

REPÚBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



Departamento del Tolima  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL  
DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**  
Sala Quinta de Decisión Laboral

**Magistrado Ponente: CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA**

*Decisión aprobada mediante acta No. 009 de 12 de noviembre de 2020 - Sala V de Decisión.*

En Ibagué, hoy diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Ibagué, integrada por quienes firman esta providencia, dicta la sentencia a que se refiere el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en el proceso ordinario radicado número 73319-31-03-002-2018-00013-01, siendo demandante CAMILO GUALTERO y demandado MUNICIPIO DEL GUAMO TOLIMA. De conformidad con el artículo 69 del estatuto procesal laboral, se entra a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor del ente demandado, respecto de la sentencia de *5 de julio de 2019* proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito del Guamo Tolima, que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 10 de febrero de 2012 y el 18 de diciembre de 2015, condenó al demandado al pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones, sanción moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales y aportes a la seguridad social integral; negó las restantes pretensiones de la demanda; declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas y condenó al accionado en costas procesales.

**TÉSIS DEL JUZGADO**

Adujo la A Quo que con las pruebas allegadas se demuestra la prestación personal del servicio que realizó el demandante como conductor de motoniveladora en la malla vial urbana y rural del municipio del Guamo a favor del demandado, las que no debieron ejecutarse a través de un contrato de prestación de servicios, por cuanto no eran ocasionales o transitorias sino permanentes y hacían parte del objeto social del municipio, por lo que el accionado debió haber replanteado la planta de personal para que dichas actividades se realizaran a través de dicho personal. Además, el demandante estuvo subordinado pues recibía órdenes del Coordinador de maquinaria pesada, quien fungía como representante del municipio, ya que éste recibía órdenes

del Secretario de planeación y del Alcalde Municipal relacionadas con las actividades que debían realizar en beneficio del accionado, sin que éste hubiera allegado prueba que desvirtuara el contrato de trabajo demostrado, relación que tuvo ocurrencia entre el 10 de febrero de 2012 y el 18 de diciembre de 2015, de forma continua e ininterrumpida, pues si bien con los contratos de prestación de servicios se demuestra que hubo ciertas interrupciones entre la finalización de un contrato e inicio del otro contrato, las mismas fueron aparentes y no reales, pues con la testimonial allegada se demostró que el actor siempre laboró de forma continua.

Declaró no probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta la tesis que ha sostenido el Consejo de Estado que cuando se está frente a un contrato realidad dicho fenómeno no empieza a contabilizarse a partir de la terminación del vínculo, sino a partir de la sentencia que se declara dicho contrato, por lo que no se dan los presupuestos para que prospere esta excepción.

Condenó al accionado al pago de salarios de 1º a 6 de enero de 2014, de 1º a 10 de julio de 2014, de 11 a 14 de septiembre de 2014, de 1º a 18 de enero de 2015 y 1, 2 de noviembre de 2015, teniendo en cuenta que el demandante prestó los servicios en esos días y no fueron remunerados por el ente territorial. Negó la indemnización por no consignación de cesantías en un fondo, por cuanto no se demostró que el actor hubiera estado afiliado a un fondo privado de cesantías para que le surgiera la obligación al empleador de consignar las cesantías. Así mismo, condenó al municipio demandado al pago de la indemnización moratoria que trata el artículo 1º del Decreto 797 de 1945, por cuanto no demostró un actuar de buena fe para liberarse de esta sanción, pues desdibujó un contrato de trabajo con la suscripción de contratos de prestación de servicios para una actividad propia de su objeto social, la cual no era transitoria sino permanente, sanción que corresponde a la suma diaria de \$48.000.00 a partir de 19 de marzo de 2016, día 91 siguiente a la ruptura del vínculo, por 24 meses y a partir del primer día del mes 25 se pagarán intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la Superfinanciera.

### **TÉSIS DE LOS RECURRENTES**

Manifiesta el demandante que no comparte la decisión de negar la indemnización por la no consignación de las cesantías en un fondo, bajo el argumento que el demandante no se encontraba afiliado a un fondo, cuando quedó probado la mala fe en que incurrió el demandado en virtud del contrato que existió entre las partes. Desde luego el accionante no estuvo afiliado a ningún fondo de cesantías por la forma como fue contratado por la administración municipal, mediante unos contratos de prestación de servicios, que conllevaba a que no se le iba a reconocer cesantías, ni mucho menos consignarlas, por lo que mal pudo haberse afiliado a un fondo de cesantías, si el municipio no le iba a reconocer esta prestación social. Así mismo, en cuanto tiene que ver con la limitación de la indemnización moratoria, pues de acuerdo con lo establecido por el artículo 1º del Decreto ley 797 de 1949, dicha sanción corre hasta cuando se

paguen las acreencias que dieron lugar a su imposición, sin que se pueda limitarse conforme lo señala el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, norma aplicable para los trabajadores particulares, condición que no ostenta el actor por ser un servidor público. Al modificarse la sentencia para condenar a la sanción por la no consignación de las cesantías y a la indemnización moratoria en la forma indicada, la condena en costas aumentaría que conlleva a su modificación.

El Municipio demandado igualmente discrepa de la sentencia al considerar que contrario a lo señalado por la Jueza de instancia, si quedó desvirtuada la presunción que establece el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, pues como se planteó el demandante celebró diversos contratos de prestación de servicios bajo el régimen de la Ley 80 de 1993 y Ley 1157 de 2007, sin que se pueda tildar como ilegal dicha contratación, cuando se hizo la ritualidad procesal administrativa pertinente en relación con este tipo de vinculación, atado a la necesidad de una actividad que estaba en cabeza del municipio que era el mantenimiento de la malla vial, sin que dicha contratación se hubiera efectuado con la finalidad de causar un detrimento en desmedro de los derechos laborales del demandante. Además, en cada una de las reuniones que hacía el alcalde Municipal y el Secretario de Planeación, daban instrucciones de la forma como se iba a ejecutar las actividades que son propias de esta clase de contrato, pues si bien con la testimonial recibida se demuestra que el demandante recibía órdenes, tenía que cumplir horario y pedir permiso para ausentarse de su sitio de trabajo, lo hacía respecto de Alejandro Vera, coordinador de maquinaria pesada, quien se extralimitó de sus funciones, pues al igual que el actor era también contratista, sin que dichas funciones hubieran sido autorizadas por la administración municipal, pues contrario a ello solo intervino como coordinador de ciertas actividades, lo que conlleva a que no se encuentra demostrado la relación laboral que se solicita, ya que las actividades que realizó el actor fue mediante contratos de prestación de servicios.

En cuanto a la condena por pago de salarios, no existe prueba que esos días fueron trabajados por el demandante, sino que por el contrario son días donde existió interrupción entre uno y otro contrato que celebraron las partes, por lo que no es viable inferir que el actor prestó sus servicios para que puedan ser remunerados, máxime que el accionante en el interrogatorio que absolvió sobre este punto de la relación manifestó desconocer si le quedaron debiendo salarios, por lo que no se puede entrar a reconocer este tiempo.

Tampoco está de acuerdo con el análisis que se hizo de la prescripción, pues las sentencias del Consejo de Estado que se invocaron por el Despacho para señalar que la prescripción se debe contar a partir de la sentencia que declara el derecho, pues no se aviene con la sentencia de unificación emitida por dicha Corporación y lo sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, que señala que la prescripción se cuenta desde el momento en que cada derecho se hace exigible, por lo que en este caso al haberse efectuado la reclamación administrativa en abril de 2017, adicionada en noviembre de ese mismo año, sin lugar a duda

aquellas acreencias laborales que hubieran superado el término de 3 años, desde el momento en que se hicieron exigibles se encuentran prescritas.

Refirió que tampoco se dan los elementos para la imposición de la indemnización moratoria, en la medida que si la sentencia constituye el acto de declaración de la existencia de una relación laboral para determinar que no existe prescripción, mal se haría en considerar que existe una sanción moratoria a partir de la ruptura del vínculo, pues ésta debe seguir la misma suerte que la prescripción, es decir, a partir de la sentencia es que se computarían los 90 días para que empiece a correr la sanción moratoria, por tratarse de una entidad pública, por lo que no habría lugar a su causación. Además, se disiente del análisis que realizó el despacho respecto de la mala fe, sin que se puede tildar un actuar mal intencionado del municipio tendiente a vulnerar los derechos laborales del demandante por el simple hecho de que la administración tenía el deber misional de atender la reparación de la malla vial y por tratarse de una actividad propia de su objeto social, ya que se debe considerar que las actividades que realizaba el demandante se derivaba de un contrato de prestación de servicios y así lo entendieron las partes al punto que dicha relación la mantuvieron por más de 2 años, luego no se puede pretender que éstas estaban actuando con el fin de desconocer derechos laborales, cuando el demandante en el interrogatorio expresó que celebró los contratos de manera voluntaria, libre y espontánea, por lo que la finalidad de la celebración de estos contratos si está probada y era el desarrollo de un plan de gobierno, sin que se le pueda restar la condición de ejecutar dichos contratos de buena fe, la cual se presume sino que además en el presente asunto quedó acreditada, por lo que el análisis de la indemnización moratoria no se acompasa con lo probado en el proceso y contrario a ello, lo que sí está probado es que las partes actuaron de buena fe y por consiguiente el municipio debe ser liberado de esta indemnización.

### **PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER**

En razón del recurso de apelación interpuesto por las partes y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor del demandado, la Sala determinará si se dieron los elementos para que exista contrato de trabajo entre demandante y el Municipio demandado, no obstante la suscripción de contratos de prestación de servicios. En caso positivo, determinar los extremos temporales, si es viable la condena impuesta por salarios, cesantías, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones e intereses a las cesantías y si además, debe imponerse por indemnización por la no consignación de las cesantías en un fondo. Igualmente, si corresponde al Municipio demandado el pago de los aportes a la seguridad social, si existen algunos conceptos reconocidos que se encuentran prescritos y si se demostró la mala fe del accionado que conlleve a la imposición de la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales a la finalización del vínculo laboral, tal como lo adujo la Jueza de instancia y si dicha sanción se encuentra debidamente liquidada.

Previamente a decidir se observa que el demandante allegó los alegatos de conclusión solicitando se reforme la sentencia de instancia en los términos en que fundamentó y argumentó su recurso de apelación, en el cual puede evidenciarse cuales fueron los puntos de la inconformidad frente a la decisión adoptada, solicitando tenerlos por reproducidos en su integridad por considerarse que sería inoportuno y dispendioso repetir nuevamente las manifestaciones que se esgrimieron en la formulación del mismo.

El demandado igualmente presentó los alegatos de conclusión, manifestando que reitera las razones expuestas al momento de interponer el recurso de apelación.

### **TÉSIS QUE SOSTENDRA LA SALA DE DECISIÓN**

Se reformará la sentencia de primera instancia, para variar las condenas por salarios, cesantías, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, aportes en pensión y salud, sanción moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales revocar la condena por intereses a las cesantías, y declarar parcialmente probada la excepción de prescripción. En lo demás se confirmará dicho fallo.

### **CONTROL DE LEGALIDAD**

La Jurisdicción Laboral y de la Seguridad Social es competente para conocer del asunto conforme lo previsto en el numeral 1º del artículo 2º del estatuto procesal laboral. De otra parte, para surtir el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta, se corrió traslado a los apoderados judiciales a los correos electrónicos suministrados. Adicionalmente, el auto de traslado para alegar fue publicado en el estado electrónico No. 091C de 28 de septiembre de 2020, en la página web de la Secretaría de la Sala Laboral de esta Corporación, sin que se observe causal que invalide lo hasta ahora actuado.

### **ARGUMENTOS DE ORDEN CONSTITUCIONAL**

El artículo 25 de la Constitución Política dispone que: *“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”*.

En virtud al derecho del mínimo vital establecido en el artículo 53 ibidem, un trabajador le asiste derecho a que se le cancelen las acreencias laborales que pudieron surgir de la relación laboral que pudo existir entre las partes, y las sanciones que se deriven del incumplimiento de sus obligaciones patronales.

### **SUBARGUMENTOS DE ORDEN LEGAL**

De acuerdo con el objeto del contrato el demandante se desempeñó en la prestación de servicios de apoyo a la gestión como conductor de motoniveladora para el mantenimiento de la malla vial del Municipio del Guamo Tolima, de manera tal, que tales actividades encuadran dentro de la excepción contenida en el artículo 292 del Decreto Ley 1333 de 1986, esto es, en la construcción y sostenimiento de obra pública, por ende, la calidad del actor fue la de un trabajador oficial.

Para que exista contrato de trabajo con un trabajador oficial, se requiere la demostración de sus elementos esenciales, que conforme al artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, son la actividad personal, la subordinación y un salario como retribución por los servicios prestados.

Así mismo señala el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, que el contrato de trabajo se presume entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y corresponde a este último desvirtuar la presunción.

La prestación del servicio y la remuneración, son elementos que debe probar el trabajador y en igual sentido le incumbe acreditar los hitos temporales en los cuales se desarrolló la relación de trabajo, mientras que la continua subordinación, conforme a lo expuesto por el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, se presume y por tanto se presenta una inversión en la carga de la prueba, imponiendo al pretendido empleador la obligación de desvirtuarla. (*Ver sentencia SL CSJ SL 1017 de 12 de febrero de 2020*).

El municipio demandado al contestar la demanda no desconoce la prestación del servicio que ejecutó el demandante. Además, obra la documental relacionada con los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, que da cuenta de la prestación de los servicios personales que efectuó el actor. (*Folios 13 a 60, 122 a 885*).

Demostrada la prestación del servicio opera a favor del demandante la presunción de que dicha prestación se encuentra regida por un contrato de trabajo, radicando en cabeza de la parte accionada la carga de la prueba tendiente a desvirtuar dicha presunción. La sola exhibición de los contratos no desvirtúa la subordinación. Por tanto, se debían allegar otras pruebas que permitieran demostrar que dicha prestación fue de manera liberal e independiente, como se plasma en los mencionados contratos y que las labores contratadas no se podían realizar con personal de planta.

Respecto de la prueba testimonial, Víctor Augusto Cardozo Flórez manifestó que laboró para el municipio del Guamo a partir de marzo de 2012 hasta octubre de 2013, como operador de motoniveladora y vio en este tiempo laborando allí al demandante, siendo también operador de motoniveladora, después de que el testigo se retiró el actor siguió laborando allí; fue compañero de trabajo del accionante en las mismas actividades, ya que ambos laboraban en la

malla vial urbana y rural del municipio; el horario que tenían que cumplir era de 7:00 a.m. a 12:00 m. y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m.; allí recibían órdenes de Alejandro Vera que era el coordinador de maquinaria pesada; allí todos prestábamos los servicios de manera continua e ininterrumpida durante el tiempo que el testigo estuvo laborando, nadie podía retirarse del sitio de trabajo sin pedir permiso, ya que se tenía que hablar con el coordinador que era Alejandro Vera; todo lo que allí se utilizaba para las labores pertenecía al Municipio del Guamo. *(Récord 02:14 a 20:07)*.

José Alejandro Vera expresa que de 2012 a 2014 fue Coordinador de Maquinaria pesada del Municipio del Guamo y el demandante conductor de motoniveladora, las actividades que debían realizar eran las de mantener la malla vial urbana y rural del municipio en buen estado; allí se cumplía un horario de lunes a miércoles de 7:00 a.m. a 12:00 m. y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m., jueves y viernes de 7:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m., muchas veces tocaba trabajar los sábados, domingos y festivos; el horario lo fijó el municipio a través del área de recursos humanos; se reunían a las 7:00 a.m. y salían a las veredas de acuerdo a la orden impartida para efectuar mantenimiento en las vías rurales y urbanas; el demandante no podía ausentarse sin permiso, si era de media o una hora el testigo lo daba verbalmente y si era medio día o un día, tocaba solicitarlo al secretario de planeación; el servicio se prestó de forma continua e ininterrumpida; allí recibían órdenes del Alcalde y el Jefe de Planeación; los sitios en donde le tocaba laborar el actor los asignaba el testigo pero por orden del Alcalde y el Jefe de planeación; que el testigo como coordinador de las actividades era la persona que hablaba todas las noches con el Alcalde sobre las actividades realizadas y coordinaban las que debían realizar al otro día; que cuando se retiró lo reemplazo el señor Serafín. *(Récord 59:30 a 01:31:06)*.

Teodoro Santos Vargas manifiesta que fue compañero de trabajo del demandante en la malla vial del municipio del Guamo Tolima, ya que laboró allí entre enero de 2012 y 18 de diciembre de 2015, quien era el conductor de la motoniveladora, el trabajo allí siempre fue permanente, nunca se dejó de trabajar siempre fue continuo; le tocaba cumplir una jornada laboral de 7:00 a.m. a 12:00 m. y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m.; para ausentarse del sitio de trabajo le tocaba pedir permiso a los jefes inmediatos José Alejandro Vera, Serafín y al secretario de planeación; el vehículo, las herramientas y los materiales los suministraba el Municipio del Guamo; allí recibían órdenes del Coordinador de maquinaria pesada. *(Récord 01:34:48 a 02:07:48)*.

Alfonso Cañas Sánchez expresa que trabajó en el Municipio del Guamo entre 2012 y 2015 en el área de presupuesto y era el encargado de revisar los contratos de prestación de servicios que firmaba el municipio y conoció allí al demandante laborando como operador de maquinaria, sabe y le consta que el actor laboró de manera constante y si bien entre la terminación de un contrato e inicio del otro existieron interrupciones, el actor seguía trabajando así no tuviera contrato porque la maquinaria no podía parar y esos días no se los pagaban; el accionante estuvo laborando en el mantenimiento de las vías urbanas y rurales del municipio, el horario

que cumplía era el que debía cumplir todo el personal vinculado al municipio; allí las actividades las imponía el coordinador de maquinaria pesada Alejandro Vera y había otro coordinador que era Álvaro. (*Récord 02:11:40 a 02:39:14*).

Lo expresado por los testigos no desvirtúa la presunción que en favor del actor opera por virtud del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, por el contrario, corroboran que la labor ejecutada por el demandante se hizo de manera subordinada y dependiente, recibiendo órdenes por parte de Alejandro Vera, encargado de coordinar las obras, quien a su vez recibía órdenes del Alcalde Municipal y del Secretario de Planeación de la forma como debían ejecutar las actividades, versiones que gozan de credibilidad por cuanto provienen de las personas que fueron compañeros de trabajo del actor en las mismas actividades a excepción de Alfonso Cañas Sánchez, quien sin embargo por haber laborado en el área de presupuesto del municipio y encargado de revisar los contratos de prestación de servicios que realizaba dicho ente territorial, tenía conocimiento de la forma como prestaba los servicios el personal contratado mediante dicha modalidad. Se encuentra demostrado entonces el contrato de trabajo solicitado en la demanda, tal como lo adujo la Jueza de instancia y que los contratos de prestación de servicios celebrados, no fueron más que una forma grosera de burlar la Constitución y la ley a través de nóminas paralelas para desconocer los legítimos derechos que les corresponden a los trabajadores, sobre todo cuando se utiliza este tipo de contrato para el uso de mano de obra no calificada. Además, los instrumentos y materiales que se utilizaban eran suministrados por el demandado, por lo que se descarta la calidad de contratista que pudo ostentar el actor.

Con los contratos suscritos por las partes, aunque se demuestra que en varios de ellos existieron interrupciones que oscilaron entre uno y 18 días, debe tenerse como una sola relación laboral, pues con la prueba testimonial se demuestra que el servicio fue siempre continuo e ininterrumpido, por lo que en la práctica no se dieron tales interrupciones. (*Ver sentencia SL CSJ SL 981 de 2019*). Por lo anterior, se tiene que entre el demandante y el demandado existió un contrato de trabajo entre el 10 de febrero de 2012 y el 18 de diciembre de 2015, como así lo declaró la A Quo.

Respecto del salario que devengó el demandante, éste osciló para 2012, 2013 y 2014 en la suma mensual de \$1.390.000.00 y para 2015, en la suma de \$1.440.000.00 mensuales, tal como se desprende de los contratos de prestación de servicios que firmaron las partes. (*Folios 13 a 60*)

### ***Prescripción***

Contrario a lo decidido por el Juez de instancia, los plazos de los términos prescriptivos en materia laboral empiezan a correr tal como lo señala el artículo 151 del estatuto procesal del trabajo, desde cuando la obligación se hace exigible. El principio de primacía de la realidad previsto en el artículo 53 Superior supone, en materia contractual, que todo lo disfrazado, que

todo lo obscuro sale a la luz y, por tanto, debe operar lo que en realidad ocurrió. Para el caso, que una persona le prestó servicios a otra durante unos extremos temporales precisos, que se le pagó un salario disfrazado de honorarios y que esos servicios debieron ser remunerados con todas las prestaciones adicionales que debe devengar un trabajador.

Pero esa relación no nace a la vida jurídica desde que se emite la sentencia que declara el contrato sino desde que las partes suscribieron el contrato falaz y durante su ejecución, con todos los derechos que en su desarrollo se causen y no se paguen. Por tanto, la tesis que acoge el fallador de primera instancia no puede ser de recibo. Las sentencias que reconocen el contrato de trabajo son de naturaleza constitutiva y no meramente declarativa, y por tanto el término prescriptivo se debe contar desde que la obligación se hizo exigible y no desde la sentencia que declaró el contrato realidad. (*Ver sentencia SL CSJ SL 3169 de 2014*).

Por tanto, la excepción de prescripción propuesta por el ente demandado está llamada a prosperar para las acreencias que se hicieron exigibles con anterioridad al 28 de abril de 2014, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se efectuó el 28 de abril de 2017. (*Folio 71 a 76*), con la cual se interrumpió extra procesalmente dicho fenómeno, ya que la demanda fue presentada el 23 de febrero de 2018. (*Folio 78*), es decir, dentro del año siguiente y el auto admisorio de la misma fue notificado al accionado dentro del año siguiente a la notificación de dicha providencia mediante estado al demandante. (*Folios 81 vto. y 84*). Por tanto, sólo se entrarán a analizar aquellos conceptos que se hicieron exigibles con posterioridad al 28 de abril de 2014, a excepción del pago de los aportes en pensión, que por su naturaleza y por estar ligados a la seguridad social se tornan imprescriptibles y el auxilio de cesantías cuyo pago se causa a la finalización del vínculo laboral.

Establecido lo anterior, se entra a verificar las condenas impuestas en primera instancia.

### ***Salarios***

La Juez de instancia condenó al demandado al pago de los salarios de 1 a 6 de enero de 2014, de 1º a 10 de julio del mismo año y 11 a 14 de septiembre de 2014. Así mismo, de 1º a 18 de enero de 2015 y 1º a 2 de noviembre del mismo año, pues, aunque el demandante prestó sus servicios en estos días no fueron remunerados. Si bien con los contratos de prestación de servicios allegados se demuestra que en dichas fechas existieron interrupciones en la prestación del servicio por parte del demandante, las mismas fueron aparentes, pues con la testimonial arimada se probó que el servicio que prestó el demandante fue continuo e ininterrumpido en el tiempo. Por tanto, resulta procedente el pago de salarios en dichos días, por cuanto el actor prestó sus servicios, sin que exista prueba que el demandado los hubiera remunerado.

Por la prescripción reconocida, el demandante tiene derecho al pago de los salarios de 1º a 10 de julio de 2014, de 11 a 14 de septiembre del mismo año, de 1 a 18 de enero de 2015 y 1º a 2 de noviembre del mencionado año, para un total de \$1.608.666.67, por lo que se reformará este punto de la sentencia para disminuir la condena impuesta.

#### ***Auxilio de cesantías***

De conformidad con lo estatuido por la ley 6 de 1945, y decretos 1160 de 1945 y 1045 de 1978, le corresponde al actor por el 2012, la suma de \$1.325.487.27; por el 2013, la suma de \$1.505.833.33; por el 2014, la suma de \$1.505.833.33 y por 2015, la suma de \$1.498.333.33, para un total de \$5.835.487.26.

#### ***Prima de navidad***

Conforme al artículo 32 del Decreto 1045 de 1978 y la prescripción reconocida, le corresponde al actor por el 2014, la suma de \$1.390.000.00 y por el 2015, la suma de \$1.320.000.00, para un total de \$2.710.000.00.

#### ***Vacaciones***

Según lo establecido en el artículo 8º del Decreto 3135 de 1968 modificado por los artículos 8 y 15 del Decreto 1045 de 1978 y la Ley 995 de 2005, le corresponde al actor por compensación de vacaciones teniendo en cuenta la prescripción reconocida, lo correspondiente al periodo de 10 de febrero de 2014 a 18 de diciembre de 2015, liquidadas sobre el último salario devengado, lo que arroja un monto de \$1.362.000.00.

#### ***Prima de vacaciones***

Los artículos 1º del Decreto 404 de 2006, 25 y 31 del Decreto 1045/78, le corresponde al demandante por prima de vacaciones, teniendo en cuenta la prescripción analizada y el monto reconocido por vacaciones, la suma de \$1.362.000.00, que se ordenará pagar.

#### ***Intereses a las cesantías***

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

Se tiene que los servidores públicos que se afilien en un fondo privado de cesantías, los intereses a las cesantías se encuentran a cargo del empleador, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 99, numeral 2º de la Ley 50 de 1990 y de los servidores que se afilien al Fondo Nacional del Ahorro, el pago de tales intereses se encuentra a cargo de dicho Fondo, por disposición del artículo 12 de la Ley 432 de 1998.

En el presente caso, no existe prueba que demuestre que el actor se hubiese afiliado a un Fondo de cesantías privado, para que el pago de los intereses recaiga sobre su empleador. Por tanto, se revocará la condena impuesta en primera instancia por este concepto, para en su lugar negar este pedimento de la demanda, atendiendo al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor del ente demandado.

### ***Aportes a pensión y salud***

Con la documental vista a folios 195, 205, 214, 252, 253, 275, 320, 644, 699, 753, 776 y 881 entre otros, se demuestra que el actor pagó de forma completa los aportes a pensión y Salud, teniendo como salario base de cotización el salario mínimo legal que regía para 2012 a 2015. Como así mismo lo aceptó éste en el interrogatorio que absolvió al señalar que pagó los aportes en pensión y la seguridad social, pues si no lo hacía no le pagaba el municipio (*Récord 56:20 a 57:55*).

Con relación a la devolución y pago de aportes a la seguridad social, se tiene que éste es bipartita, vale decir, deben ser cubiertos por el empleador y el trabajador. Respecto de los aportes en pensión de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en una proporción del 75% y 25% respectivamente, mientras que los aportes en salud corresponden en un 66.66% y 33.33%, según lo establece el artículo 204 *ibídem*.

Como el salario que devengó el actor ascendió a la suma mensual de \$1.390.000.00 para 2012, 2013, 2014 y \$1.440.000.00 para el 2015, sobre estos montos se debieron efectuar las cotizaciones en pensiones, correspondiéndole al empleador el 75% de la cotización y el trabajador el 25%.

Por la prescripción reconocida, sólo se entra a liquidar a partir de abril de 2014 y hasta el 18 de diciembre de 2015, correspondiendo al demandante pagar por aportes en pensión la suma de \$ 1.168.560.00 y como sufragó \$2.082.953.60, existe un saldo a su favor de \$914.393.60, que se ordenará pagar al demandado.

Como los aportes en pensión se realizaron sobre el salario mínimo de los años 2012, 2013, 2014 y 2015 (\$566.700.00, \$589.500, \$616.000.00 y \$644.350), siendo que estos debieron ser sobre un ingreso de \$1.390.000.00 para el 2012, 2013, 2014 y \$1.440.000.00 para el 2015, existe una diferencia mensual respecto del primer año de \$823.3000.00; sobre el segundo año de \$800.500.00; sobre el tercer año de \$774.000.00 y sobre el cuarto año de \$795.650.00, por lo que se ordenará al Municipio del Guamo Tolima que efectuó su pago, de acuerdo con el cálculo actuarial que efectúe la entidad donde se encuentra afiliado el actor y por el tiempo que perduró el vínculo demostrado.

Por aportes en salud de acuerdo a la prescripción reconocida, el actor canceló \$1.627.307.50, correspondiéndole solo el 33.33% que asciende a \$542.381.59, por lo que existe una diferencia a su favor de \$1.084.925.91, más la suma \$914.393.60, por devolución de aportes en pensión, para un total de \$1.999.319.51, que se ordenará pagar al demandado, por lo que reformará este punto de la sentencia.

### ***Indemnización moratoria***

Frente a la indemnización moratoria, sobre la cual recae uno de los puntos de los recursos de apelación interpuestos por las partes, pues el demandante considera que la misma debe causarse de forma continua hasta cuando se efectuó el pago de las acreencias que dieron origen a la misma, mientras que el demandado sostiene que la misma debe empezar a correr a partir del día 90 siguientes a la sentencia que reconoció el contrato de trabajo, siguiendo la teoría de la prescripción que aplicó la A Quo. Además, pretende liberarse de la misma al considerar que obró de buena fe.

El artículo 1º del Decreto 797 de 1949, opera en aquellos eventos en los cuales el empleador no cancela oportunamente el valor de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a favor del trabajador oficial, al cabo de los 90 días siguientes a la finalización del vínculo laboral.

No obstante, la imposición de la mencionada indemnización no opera de forma automática, dado que por su naturaleza sancionatoria exige que esté precedida de un examen de la conducta del empleador para determinar si actuó de buena o mala fe.

Contrario a lo sostenido por el recurrente, no existe prueba en el plenario que demuestre un actuar de buena fe del ente demandado, pues pretendió mediante unos supuestos contratos de prestación de servicios, amparado por la Ley 80 de 1993, ocultar una verdadera relación laboral, pues si se vislumbraba la necesidad de contar con una persona para el cumplimiento de funciones propias del objeto institucional de la entidad, el camino idóneo para solucionar tal contingencia, era realizar una vinculación directa del trabajador y no recurrir a otras figuras legales que conllevan a inferir un ánimo en la entidad de librarse de las cargas prestacionales, máxime que en el presente caso se demostró que el actor siempre estuvo sometido a las órdenes de su empleador. Además, por el hecho de que el demandante hubiera firmado los contratos de prestación de servicios de manera libre, sin presión de ninguna naturaleza y se hubiera sometido a las exigencias allí estipuladas, presentando las respectivas cuentas de cobro, no se puede llegar a la conclusión que el demandado actuó de buena fe, pues la conducta a analizar no es la del trabajador sino la del empleador.

Además, no le asiste razón al demandado en pretender que la indemnización moratoria debe empezar a correr a partir de los 90 días siguientes a la sentencia que declara el contrato de trabajo realidad, pues de acuerdo con el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, norma que rige

esta sanción, la misma se hace exigible a cabo de dicho término, pero a partir de la finalización del vínculo laboral.

Tampoco resulta procedente la decisión que tomó la Jueza de instancia de haber limitado la causación de la indemnización moratoria hasta por 24 meses y de ahí en adelante intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la Superfinanciera y hasta cuando se haga el pago de los salarios y prestaciones sociales debidas, tal como lo señala el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, pues de acuerdo con el artículo 4º *ibídem*, a los servidores del estado no se le aplican las disposiciones contenidas en el código sustantivo del trabajo. Por tanto, tal como se indicó anteriormente la indemnización moratoria a la que tiene derecho el demandante, por su calidad de trabajador oficial es la consagrada en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que no tiene esa clase de limitante, por lo que dicha sanción se extiende hasta cuando se efectuó el pago de las acreencias que dieron lugar a su imposición.

En cuanto a la forma como debe contabilizarse el plazo de 90 días consagrados por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, para que se genere la sanción moratoria por el no pago de prestaciones sociales, salarios e indemnizaciones, corresponde a días calendario, tal como lo adujo nuestro órgano de cierre en lo ordinario, al considerar que en el derecho del trabajo existe la particularidad de que el contrato de trabajo se ejecuta día a día, desde la fecha de su suscripción hasta aquella de su finalización. Todos los días, incluso los de descanso dominical y festivo, suman para efectos laborales (*Ver sentencia radicación 74084 del 20 de febrero de 2019*).

Se condenará entonces al demandado al pago de la indemnización moratoria que establece el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que consiste en la suma diaria de \$48.000.00, a partir de 18 de marzo de 2016, día 91 calendario después de la finalización del vínculo laboral y hasta cuando se efectuó el pago de las acreencias laborales reconocidas al demandante, y en tal sentido se reformará este punto de la sentencia.

### ***Indemnización por la no consignación de cesantías***

Sobre este concepto recae igualmente el recurso de apelación interpuesto por el demandante, al considerar que le asiste derecho al pago de esta indemnización, por cuanto el demandado no consignó las cesantías en un fondo. No se accederá a esta pretensión de la demanda, teniendo en cuenta que por disposición del artículo 1º del Decreto 1582 de 1998, los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, el régimen 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, razón por la cual no tienen derecho al pago de la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 en caso de mora en la consignación del auxilio de cesantía, sino al pago de intereses moratorios. En el presente caso, no existe prueba

que demuestre que el actor se hubiese afiliado a un Fondo de Cesantías privado, para que tenga derecho a la sanción por la no consignación de cesantías, motivo más que suficiente para confirmar este punto de la sentencia, pues así lo dispuso la A Quo.

### ***Costas.***

No le asiste razón al demandante pretender que mediante el recurso de apelación contra la sentencia, se entre a cuestionar el monto de las agencias en derecho que se fijaron en la condena de costas que se impuso al ente demandado, pues de acuerdo a lo señalado por el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso, la estimación de las agencias en derecho sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas.

Habrá de reformarse la sentencia de primera instancia.

## **CONDENA EN COSTAS**

Sin costas en esta instancia ante la prosperidad parcial de los recursos de apelación interpuestos por las partes.

## **DECISIÓN**

*En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,*

## **RESUELVE:**

**PRIMERO: REFORMAR** los numerales 2º, 5º, 7º y 8º de la parte resolutive de la sentencia proferida el *5 de julio de 2019*, por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Guamo - Tolima, dentro del proceso ordinario laboral promovido por CAMILO GUALTERO contra el MUNICIPIO DEL GUAMO TOLIMA, los cuales quedarán así:

- 1.1. **CONDENAR** al MUNICIPIO DEL GUAMO –TOLIMA a pagar a CAMILO GUALTERO los siguientes conceptos: \$1.608.666.67, por salarios; \$5.835.487.26, por cesantías y \$2.710.000.00, por prima de navidad, más la suma diaria de \$48.000.00, por indemnización moratoria, desde el 18 de marzo de 2016 y hasta el cuándo se verifique el pago de las anteriores sumas adeudadas; \$1.362.000.00, por compensación de vacaciones; \$\$1.362.000.00, por prima de vacaciones y \$1.999.319.51, por devolución de aportes en pensión y salud. Se revoca la condena impuesta en primera instancia por intereses a las cesantías.

- 1.2. **CONDENAR** al MUNICIPIO DEL GUAMO –TOLIMA a pagar el reajuste de los aportes en pensión de 10 de febrero de 2012 a 18 de diciembre de 2015 a nombre del demandante, teniendo como monto de cotización la suma mensual de \$823.3000.00, para el 2012; \$800.500.00, para el 2013; \$774.000.00, para el 2014 y \$795.650.00, para el 2015, de acuerdo con el cálculo actuarial que efectúe la administradora a la cual se encuentra afiliado el actor y teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.
- 1.3. **DECLARAR** probada la excepción de prescripción respecto de las acreencias laborales que se hicieron exigibles con anterioridad al 28 de abril de 2014.

**SEGUNDO:** En lo demás dicho fallo queda en firme

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia ante la prosperidad parcial de los recursos de apelación interpuestos por las partes.

**CUARTO: DEVOLVER** oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

Envíese copia de esta decisión a los correos electrónicos de los apoderados de las partes y NOTIFÍQUESE de acuerdo a lo previsto en el artículo 9º del Decreto Legislativo 806 de 2020.



**CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA**

Magistrado



**AMPARO EMILIA PEÑA MEJÍA**

Magistrada



CS Impressió amb Certificació

**MÓNICA JIMENA REYES MARTÍNEZ**

Magistrada

## CUADROS DE LIQUIDACION DE LAS CONDENAS

### cesantías

|      |              |            |     |     |              |
|------|--------------|------------|-----|-----|--------------|
| 2012 | 1.390.000,00 | 96.527,78  | 321 | 360 | 1.325.487,27 |
| 2013 | 1.390.000,00 | 115.833,33 | 360 | 360 | 1.505.833,33 |
| 2014 | 1.390.000,00 | 115.833,33 | 360 | 360 | 1.505.833,33 |
| 2015 | 1.440.000,00 | 110.000,00 | 348 | 360 | 1.498.333,33 |
|      |              |            |     |     | 5.835.487,26 |

prima de navidad 6,00

|      |              |    |    |              |
|------|--------------|----|----|--------------|
| 2014 | 1.390.000,00 | 12 | 12 | 1.390.000,00 |
| 2015 | 1.440.000,00 | 12 | 11 | 1.320.000,00 |
|      |              |    |    | 2.710.000,00 |

vacaciones

|            |              |     |     |              |
|------------|--------------|-----|-----|--------------|
| 10/02/2014 | 1.440.000,00 | 681 | 720 | 1.362.000,00 |
|------------|--------------|-----|-----|--------------|

prima de vacaciones

|                      |              |     |     |              |
|----------------------|--------------|-----|-----|--------------|
| 2-01-2014-15-12-2015 | 1.440.000,00 | 681 | 720 | 1.362.000,00 |
|----------------------|--------------|-----|-----|--------------|

indemnización por despido injusto

|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|
|  |  |  |  |  |
|--|--|--|--|--|

sanción moratoria

|  |              |    |           |
|--|--------------|----|-----------|
|  | 1.440.000,00 | 30 | 48.000,00 |
|--|--------------|----|-----------|

### SALARIO

|      |              |    |    |            |
|------|--------------|----|----|------------|
| 2014 | 1.390.000,00 | 30 | 10 | 463.333,33 |
| 2014 | 1.390.000,00 | 30 | 4  | 185.333,33 |
| 2015 | 1.440.000,00 | 30 | 18 | 864.000,00 |
| 2015 | 1.440.000,00 | 30 | 2  | 96.000,00  |

TOTAL 1.608.666,67

### Aportes en pensión

|      |              |            |            |
|------|--------------|------------|------------|
| 2012 | 1.390.000,00 | 566.700,00 | 823.300,00 |
| 2013 | 1.390.000,00 | 589.500,00 | 800.500,00 |
| 2014 | 1.390.000,00 | 616.000,00 | 774.000,00 |
| 2015 | 1.440.000,00 | 644.350,00 | 795.650,00 |

|      |              |            |           |     |            |     |            |
|------|--------------|------------|-----------|-----|------------|-----|------------|
|      |              | 16%        | 25%       |     |            |     |            |
| 2012 | 1.390.000,00 | 222.400,00 | 55.600,00 | 359 | 665.346,67 |     |            |
| 2013 | 1.390.000,00 | 222.400,00 | 55.600,00 | 360 | 667.200,00 |     |            |
| 2014 | 1.390.000,00 | 222.400,00 | 55.600,00 | 360 | 667.200,00 | 270 | 500.400,00 |
| 2015 | 1.440.000,00 | 230.400,00 | 57.600,00 | 345 | 662.400,00 | 348 | 668.160,00 |

2.662.146,67

1.168.560,00

|      |            |            |     |              |     |              |  |
|------|------------|------------|-----|--------------|-----|--------------|--|
|      |            | 16%        |     |              |     |              |  |
| 2012 | 566.700,00 | 90.672,00  | 359 | 1.085.041,60 |     |              |  |
| 2013 | 589.500,00 | 94.320,00  | 360 | 1.131.840,00 |     |              |  |
| 2014 | 616.000,00 | 98.560,00  | 360 | 1.182.720,00 | 270 | 887.040,00   |  |
| 2015 | 644.350,00 | 103.096,00 | 345 | 1.185.604,00 | 348 | 1.195.913,60 |  |

4.585.205,60

2.082.953,60

914.393,60

APORTES EN SALUD

|      |            |           |           |     |            |            |  |
|------|------------|-----------|-----------|-----|------------|------------|--|
|      |            | 12,5%     | 33,33%    |     |            |            |  |
| 2012 | 566.700,00 | 70.837,50 | 23.610,14 |     |            |            |  |
| 2013 | 589.500,00 | 73.687,50 | 24.560,04 |     |            |            |  |
| 2014 | 616.000,00 | 77.000,00 | 25.664,10 | 270 | 693.000,00 | 230.976,90 |  |
| 2015 | 644.350,00 | 80.543,75 | 26.845,23 | 348 | 934.307,50 | 311.404,69 |  |

1.627.307,50

542.381,59

1.084.925,91

TOTAL

**1.999.319,51**