandada, que al iniciar la acción laboral, el señor GONZÁLEZ solicitó que, al no habérsele cancelado debidamente los salarios y prestaciones sociales, se condenara al Municipio de Pereira a reconocer y pagar la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., sin embargo, dicha norma no gobierna los casos que involucran a trabajadores del sector público, pues ese tipo de sanción está establecida para ellos en el Decreto 797 de 1949. No obstante esa equivocación, no hay 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”.*

 Ahora bien, se ha precisado jurisprudencialmente que la imposición de la indemnización moratoria establecida en la citada normativa 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.

 Bajo tales premisas, en el caso objeto de estudio, bien se puede ver 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 era de carácter netamente laboral, dada la naturaleza de las actividades desarrolladas por el señor Gonzáles, 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 único propósito de eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o convencionales que se generaran en favor del actor.

 Así las cosas, teniendo en cuenta que la sanción moratoria tiene su 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 debe correr a partir del 1º de abril de 2016, inclusive, 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 $38.000 pesos diarios, teniendo en cuenta que al momento en que finalizó el contrato, el demandante tenía un salario que ascendía a la suma de $1.140.000, como bien lo determinó la jueza de la causa en primera instancia.

 Conviene aclarar, finalmente, que la citada indemnización no puede contabilizarse desde la ejecutoria de la sentencia que declara la existencia del contrato de trabajo, como lo pretende la entidad demandada, pues 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).

Como síntesis de todo anterior, se modificará el numeral primero de la sentencia evaluada en sede de consulta, para en su lugar, declarar la existencia de dos (2) contratos de trabajo y no de cinco (5) contratos, como se dijo en primera instancia, de acuerdo a lo explicado en precedencia. Asimismo, se modificará el numeral tercero de la citada sentencia, para condenar a la suma de **$3.691.376** por concepto de cesantías, **$3.5.14.607** por concepto de prima de navidad, **$1.464.418** por vacaciones, **$2.893.190** prima extralegal de junio y se mantendrá incólume el monto de la condena fijada en primera instancia por concepto de nivelación salarial y se revocará la condena por concepto de auxilio de transporte, conforme a lo explicado previamente.

Sin costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente el recurso propuesto por la entidad demandada.

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

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

**PRIMERO**. - **MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que entre el señor HUGO GONZÁLEZ RAMÍREZ y el MUNICIPIO DE PEREIRA existieron dos (2) contratos de trabajo: entre el 22 de enero y el 30 de diciembre de 2014 y entre el 04 de febrero y el 30 de diciembre de 2015.

**SEGUNDO.** - **MODIFICAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia, el cual quedará así: **CONDENAR** al MUNICIPIO DE PEREIRA a reconocer y pagar a favor del accionante las siguientes sumas de dinero:

Por cesantías $3.691.376,

Por prima de navidad $3.514.607,

Por vacaciones $1.464.418

Por prima extralegal $2.893.190

Por nivelación salarial $5.513.553

**TERCERO:** **ABSOLVER** del pago de auxilio de transporte, conforme a lo expresado en las consideraciones de la sentencia.

**CUARTO:** **CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia de primera instancia.

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

Notificación surtida en estados. Cúmplase y devuélvase al Juzgado de origen.

La Magistrada Ponente,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

La Magistrada y el Magistrado,

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

 Aclara voto parcial Impedido