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

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO / ELEMENTOS ESENCIALES / TRABAJADOR OFICIAL / SUBORDINACIÓN / DECRETO 2127 DE 1945 / CARGA PROBATORIA DEL DEMANDANTE / CASO: MUNICIPIO DE PEREIRA.**

Establece el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945 por medio del cual se reglamentó la Ley 6ª de 1945, que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran tres elementos a saber: i) La actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, ii) La dependencia del trabajador respecto del patrono, la cual otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y revisar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea, ni simplemente ocasional, y, iii) El salario como retribución al servicio.

Y para mayor claridad añade el artículo 3º de ese cuerpo normativo, que el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ni de las modalidades de la labor, ni del tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio donde se realice así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, ni del sistema de pago u otras circunstancias cualquiera. (…)

… el señor Jhon Jairo López García suscribió contrato de prestación de servicios con el Municipio de Pereira, comprometiéndose a prestar sus servicios como oficial de construcción, apoyando a la secretaría de infraestructura en el desarrollo de labores de construcción y rehabilitación de cunetas, huellas, transversales…

Conforme con lo expuesto por los testigos, no hay duda en que los servicios prestados por el señor López García a favor del Municipio de Pereira, lo fueron bajo la continuada dependencia y subordinación que ejercía el ente territorial a través de los funcionarios de la Secretaría de Infraestructura, pues más allá de que no compartieron durante todo el tiempo que prestó sus servicios el accionante, lo cierto es que no solamente lo vieron ejecutando esas actividades en varias de las obras públicas que administra el ente territorial, sino que como trabajadores en esos mismos frentes de trabajo tenían conocimiento de la dinámica en la que se ejecutaban esas actividades y los roles que desempeñaban las partes dentro del plan de reactivación laboral diseñado por el burgomaestre de turno…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL N° 3**

**MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, 26 de agosto de 2020

Acta de Sala de Discusión No 120 de 26 de agosto de 2020

**SENTENCIA ESCRITA**

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos por las partes en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito el 11 de septiembre de 2019, dentro del proceso que promueve el señor JHON JAIRO LÓPEZ GARCÍA en contra del MUNICIPIO DE PEREIRA, cuya radicación corresponde al N° 66001-31-05-003-2019-00050-01.

(…)

**ANTECEDENTES**

Pretende el señor Jhon Jairo López García que la justicia laboral declare que entre él y el Municipio de Pereira existió un contrato de trabajo el 16 de marzo y el 15 de noviembre de 2015 y que como beneficiario de la convención colectiva de trabajo se condene al ente territorial a reconocer y pagar el auxilio de transporte, la dotación de vestido y calzado de labor, las primas de vacaciones, extralegal de junio, de navidad, de alimentación, el auxilio de cesantías y sus intereses; sumas que deberán estar debidamente indexada a la fecha de su cancelación. Pide también que se le reconozca la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 y la devolución de los aportes a la seguridad social. Igualmente solicita que al haber sido despedido sin justa causa se condene al Municipio a nombrarlo como trabajador oficial (obrero grado 01), pero en caso de que ello no salga avante, subsidiariamente solicita que se le reconozca la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST., además de las costas procesales a su favor.

Refiere que prestó sus servicios bajo la continuada dependencia y subordinación del Municipio de Pereira entre las fechas señaladas anteriormente, a pesar de haberse suscrito entre las partes el contrato de prestación de servicios N° 1541 de 2015; las actividades que ejecutó durante ese periodo fueron las de mantenimiento de zonas verdes (podas de formación y realce de árboles en la parte urbana del Municipio, arreglo y mantenimiento de parques y unidades deportivas, abono y fertilización de palmas, árboles, arbustos y plantas en el espacio público de la zona urbana y rural de Pereira, entre otras); esas mismas actividades las ejecutaban los trabajadores oficiales adscritos a la Secretaría de Infraestructura del ente territorial accionado; para realizar esas actividades debió cumplir un horario de trabajo de 7:00 am a 4:00 pm, con una hora para el almuerzo; las herramientas y materiales de trabajo fueron suministrados por el Municipio de Pereira; el salario mensual pactado fue equivalente a la suma de $1.091.000, mientras que un obrero grado 1 de planta que realizaba esas mismas actividades percibía un salario mensual de $1.692.728; las tareas asignadas eran supervisadas por la señora Lina María Fracica; a pesar de no haber pertenecido el sindicato de trabajadores del Municipio, las convenciones colectivas suscritas le son aplicables, por tratarse de la organización sindical que abarca a la mayoría de los trabajadores del ente territorial; el 15 de noviembre de 2015 lo despidieron sin justa causa y sin tener en cuenta que la convención colectiva establece que los trabajadores son contratados a término indefinido, lo que amerita su reintegro en los términos de la convención; elevó la reclamación administrativa el 6 de septiembre de 2016, la cual fue resuelta negativamente el 27 de septiembre de 2016.

Al contestar la demanda -fls.248 a 262- el Municipio de Pereira sostuvo que los servicios prestados por el señor Jhon Jairo López García entre el 16 de marzo y el 15 de noviembre de 2015 no estuvieron regidos por un contrato de trabajo como lo afirma el actor, sino que fueron regulados por un contrato de prestación de servicios amparado por la Ley 80 de 1993, el cual difiere de las actividades que ejecutaba un trabajador oficial de planta del Municipio. Por esas razones, se opuso a las prosperidad de las pretensiones, formulando además las excepciones de mérito que denominó “Prescripción”, “Inexistencia de la obligación”, “Petición de lo no debido”, “Inexistencia de trabajador de planta que cumpla idénticas funciones”, “Inexistencia de vínculo laboral y de las condiciones que permitan inferir la existencia de un contrato de trabajo”, “Improcedencia de beneficios convencionales”, “Inexistencia de sindicato mayoritario”, “Exclusión de relación laboral”, “Buena fe”, “Inexistencia de igualdad”, “Compensación”, “Mala fe del demandante”, “Inoperancia de la sanción por no consignación de las cesantías”, “Improcedencia del nombramiento solicitado” y “La innominada”.

En sentencia de 11 de septiembre de 2019, la funcionaria de primer grado determinó que entre el señor Jhon Jairo López García y el Municipio de Pereira existió un contrato de trabajo a término fijo que finalizó por vencimiento del plazo y que estuvo vigente entre el 16 de marzo y el 15 de noviembre de 2015, al haber quedado demostrada la prestación del servicio, la continuada dependencia y subordinación y la remuneración; estableciendo a continuación que la convención colectiva suscrita entre el sindicato mayoritario de los trabajadores del Municipio de Pereira y el ente territorial, la cual cuenta con su correspondiente nota de depósito, le es aplicable al trabajador.

Al estudiar el contenido de la convención colectiva de trabajo, determinó que el accionante tiene derecho a que se le reconozca el auxilio de transporte, la prima de alimentación, la prima extralegal de junio, la prima de navidad, las cesantías y sus intereses e igualmente reconoció por la vía legal la compensación de las vacaciones, en los montos establecidos en la providencia, tomando como salario mensual la suma pactada en el contrato de prestación de servicios del orden de $1.760.000, señalando que no había lugar a la nivelación salarial solicitada, porque el accionante devengaba mensualmente una suma levemente superior a la que se le reconocía a un obrero grado 1° que era del orden de $1.692.728.

En cuanto la solicitud de nombramiento del señor Jhon Jairo López García como obrero grado 1 del Municipio de Pereira, expresó que esa pretensión era improcedente en la medida en que el juez no puede disponer ese tipo de acciones en los entes territoriales, por cuanto para ello se deben tener en cuenta un sinnúmero de requisitos administrativos y en todo caso porque no está facultada para disponer de la planta de personal del municipio. Respecto a la pretensión subsidiaria, indicó que la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, norma invocada por la parte actora, no era procedente en este tipo de casos al no tratarse de trabajadores del sector privado, sino de un trabajador oficial, esto es, del sector público al cual le son aplicables otro tipo de normas.

Respecto a la sanción moratoria por no consignación a las cesantías, dijo que tampoco era procedente ya que no se demostró en el proceso que el accionante estuviera afiliado al fondo nacional del ahorro, por lo que no es viable la aplicación de este régimen a su favor, indicando que en todo caso al no haberse prolongado el contrato más allá del 14 de febrero del año 2016, ya que finalizó el 15 de noviembre de 2015, la obligación del empleador no sería la de consignar las cesantías, sino pagarlas directamente al trabajador en ese momento, por lo que de una u otra manera se debe negar esa pretensión.

Frente a la devolución de los aportes de la seguridad social, sostuvo que en el plenario no hay prueba del pago de esos rubros por parte del accionante durante la época que duró la relación contractual con el Municipio de Pereira, motivo por el que no es posible acceder tampoco a esa pretensión.

Inconformes con la decisión, los apoderados judiciales de ambas partes presentaron recurso de apelación en los siguientes términos:

La apoderada judicial del actor manifestó que el señor Jhon Jairo López García tiene derecho a la nivelación salarial, pues contrario a lo expresado por la *a quo* la diferencia salarial existente con un obrero de planta del Municipio de Pereira es significativa, ya que mensualmente dejó de percibir $601.728, es decir, un total de $4.813.824 en la vigencia de la relación laboral.

Solicita también que el tema del reintegro del señor López García sea analizado en el curso de la segunda instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de la convención colectiva de trabajo del año 1990, al no haberse agotado el procedimiento convencional previsto para dar por terminado los contratos de trabajo.

Estima que, en su sentir, en este caso, son procedentes las sanciones moratorias previstas en los artículos 65 del CST y 99 de la Ley 50 de 1990, por lo que pide que la Sala de Decisión Laboral acceda a estas dos pretensiones de la demanda.

Por su parte el apoderado judicial del Municipio de Pereira sostiene que los testigos traídos por petición de la parte actora, a pesar de haber prestado también sus servicios a favor del ente territorial, fueron claros en expresar que no compartieron actividades con el señor Jhon Jairo López García, por lo que no era posible tomar por ciertos los dichos de ellos en el sentido de que el accionante estaba sometido a la continuada dependencia y subordinación de la entidad demandada, lo que da al traste con la pretensión principal de la acción consistente en que se declare la existencia de un contrato de trabajo.

En cuanto al tema de la indexación de las sumas reconocidas, considera que solo hay lugar a ella, eventualmente, a partir de la declaratoria de la existencia de la relación contractual.

Finalmente dice que no se encuentra de acuerdo con la condena en costas.

Al haber resultado condenado el Municipio demandado, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

**ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Conforme se dejó plasmado en la constancia emitida por la Secretaría de la Corporación, los apoderados judiciales de las partes hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 279 del CGP consistente en que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente”* y en aplicación del principio de consonancia, baste decir que los apoderados judiciales de las partes reiteraron los fundamentos fácticos y jurídicos que sirvieron de soporte para sustentar sus recursos de apelación.

Atendidas las argumentaciones a esta Sala de Decisión le corresponde resolver los siguientes:

 ***PROBLEMAS JURÍDICOS***

***¿Quedó demostrado que entre el señor Jhon Jairo López García y el Municipio de Pereira existió un contrato de trabajo entre el 16 de marzo y el 15 de noviembre de 2015?***

***De conformidad con la respuesta al interrogante anterior ¿Hay lugar a condenar al Municipio de Pereira a reconocer y pagar a favor del accionante los beneficios convencionales fijados en el curso de la primera instancia, así como los rubros por los conceptos que fueron objeto de apelación por la parte actora?***

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, se considera necesario precisar, el siguiente aspecto:

**EL CONTRATO DE TRABAJO EN LOS TRABAJADORES OFICIALES**

Establece el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945 por medio del cual se reglamentó la Ley 6ª de 1945, que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran tres elementos a saber: i) La actividad personal del trabajador realizada por sí mismo, ii) La dependencia del trabajador respecto del patrono, la cual otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y revisar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea, ni simplemente ocasional, y, iii) El salario como retribución al servicio.

Y para mayor claridad añade el artículo 3º de ese cuerpo normativo, que el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ni de las modalidades de la labor, ni del tiempo que en su ejecución se invierta, ni del sitio donde se realice así sea el domicilio del trabajador, ni de la naturaleza de la remuneración, ni del sistema de pago u otras circunstancias cualquiera.

**EL CASO CONCRETO**

Como se ve a folios 28 a 29 vuelto del expediente, el señor Jhon Jairo López García suscribió contrato de prestación de servicios con el Municipio de Pereira, comprometiéndose a prestar sus servicios como oficial de construcción, apoyando a la secretaría de infraestructura en el desarrollo de labores de construcción y rehabilitación de cunetas, huellas, transversales, actividades de estabilización de vías, obras inscritas dentro del plan de empleo 2015, entre otras; comprometiéndose a ejecutarlo por el término de ocho meses contados a partir del 16 de marzo de 2015, es decir, hasta el 15 de noviembre de la misma anualidad.

Con el objeto de dar detalles sobre los servicios prestados por el actor a favor del Municipio de Pereira, fueron escuchados los testimonios de los señores Luis Alfredo Díaz Puerta y Jesús Arley López Mejía quienes informaron que también prestaron sus servicios a favor del Municipio de Pereira en el año 2015 cuando el Alcalde de la época diseñó el plan de choque contra el desempleo, contratando personal para el cuidado, mantenimiento y rehabilitación de las obras públicas del Municipio de Pereira; que en desarrollo de ese plan fueron contratados tanto ellos como el señor López García, aclarando que el Municipio abrió varios frentes de trabajo debido a la multiplicidad de escenarios que debían ser objeto de esas obras de reparación o mantenimiento, razón por la que ellos, los testigos, no compartieron constantemente actividades con el accionante, pues realmente el señor Díaz Puerta coincidió con el actor en un par de oportunidades, mientras que el señor López Mejía indicó que a pesar de no haber estado al tiempo en las mismas obras a las que remitían a Jhon Jairo, la verdad es que en muchas oportunidades en las que tenía que movilizarse entre las obras, lo vio desempeñando las actividades de adecuación de puentes, pintura de parques recreacionales y mantenimiento de colegios públicos del Municipio; como participes y conocedores de la forma en la que el personal era contratado, incluido el demandante, afirmaron que a todos ellos les correspondía cumplir un horario establecido por el Municipio que iba de lunes a viernes de 7:00 am a 4:00 pm y los sábados hasta el medio día; que para verificar el cumplimiento del horario y de las actividades que les eran asignadas en el mantenimiento y rehabilitación de las obras públicas del Municipio, se designaban varios funcionarios de la planta de la secretaría de infraestructura que daban rondas constantes por cada frente de trabajo; que no tenían la posibilidad de ausentarse de sus puestos de trabajo sin el permiso o visto bueno de esos funcionarios, es decir, que ese control lo hacía el Municipio por medio de empleados de planta asignados a la secretaría de infraestructura, siendo ellos adicionalmente quienes les asignaban los frentes de trabajo, les entregaban las herramientas y elementos para ejecutar esas labores.

Conforme con lo expuesto por los testigos, no hay duda en que los servicios prestados por el señor López García a favor del Municipio de Pereira, lo fueron bajo la continuada dependencia y subordinación que ejercía el ente territorial a través de los funcionarios de la Secretaría de Infraestructura, pues más allá de que no compartieron durante todo el tiempo que prestó sus servicios el accionante, lo cierto es que no solamente lo vieron ejecutando esas actividades en varias de las obras públicas que administra el ente territorial, sino que como trabajadores en esos mismos frentes de trabajo tenían conocimiento de la dinámica en la que se ejecutaban esas actividades y los roles que desempeñaban las partes dentro del plan de reactivación laboral diseñado por el burgomaestre de turno; razones por las que se confirmará la decisión de declarar la existencia del contrato de trabajo entre el 16 de marzo y el 15 de noviembre de 2015, al haber sido ese el periodo establecido en el contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes -fls.28 a 29 vto.-.

En lo concerniente a la nivelación salarial con un obrero grado 1 de planta del Municipio de Pereira, como se solicita en la demanda -fls.2 a 27- y en el recurso de apelación presentado por la parte actora, preciso resulta indicar que no existe la posibilidad de que prospere, por cuanto como se ve en el contrato de prestación de servicios, las partes pactaron como remuneración mensual la suma de $1.760.000, suma que resulta superior a la que devengaba un obrero grado 1, pues como se ve en la certificación emitida el 13 de febrero de 2017 por el ente territorial accionado -fl. 31-, para el 2015 esos trabajadores oficiales del Municipio percibían mensualmente la suma de $1.692.728, lo que muestra que el accionante recibía en ese mismo periodo una diferencia a su favor de $67.272, siendo por tanto acertada la decisión de la *a quo* en este punto.

Respecto a la aplicación de la convención colectiva de trabajo vigente para la fecha en que él accionante prestó sus servicios a favor del Municipio de Pereira visible a folios 41 y siguientes del plenario, se debe señalar que la misma fue suscrita por el sindicato de trabajadores oficiales del Municipio de Pereira, que como su nombre lo indica, alberga única y exclusivamente a ese tipo de servidores públicos y no en conjunto a empleados públicos como lo sugiere la entidad demandada al dar respuesta a la demanda, por lo que la comprobación de ser un sindicato mayoritario debe efectuarse solamente frente a la totalidad de los trabajadores oficiales del Municipio; calidad que en efecto ostenta, pues como lo certifica la Directora Administrativa de Talento Humano de la Secretaría de Gestión Administrativa del ente territorial -fl. 39- para el año 2015 el número de trabajadores oficiales del Municipio eran 262, estando todos afiliados a esa organización sindical, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 471 del CST, los beneficios establecidos en la convención colectiva de trabajo 2014-2016, que dicho sea de paso contiene la correspondiente nota de depósito ante el Ministerio de Trabajo, le son extensibles al señor Jhon Jairo López García como también lo determinó el juzgado de conocimiento.

Conforme con lo expuesto, se pasará a definir si el accionante tiene derecho a percibir las prestaciones convencionales y la compensación por vacaciones de orden legal que fueron fijadas en el curso de la primera instancia.

En este sentido al estudiar la convención colectiva vigente para los años 2014 a 2016, que compila los acuerdos convencionales suscritos entre el municipio de Pereira y el sindicato de sus trabajadores desde el año 1972, se evidencia que todas ellas se encuentran incorporadas a favor de los trabajadores, pero con las condiciones allí dispuestas, por lo que se pasará a analizar si el trabajador cumple con las exigencias de cada uno de ellas para ser incorporadas a su patrimonio, así como la compensación por vacaciones de orden legal fijada en el curso de la primera instancia, siendo del caso advertir que los derechos que de allí se puedan derivar no se encuentran cobijados por el fenómeno de la prescripción, por cuanto la reclamación administrativa fue elevada por el señor López García el 6 de septiembre de 2016 y radicada por el Municipio de Pereira bajo el N° 42080, la cual fue respondida negativamente el 27 de septiembre de 2016 -fls. 34 a 38-, habiéndose interpuesto la demanda dentro de los tres años siguientes, más exactamente, el 8 de febrero de 2019 -fl. 231-; procediéndose en consecuencia a concretar cada uno de los derechos, así:

**AUXILIO DE TRANSPORTE.**

Según el compendio normativo bajo estudio, tienen derecho a esta prestación económica los trabajadores que devenguen menos de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y como el señor López García percibía mensualmente para el año 2015, 2.73 SMLMV, tiene derecho a su reconocimiento. Para su liquidación debe tenerse en cuenta al auxilio de transporte convencional de $12.535, se le debe incrementar el porcentaje establecido por el Gobierno Nacional para el año 1993 más 4 puntos adicionales y a partir del año 1994 se incrementará únicamente en el porcentaje determinado por el Gobierno Nacional.

Al realizar ese ejercicio, se concluye que el auxilio convencional para el año 2015 ascendía a la suma de $127.839 mensuales, es decir, que, por los ocho meses de servicios prestados en esa anualidad, tiene derecho el actor a que se le reconozca la suma de $1.022.712 y no la suma de $1.264.160 fijada por la *a quo.*

**PRIMA DE ALIMENTACIÓN.**

A partir de la convención colectiva 1998 - 2000 se les reconoció a los trabajadores oficiales del Municipio por ese concepto siete días de salario mínimo convencional, sin embargo, como se aprecia en las actas de negociación de la convención colectiva 2014 - 2016 -fls. 899 a 929- los negociadores del sindicato propusieron que para todos los efectos legales y convencionales se adoptara como salario mínimo convencional de los trabajadores oficiales del municipio la suma de $1.491.009, aplicándosele a esa cifra los incrementos salariales que se pactasen en esa convención colectiva, no obstante, los negociadores del Municipio no aceptaron esa propuesta, lo que llevó a que las partes de común acuerdo consignaran en la cláusula 2 de la convención colectiva 2014 - 2016 que el Municipio en adelante se abstendrá de vincular trabajadores oficiales mediante la figura de salario de enganche o remuneración inferior a la que actualmente está vigente como salario base para los obreros del municipio; por lo que al no tenerse conocimiento de cuál es la asignación mensual base del obrero con menor rango del municipio, se realizará la liquidación de esta prestación económica con base en el mínimo legal mensual vigente y no con el salario devengado por el actor como lo efectuó el Juzgado Tercero Laboral del Circuito.

Así las cosas, como el SMLMV del año 2015 era del orden de $644.350, siete días de salario mensual equivalen a $150.348, que multiplicados por los 8 meses de servicios arrojan la suma de $1.202.784 y no la cifra de $3.285.333 como lo determinó el Juzgado.

**PRIMA EXTRALEGAL DE JUNIO.**

Según la compilación de la convención colectiva, tienen derecho los trabajadores a percibir a 30 de junio de cada año, 30 días de salario proporcionales por los servicios prestados, lo que implica que por los 105 días de servicios prestados entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2015, tiene derecho el accionante a que se le reconozca la suma de $1.026.667 y no la suma de $1.760.000 fijada en la primera instancia.

**PRIMA DE NAVIDAD**

Incorporó la convención colectiva del año 1995 la prima de navidad, señalando que ella se cancelará en **los primeros diez días del mes de diciembre de cada anualidad**, correspondiendo a 36 días, debiéndose liquidar en la forma establecida en el artículo 33 del Decreto 1045 de 1978 (factores salariales base de liquidación), sin embargo, como el contrato de trabajo finalizó el 15 de noviembre de 2015, es decir, no estaba activo por lo menos para el 1° de diciembre de 2015,  no tiene derecho a que se le reconozca dicha prestación, pues nótese que en la norma convencional no se determina que la misma deba cancelarse en forma proporcional por los servicios prestados; razón por la que no era posible que la falladora de primera instancia la reconociera.

**AUXILIO DE CESANTÍAS**

En ese aspecto prevé el acuerdo convencional, que tendrán derecho los trabajadores del municipio a que se les reconozca y pague el auxilio de las cesantías en los términos establecidos en la Ley y teniendo en cuenta los factores salariales previstos en el artículo 45 del Decreto Ley 1045 de 1978.

Al respecto 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, con un salario base de $1.945.458, producto del salario más las doceavas del auxilio de transporte y la prima de alimentación (factores salariales), tiene derecho a que se le reconozca por ese concepto la suma de $1.296.972 y no la suma de $1.698.001 establecida por la *a quo*.

**INTERESES A LAS CESANTÍAS.**

A partir de la vigencia de la convención colectiva 1991 - 1992, se reconoció a favor de los trabajadores del municipio de Pereira los intereses a las cesantías en la forma establecida en la Ley, por lo que tiene derecho el señor López García a que se le reconozca por este concepto la suma de $103.758 y no la suma de $135.840 determinada en la primera instancia.

**COMPENSACIÓN DE VACACIONES LEGALES.**

De acuerdo con lo señalado en los artículos 8º del Decreto 3135 de 1968, y 47 y 48 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969 y 17 del Decreto 1045 de 1978, tiene derecho el actor a que se le reconozcan 15 días de vacaciones proporcionales a los 240 días de servicios prestados en el año 2015, teniéndose en cuenta para la liquidación, además de la asignación básica, el auxilio de transporte y de alimentación; por lo que con una base salarial de $1.945.458, tiene derecho el demandante a que se le reconozca a título de compensación por vacaciones la suma de $648.486 y no la suma de $776.229 fijada por la *a quo*.

Conforme con lo hasta aquí expuesto, se modificará el ordinal quinto de la sentencia objeto de estudio.

**SOLICITUD DE REINTEGRO.**

En cuanto a esta petición efectuada por la apoderada judicial de la parte actora en la sustentación del recurso de apelación, se debe recordar que dentro de la totalidad de las pretensiones de la demanda no se solicitó la declaratoria de reintegro a favor del señor Jhon Jairo López García, por lo que a pesar de que en el hecho vigésimo de la acción -fls. 2 a 27- se haya planteado que la finalización del contrato de trabajo del demandante no siguió el derrotero establecido en la convención colectiva, lo que ameritaría el reintegro laboral en las mismas condiciones que lo venía haciendo, lo cierto es que quien estaba facultada para analizar el tema y proferir una condena bajo las facultades extra y ultra petita era la sentenciadora de primera instancia, por lo que al no haber hecho uso de esas facultades, cerró la posibilidad de que en esta sede se analizara ese punto, pues como bien es sabido por imperativo legal esas facultades no le fueron otorgadas a los jueces de segunda instancia, pues de hacer caso omiso a ello, se vulneraría el legítimo derecho de defensa de la parte demandada, quien no tendría la posibilidad de controvertir esa decisión por medio del recurso de apelación.

**LA SANCIÓN MORATORIA.**

Frente a esta punto de apelación de la parte actora, vale tener en cuenta que esa pretensión fue formulada de manera subsidiaria ante la posibilidad de que no se accediera a la pretensión principal consistente que se ordenara el nombramiento del señor Jhon Jairo López García como obrero grado 1° del municipio de Pereira, a la cual efectivamente la falladora de primera instancia no accedió, lo que otorga la posibilidad de que sea analizada en esta sede, máxime si se tiene en cuenta que la decisión sobre la pretensión principal no fue objeto de reclamo por la parte interesada al interponer el recurso de apelación.

Ahora, sea lo primero indicar, que si bien el señor López García peticionó en la demanda que al no habérsele cancelado 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., y si bien, 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 es menos cierto que 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”.*

Bajo ese panorama acreditado se encuentra que el Municipio de Pereira le adeuda al actor sumas de dinero correspondientes a prestaciones sociales, lo que trae como consecuencia que se abra la posibilidad de que se le condene a cancelar la sanción correspondiente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de las obligaciones, a menos que, como lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, la entidad accionada acredite que esa omisión tuvo ocurrencia en conductas que puedan ser ubicadas en el plano de la buena fe; no obstante, en este proceso el Municipio de Pereira no trajo prueba alguna que pudieran llevar a esta Corporación a concluir que su comportamiento estuvo revestido de buena fe, motivo por el que habrá de fulminarse condena en contra de esa entidad por dicho concepto.

Así las cosas, como el accionante para el momento en que finalizó el contrato de trabajo devengaba mensualmente la suma de $1.760.000, se condenará al Municipio de Pereira a que reconozca y pague a partir del 16 de febrero de 2016 y hasta que se verifique el pago total de la obligación, la suma diaria de $58.667; siendo del caso manifestar que no hay lugar a reconocer la indexación de las sumas reconocidas, pues como bien lo ha establecido la Sala de Casación Laboral desde sentencia de 8 de abril de 1991, Rad. 4.087, la misma solo es viable en la medida en que en el caso no se aplique otro tipo de compensación de perjuicios por la mora, como son precisamente las sanciones previstas en el artículo 65 del C.S.T y en el Decreto 797 de 1949.

**LA SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS.**

Prevé el artículo 1º del Decreto 1582 de 1998 que el régimen de  liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.

Como el demandante afirma que era deber del empleador consignarle las cesantías en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y al no haberlo hecho le es aplicable la sanción moratoria dispuesta allí, le correspondía entonces acreditar que se encontraba afiliado a un fondo privado de cesantías, sin embargo, esa situación no se encuentra demostrada en el proceso, motivo por el que no es dable imponerle la mencionada sanción, siendo del caso manifestar que de haber quedado probada la referenciada afiliación, tampoco habría lugar a acceder a esa pretensión, ya que no puede perderse de vista que la relación laboral se extendió entre el 16 de marzo y el 15 de noviembre de 2015, es decir, no se mantuvo hasta el 14 de febrero de 2016, lo que indica que no era deber del Municipio consignar la prestación económica en un fondo privado, sino que su deber era el de cancelársela en el momento en el que finalizó el contrato de trabajo.

Finalmente, en lo atinente a la condena en costas de primera instancia tasadas en un 80% a favor del señor Jhon Jairo López García, encuentra la Sala que la misma se ajusta al número de pretensiones que salieron a su favor, por lo que no hay lugar a disponer su modificación.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral Nº 3 del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. MODIFICAR** el ordinal QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, el cual quedará así:

*“****QUINTO. CONDENAR*** *al MUNICIPIO DE PEREIRA a cancelar a favor del señor JHON JAIRO LÓPEZ GARCÍA las siguientes sumas de dinero:*

*a. Por concepto de auxilio de transporte la suma de $1.022.712*

*b. Por concepto de prima de alimentación la suma de $1.202.784*

*c. Por concepto de prima extralegal de junio la suma de $1.026.667*

*d. Por concepto de auxilio de cesantías la suma de $1.296.972*

*e. Por concepto de intereses a las cesantías la suma de $103.758*

*f. Por concepto de compensación legal de vacaciones la suma de $648.486*

**SEGUNDO. ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito, en el sentido de **CONDENAR** al MUNICIPIO DE PEREIRA a reconocer y pagar a favor del señor JHON JAIRO LÓPEZ GARCÍA por concepto de sanción moratoria prevista en el Decreto 797 de 1949, la suma diaria de $58.667 a partir del 16 de febrero de 2016 y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

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

Sin costas en esta sede.

Notifíquese por estado y a los correos electrónicos de los apoderados de las partes.

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Ponente

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

Magistrada Magistrada