

CONSTANCIA SECRETARIAL: Se deja en el sentido que, transcurrido el término para presentar alegatos de conclusión, ambas partes guardaron silencio.

Pereira, 16 de diciembre de 2022

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

Sin necesidad de firma Artículo 2, inciso 2 Decreto Presidencial 806 de 2020 y artículo 28 del Acuerdo PCSJA20-11567

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-01
Proceso: Ordinario Laboral
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.
Juzgado: Primero Laboral del Circuito de Pereira

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA
SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL

Magistrada Ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

Pereira, Risaralda, veintitrés (23) de enero dos mil veintitrés (2023)

Acta No. 06 del 19 de enero de 2023

Teniendo en cuenta que el artículo 15 del Decreto No. 806 del 4 de junio de 2020, adoptado como legislación permanente por medio de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, 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 Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, integrada por las Magistradas ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN, como Ponente, y OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA, y el Magistrado GERMÁN DARÍO GOEZ VINASCO, procede a proferir la siguiente sentencia escrita dentro del proceso ordinario laboral instaurado por **Gerardo Luis Tapasco García** en contra del **Municipio de Pereira**.

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

PUNTO A TRATAR

Por medio de esta providencia procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el Municipio de Pereira, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto en su favor en la sentencia proferida el 17 de febrero de 2022 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira. Para ello se tiene en cuenta lo siguiente:

1. LA DEMANDA Y LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El señor GERARDO LUIS TAPASCO GARCÍA pretende que se declare que, al tenor de los hechos de la demanda, sostuvo un contrato de trabajo con el MUNICIPIO DE PEREIRA, que finalizó sin justa causa. En tal virtud, reclama el pago del reajuste de su salario, al nivel de un obrero del municipio, el auxilio de transporte, la dotación, prima de vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, prima de alimentación y la sanción moratoria por la falta de consignación de sus cesantías, lo mismo que la sanción moratoria por la falta de pago de salario y prestaciones sociales.

Para el efecto, afirma que fue contratado por el Municipio de Pereira para trabajar en condición de obrero y que prestó sus servicios a dicha entidad entre el 09 de junio y el 23 de diciembre de 2015, mediante el contrato de prestación de servicio No. 2023 de 2015. Agrega que durante ese lapso lo ocuparon en labores de mantenimiento de zonas verdes, principalmente en podas y realce de árboles en la zona urbana del municipio, arreglo y mantenimiento de parques y unidades deportivas, abono y fertilización de palmas, árboles y arbustos, mantenimiento, adecuación y arreglo de jardines y siembras, mantenimiento de separadores viales de avenidas, etc.; que dichas tareas también eran cumplidas por trabajadores

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

oficiales adscritos al ente municipal y que las labores encomendadas las debía realizar en horario de 07:00 am a 04:00 pm, con una hora de descanso para descansar, recibiendo como contraprestación la suma mensual de \$1.140.000. Finalmente, señala que, aunque no estuvo afiliado al Sindicato de Trabajadores del Municipio de Pereira, al ser una organización sindical de carácter mayoritario, tal como lo certifica la misma entidad, tiene derecho al reconocimiento de todas las prerrogativas convencionales que se le aplican a los trabajadores oficiales de planta de la entidad demandada.

En respuesta a la demanda, el Municipio de Pereira se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones en su contra, aduciendo que, conforme a la ley aplicable al caso, al demandante no se le asiste derecho alguno, puesto que nunca tuvo una relación laboral con la entidad y las tareas que desarrolló fueron en cumplimiento de órdenes de prestación de servicios, conforme a lo reglado en la Ley 80 de 1993. Como formula de la defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó: *“inexistencia de la obligación demandada, prescripción, buena fe, exoneración de indemnizaciones y la innominada”*.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La *a-quo* determinó que entre el demandante y el Municipio de Pereira existió una relación laboral ejecutada entre el 09 de junio y el 23 de diciembre de 2015, en la que el demandante había ostentado la calidad de trabajador oficial, siendo beneficiario de las convenciones colectivas vigentes en el tiempo de vinculación. En consecuencia, condenó a la demandada al pago de las siguientes sumas: reajuste de salario \$3.592.732; auxilio de cesantías \$1.892.420, intereses \$123.007, prima de vacaciones \$1.436.468, prima de alimentación \$1.974.849 y prima de navidad \$3.317.629. Igualmente, la condenó al pago de la suma de \$66.354.938, correspondiente a \$56.424 diarios, calculados entre el 24 de marzo de 2016 y el 28

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

de junio de 2019, fecha en que se verificó un depósito judicial a la orden del proceso. De igual forma autorizó descontar de la condena la suma de \$1.666.666 consignados a órdenes del proceso por la entidad demandada y la condenó en costas en un 80%, fijando las agencias en \$3.981.051

3. RECURSO DE APELACIÓN Y PROCEDENCIA DE LA CONSULTA

La apoderada judicial del Municipio de Pereira atacó el fallo reiterando que la vinculación que ató a las partes atendió a lo establecido en el artículo 32 de la ley 80 de 1993, dado que fue una vinculación de corta duración (junio a diciembre de 2015), donde el actor era autónomo e independiente en sus funciones y en el que se pactó una remuneración global, dividida en pagos mensuales. Finalmente, argumentó que la indemnización moratoria debía respetar el plazo de 90 días consagrado en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, indicando que, si el vínculo finalizó en diciembre de 2015, esta debía causarse desde el 1 de abril de 2016. Al haber resultado condenado el Municipio demandado, se dispuso también el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN/ CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Conforme se dejó plasmado en la constancia de Secretaría, las partes dejaron transcurrir en silencio el plazo otorgado para presentar alegatos de conclusión. Por su parte, el Ministerio Público no emitió concepto en el presente asunto.

5. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

El problema jurídico se circunscribe a determinar si el demandante prestó servicios personales, subordinados y remunerados a favor del municipio demandado,

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

y, en consecuencia, si hay lugar a las condenas impuestas en sede de primera instancia.

6. CONSIDERACIONES

6.1. 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 desdican de la realidad (ver, entre otras, la sentencia C-665/98).

La legislación laboral, en consonancia con el aludido principio constitucional, perfija 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 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

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

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).

6.2. De la categoría de Trabajador Oficial

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 1968¹ 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, tal como

¹ Reglamentado por el Decreto 1843 de 1969

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

preceptúa el artículo 42 de la Ley 11 de 1986², respecto de los trabajadores oficiales, en el orden municipal.

6.3. Extensión de la convención colectiva de trabajo a los trabajadores del Municipio.

De conformidad con el artículo 471 del C.S.T., 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 extenderán a todos los trabajadores de la misma, independientemente de si estos están o no sindicalizados.

Cabe agregar que en aquellos eventos en que el empleador (empresa) sea una entidad pública o un organismo del Estado, para verificar el cumplimiento del requisito de orden cuantitativo que permite establecer la calidad mayoritaria de un sindicato, únicamente se contabilizará el número de servidores públicos vinculados a la administración mediante contrato de trabajo, es decir, solo aquellos que tenga una relación contractual con la administración, en la medida que los demás servidores, de conformidad con el artículo 125 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 5 del Decreto Ley 3135 de 1968, sostienen una relación legal y reglamentaria con el Estado (en régimen de carrera, en libre nombramiento y remoción o en un cargo de elección popular), es decir, se encuentran vinculados con la administración mediante acto administrativo de nombramiento, precedido de la respectiva acta de posesión, y aunque pueden asociarse libremente a sindicatos de empleados públicos (salvo los miembros de la fuerza pública), de conformidad con los artículos 39 constitucional y 414 del C.S.T., no pueden negociar con la entidad convenciones o pactos colectivos de trabajo, destinados a mejorar los privilegios

² Reglamentado por el Decreto Ley 1333 de 1986

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

mínimos consignados en la ley en materia salarial y prestacional, por expresa prohibición de la ley, puntualmente, los artículos 10 y 12 de la Ley 4ª de 1992 y el párrafo 2, artículo 5 del Decreto 160 de 2014, compendiado en los artículos 2.2.2.2.4.2. y 2.2.2.4.4. del Decreto 1072 de 2015, sin perjuicio de la posibilidad de que puedan celebrar acuerdos laborales relacionados con la calidad de vida laboral, como el mejoramiento de las condiciones en el puesto de trabajo y el ambiente laboral, medidas para mejorar el bienestar físico, mental y social de los empleados, adopción de programas de capacitación y estímulos (atendiendo las restricciones contenidas), etc., tal como previene el convenio 151 de la OIT (convenio sobre las relaciones de trabajo en la administración pública).

Por lo anterior, aunque empleados públicos y trabajadores oficiales pertenecen al género de servidores públicos (o trabajadores del Estado), no son iguales, ya que pertenecen a categorías que el constituyente ha querido diferenciar, en la medida que solo los trabajadores oficiales tienen la posibilidad de presentar pliegos de peticiones, celebrar convenciones para regular su relación laboral y declarar huelga, *"salvo en entidades encargadas de prestar servicios públicos que la ley califique como esenciales"* (sentencia C-110 de 1994), de conformidad con el artículo 416 del C.S.T., de modo que, a la hora establecer si una convención colectiva celebrada con determinado sindicato puede hacerse extensiva a todos los trabajadores (sindicalizados o no) de una entidad u organización pública, ha de verificarse si dicho sindicato agrupa al menos a la tercera parte de los trabajadores oficiales de dicha entidad, puesto que la misma ley excluye a los empleados públicos de la posibilidad de celebrar convenciones colectivas y sus actuaciones sindicales se enmarcan dentro de las limitaciones consagradas por la ley respecto al nexo jurídico de sus afiliados para con la administración.

6.4. Caso concreto.

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

En primer término, alega el Municipio demandado de que la vinculación contractual entre las partes estuvo inmerso en los presupuestos de contratación establecidos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, especialmente por la corta duración del contrato (6 meses y 15 días), empero, no debe perderse de vista que la misma disposición previene que se puede acudir a esta modalidad de contratación cuando se requiera conocimientos especializados o cuando no puedan realizarse con el personal de planta, circunstancias que no fueron comprobadas por el ente demandado en este caso, ya que, conforme lo expresaron los testigos Luis Alfredo Díaz y Jorge Enrique Vélez Giraldo, ambos compañeros del demandante en el 2015, el actor como obrero debía desechar los escombros derivados de la poda y guadaña en parques y barrios del Municipio de Pereira, es decir, desarrollar actividades generales que distan de un conocimiento especializado, sin que el ente territorial hubiera probado que el proyecto del objeto contractual, esto es, la *“prestación de servicios de apoyo para la realización de actividades necesarias para la ejecución del proyecto de mejoramiento del espacio público en el Municipio de Pereira”*, se hubiere ejecutado únicamente por el término que duró el contrato (09 de junio al 23 de diciembre de 2015, conforme se desprende de las actas de inicio y de recibo parcial del contrato No. 2023 del 09 de junio de 2015³), pues la labor de mejoramiento del espacio público es inherente a las labores que ejecutan los trabajadores oficiales del ente territorial, tal como se desprende del artículo 42 de la Ley 11 de 1986.

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, desplegada

³ Archivo 30 del expediente digitalizado.

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

por el supervisor Oscar del Rio, quien a su vez recibía ordenes diariamente de Henry Cabrera como director de parques y arborización del ente municipal, por medio de acciones como la imposición diaria de funciones, cumplimiento de un riguroso horario (7:00 a.m. y las 4:00 p.m. y los sábados de 7:00 a.m. a 12:00 p.m.), asignación del lugar de trabajo, entrega de herramientas de trabajo de propiedad del Municipio, solicitud de permisos para ausentarse, la imposibilidad de ejecutar las funciones a través de terceros, entre otras; actividades por las cuales percibía la suma mensual de \$1.140.000, conforme se desprende de las actas de recibo parcial del contrato No. 2023 del 09 de junio de 2015.⁴

Por lo anterior, se confirmará la declaración de la existencia del contrato de trabajo y, en consecuencia, se revisará la cuantificación de las condenas incluyendo la calenda de causación de la sanción moratoria recurrida por el ente territorial, manifestando que, sobre las mismas no ha operado el fenómeno extintivo de la prescripción, en tanto la relación laboral finiquitó el 23 de diciembre de 2015, el actor presentó la reclamación administrativa el 30 de septiembre de 2016⁵, y la demanda el 19 de octubre de 2018⁶, esto es, dentro de los tres años siguientes a la reclamación, la cual, a su vez, también se presentó dentro del respectivo trienio.

6.4.1. Cuantificación de las condenas

En cuanto a la revisión de las condenas, es menester analizar si el sindicato de trabajadores del Municipio de Pereira tenía la calidad de mayoritario y, en tal virtud, le eran aplicables los beneficios convencionales sentados en primera instancia.

⁴ Archivo 30 del expediente digitalizado.

⁵ Página 9 del archivo 04 del expediente digitalizado.

⁶ Archivo 05 del expediente digitalizado.

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

Pues bien, revisadas una a una las convenciones colectivas aportadas con la demanda⁷, que exhiben el respectivo sello de depósito ante la autoridad del trabajo, para que sean extensivas a la totalidad de trabajadores oficiales, como de antaño lo ha establecido esta Sala, la organización sindical debe agrupar más de la tercera parte de los trabajadores del Municipio, en atención al artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo.

A efectos de constatar el presupuesto legal, obra en el proceso certificación del 18 de diciembre de 2015⁸, en la que se consagra que *“el número de trabajadores oficiales activos a la fecha es de 262, mismos que se encuentran en su totalidad afiliados al sindicato de trabajadores del Municipio de Pereira, siendo este un Sindicato Mayoritario”* información suficiente para concluir que el sindicato de trabajadores del Municipio de Pereira para el año 2015 era mayoritario por agrupar más de la tercera parte de los trabajadores oficiales.

Por lo anterior se ratifica en sede de consulta la procedencia de las pretensiones ligadas a la existencia de la convención colectiva.

Reajuste de salario: Sobre este punto, en respuesta a la reclamación administrativa, mediante oficio No. 42301 del 13 de octubre de 2016⁹, el ente demandado indicó que el salario mensual devengado por un obrero en el año 2015 ascendía a la suma de \$1.692.728 y, según oficio No. 4434 del 13 de febrero de 2017¹⁰, *“los obreros, estos son vinculados mediante contrato de trabajo, aclarando que los obreros no desempeñan funciones, sino actividades”*. De conformidad con las actas de inicio y de

⁷ Páginas 21 a 235 del archivo 04 del expediente digitalizado.

⁸ Página 19 del archivo 04 del expediente digitalizado.

⁹ Páginas 13 a 18 del archivo 04 del expediente digitalizado.

¹⁰ Página 5 del archivo 04 del expediente digitalizado.

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

recibo parcial del contrato No. 2023 del 09 de junio de 2015, el demandante recibía pagos mensuales por valor de \$1.140.000.

Asimismo, no cabe duda de que el actor ejercía idénticas actividades a las realizadas por un obrero, en tanto los testigos precisaron que los obreros ejecutaban actividades de pavimentación, “volar” pico y pala, bajar postes pesados, entre otras, que son las mismas que se precisan en los informes de actividades, aunado a que, en la certificación del 12 de febrero de 2022, antes referenciada, se expone que “los obreros no desempeñan funciones, sino actividades”.

Por lo anterior, el demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la correspondiente diferencia salarial, que, según, los cálculos efectuados por la Sala, asciende a la suma de **\$3.574.307**, tal como se ve en la siguiente tabla:

Desde	Hasta	asignación básica	Días	Salario obrero	dif. Mes	Valor adeudado
09-jun-15	23-dic-15	\$ 1.140.000	194	\$ 1.692.728	\$ 552.728	\$3.574.307

Teniendo en cuenta que la sentenciadora de primer grado condenó al pago de \$3.592.732, suma un poco superior a la calculada en esta sede judicial, se modificará el monto en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Prima de alimentación: Dispone el artículo 1.3 de la convención colectiva 1998-2000, que la prima de alimentación equivale a 7 días de salario mínimo convencional, anualmente o por fracción según el tiempo laborado, en este sentido el actor tiene derecho a **\$212.844** y no a \$1.974.849, conforme se estableció por la *a-quo*, en razón de lo cual este punto de la sentencia también será modificado.

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

Cesantías e intereses a las cesantías: Según el numeral 5 de la convención de 1998-2000, las cesantías se reconocen teniendo en cuenta los factores salariales del artículo 45, decreto Ley 1045/78, por cada año de servicio prestado, asimismo los intereses a las cesantías se encuentran consagrados en el punto 16 de la convención 1991-1992, que dispone la obligación de pagarlos según la ley 1045/78.

En este sentido, se modificará este aspecto de la sentencia debido a que el trabajador tiene derecho a que se le reconozca por dicho concepto la suma de **\$1.001.884**, y no \$1.892.420 por cesantías, y de **\$120.226** por intereses, suma también superior a la determinada por el mismo concepto en primera instancia (\$123.007), conforme a la siguiente liquidación:

Desde	Hasta	Asignación básica	Dias	Auxilio de transporte	cesantías	intereses
09-jun-15	23-dic-15	\$ 1.692.728	194	\$ 166.439	\$1.001.884	\$120.226

Prima de vacaciones: Contenida en el numeral 5.3 de la Convención 1991-1992, reconoce 47 días de salario al momento de la causación. Ahora, según el Decreto 1045 de 1978, tienen derecho a percibir esta prima los servidores que cumplan un año al servicio de la entidad y que vayan a empezar el disfrute de las vacaciones. Dicha prestación se liquida de acuerdo con los mismos factores salariales señalados para las vacaciones¹¹. Así, realizadas las liquidaciones correspondientes desde el 09-06-2015 con corte al 23-12-2015, estas ascienden a la suma de \$1.429.101, suma que resulta un poco inferior a la calculada en primera instancia,

¹¹ Dec. 1045/78. Art. 17. Para efectos de liquidar tanto el descanso remunerado por concepto de vacaciones como la prima de vacaciones, se tienen como factores de salario Asignación básica, auxilio de transporte, factores como los incrementos de remuneración arts. 49 y 97 del DL-1042/78 (Inc, antigüedad), gastos de representación, prima técnica, auxilio de alimentación, prima de servicios y bonificación por servicios prestados.

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

de modo que también este punto de la condena también será modificado en esta sede consulta.

Prima de navidad: Establecida en la convención colectiva del año 1994, 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, artículo 33, que sobre el tema dispone, en lo que interesa a la liquidación de esta prestación, que para el reconocimiento y pago de la prima se tendrán en cuenta los siguientes factores: 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;* c) *Los gastos de representación;* d) *La prima técnica;* e) *Los auxilios de alimentación y transporte;* f) *La prima de servicios y la de vacaciones;* g) *La bonificación por servicios prestados.* Sin embargo, como la norma convencional no señala la manera de liquidar tal prestación en aquellos eventos en que el trabajador no hubiere servido durante todo el año civil, ello obliga a que la liquidación se remita al artículo 17 del Decreto 1101 de 2015, que sobre la materia dispone: “*cuando el empleado público o trabajador oficial no hubiere servido durante todo el año civil, tendrá derecho a la mencionada prima de navidad en proporción al tiempo laborado, que se liquidará y pagará con base en el último salario devengado, o en el último promedio mensual, si fuere variable*”.

De acuerdo con las anteriores previsiones, el actor tiene derecho al pago de las sumas de \$1.345.171 y no de \$3.317.629, de modo que este punto también será objeto de modificación en esta instancia, conforme a la siguiente tabla.

Desde	Hasta	Asignación básica	Días	Auxilio de transporte	Prima de vacaciones	intereses
09-jun-15	23-dic-15	\$ 1.692.728	194	\$ 166.439	\$1.429.101	\$120.226

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

Sanción moratoria: Se ha precisado jurisprudencialmente que la imposición de la indemnización moratoria establecida en el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 no es automática ni inexorable, sino que en cada caso concreto el juez debe examinar las circunstancias particulares que rodearon la conducta del empleador de no pagar los salarios y prestaciones, pues puede darse el caso de que el empleador demuestre razones atendibles que justifiquen su omisión, y en tal evento no habría lugar a la condena por no hallarse presente su mala fe.

En el caso objeto de estudio, bien se ve que las circunstancias que rodearon la relación contractual 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, pues las actividades desarrolladas por el demandante eran tareas propias de un trabajador oficial de planta, las cuales fueron ejecutadas precisamente con el fin de implementar servicios de apoyo en el desarrollo de un proyecto de implementación de programas de generación de empleo, por medio de la secretaria de infraestructura, en el desarrollo de labores de construcción, rehabilitación y mantenimiento de jardines, parques, andenes, todo ello bajo la continua dependencia y subordinación de la entidad demandada; sin que el ente territorial haya podido demostrar que el actor prestó labores especializadas o en razón de un déficit de personal, por lo que cabe concluir que la relación que se ocultó bajo la denominación de contrato de prestación de servicios, tuvo como propósito eludir el cumplimiento de obligaciones legales y contractuales 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 23 de diciembre de 2015, la sanción moratoria correrá a partir del 23 de marzo de 2016,

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

a razón de un día de salario por cada día de retardo y hasta el 28 de junio de 2019, fecha en que la entidad efectuó depósito judicial a la orden del proceso (archivo 28) (1192 días), tal como acertadamente lo determinó la jueza de primera instancia, obligación que equivale a la suma diaria de \$ 58.424, teniendo en cuenta que al momento en que finalizó el contrato el salario del demandante ascendía a la suma de \$1.692.728, lo cual arroja como cifra definitiva la suma de \$69.641.408, monto superior al calculado en primera instancia, de modo que dicha condena no sufrirá variación alguna en esta instancia.

Por otra parte, se duele la recurrente de que la sanción moratoria debió interponerse desde el 1 de abril de 2016, tomando como fecha del finiquito contractual el 30 de diciembre de 2015, no obstante, conforme se desprende de las actas de inicio y de recibo parcial del contrato No. 2023 del 09 de junio de 2015¹², el actor prestó los servicios desde el 9 de junio hasta el 23 de diciembre de 2015, en virtud de lo cual, el término de gracia para el pago de las prestaciones adeudadas con que contaba el Municipio feneció el 23 de marzo de 2016, iniciando la causación de la sanción moratoria desde el 24 de marzo de 2016, conforme lo sentó correctamente la *a-quo*.

Ahora, pese a que no fue objeto de alzada, no puede desconocer la Corporación que la falladora de instancia fijó erradamente las agencias en derecho en la sentencia objeto de estudio, ya que según prevé el artículo 366 del Código General del Proceso dicha etapa procesal se dispuso una vez ejecutoriada la providencia que le ponga fin al proceso o se notifique el auto de obediencia a lo dispuesto por el superior. Así las cosas, con el fin de proteger los derechos de contradicción y defensa de las partes procesales, que en este aspecto solo pueden ser ejercidos frente al auto que aprueba la liquidación de costas, se modificará del

¹² Archivo 30 del expediente digitalizado.

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

numeral séptimo de la providencia recurrida en el sentido de excluir la fijación de agencias en derecho.

Costas en esta instancia procesal a cargo del demandado por cuanto los argumentos de su apelación no salieron avantes. Líquidense por el juzgado de origen.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala de Decisión Laboral Presidida por la Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, dentro del proceso ordinario laboral promovido por el señor GERARDO LUIS TAPASCO contra el MUNICIPIO DE PEREIRA, el cual quedarán así:

"TERCERO: Ordenarle a la entidad territorial MUNICIPIO DE PEREIRA que proceda a cancelar a favor del señor DIEGO HUMBERTO VÉLEZ, los siguientes derechos

<i>REAJUSTE DE SALARIO</i>	<i>\$3.574.307</i>
<i>AUXILIO DE CESANTIAS</i>	<i>\$1.001.884</i>
<i>INTERESES A LAS CESANTÍAS</i>	<i>\$120.226</i>
<i>PRIMA DE VACACIONES</i>	<i>\$1.429.101</i>
<i>PRIMA DE ALIMENTACIÓN</i>	<i>\$212.844</i>

Radicación No.: 66001-31-05-001-2018-00510-00
Demandante: Gerardo Luis Tapasco García
Demandado: Municipio de Pereira.

PRIMA DE NAVIDAD

\$1.345.171

SEGUNDO. MODIFICAR el numeral **SÉPTIMO** de la referida sentencia, en el sentido de excluir de su contenido la fijación del monto de las agencias.

TERCERO. CONFIRMAR la sentencia recurrida y consultada en todo lo demás.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia al Municipio de Pereira en favor de la parte actora. Líquidense por el juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase.

La Magistrada ponente,

Con firma electrónica al final del documento
ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

La Magistrada y el Magistrado,

Con firma electrónica al final del documento
OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA
Salvo voto

Con firma electrónica al final del documento
GERMAN DARIO GOEZ VINASCO

Firmado Por:

Ana Lucia Caicedo Calderon
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 1 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Olga Lucia Hoyos Sepulveda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 4 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda
Firma Con Salvamento De Voto

German Dario Goetz Vinasco
Magistrado
Sala 003 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **288fb29c9e6fcacc7d51e8fe7eb909f1d791f0d85c8bd1be6dda81cbefa6c03f**

Documento generado en 23/01/2023 07:34:29 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>