

Constancia Secretarial: vencidos los términos de traslado dispuestos en la lista fijada el 1° de junio de 2021, las partes remitieron en término los alegatos de conclusión al correo institucional, tal y como se ve en las constancias de recepción que obran en el expediente digitalizado e igualmente el Ministerio Público hizo uso del derecho a presentar su concepto sobre el caso en el plazo otorgado para esos efectos.

Pereira, 22 de julio de 2021.

DIEGO ANDRÉS MORALES GÓMEZ
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
PEREIRA, DIECINUEVE DE ENERO DE DOS MIL VEINTIDÓS
Acta de Sala de Discusión No 1 de 12 de enero de 2022

SENTENCIA ESCRITA

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el MUNICIPIO DE PEREIRA en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito el 3 de noviembre de 2020, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor del ente territorial, dentro del proceso que promueve el señor GABRIEL ROMERO HERNÁNDEZ, cuya radicación corresponde al N°66001310500120170004801.

ANTECEDENTES

Pretende el señor Gabriel Romero Hernández que la justicia laboral declare que entre él y el Municipio de Pereira existió un contrato de trabajo entre el 12 de marzo de 2015 y el 31 de diciembre de 2015 y con base en ello aspira que se declare es beneficiario de los derechos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre el ente territorial y el sindicato de trabajadores del Municipio de Pereira.

A partir de esas declaraciones, solicita que se condene a la entidad demandada a cancelar la diferencia salarial entre la devengado por él y un trabajador oficial de planta con las mismas funciones, así mismo a reconocer y pagar todas las prestaciones económicas de orden convencional a que tiene derecho y que relaciona debidamente en las pretensiones de la acción, la devolución de los aportes a la seguridad social, las sanciones moratorias previstas en los artículos 65 del CST y 99 de la ley 50 de 1990, la indexación de las sumas reconocidas, 20 días de salario que dejó de percibir cuando se le suspendió el contrato de trabajo por encontrarse incapacitado, lo que resulte probado extra y ultra petita, además de las costas procesales a su favor.

Refiere que: prestó sus servicios personales a favor del Municipio de Pereira entre las fechas señaladas anteriormente, como se evidencia con los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos con el ente territorial; el cargo desempeñado durante toda la relación laboral fue el de ayudante de obra; las funciones que ejecutó en el ejercicio de su cargo las realizó en parques, escuelas, vías y calles del Municipio de Pereira, cumpliendo un horario de trabajo que era de 7:00 am a 4:30 pm; en todo el periodo relacionado, estuvo prestando sus servicios bajo la continuada dependencia y subordinación de la entidad accionada; no ha estado afiliado al sindicato de trabajadores del municipio de Pereira, con el que el ente territorial ha suscrito las convenciones colectivas de trabajo que le son aplicables a la totalidad de trabajadores oficiales del municipio al tratarse del sindicato mayoritario; estuvo incapacitado por el término de 20 días durante la ejecución del contrato, tiempo en el que le fue suspendido el contrato de trabajo por parte de la entidad accionada; el 23 de junio de 2016 presentó reclamación administrativa, la cual no fue resuelta por la accionada.

Al dar respuesta a la demanda -págs.55 a 71 expediente digitalizado- el Municipio de Pereira sostuvo que los servicios prestados por el señor Gabriel Romero Hernández a favor del ente territorial entre el 12 de marzo de 2015 y el 31 de diciembre de 2015 fueron ejecutados bajo los presupuestos de contratos de prestación de servicios regulados por la ley 80 de 1993, correspondiéndole brindar apoyo como ayudante de construcción en todas las actividades necesarias para el desarrollo del proyecto de implementación de programas de generación de empleo del Municipio de Pereira, sin que estuviera sujeto al cumplimiento de horarios y órdenes por parte de los empleados de planta del ente territorial. Añadió frente a la aplicación de la convención colectiva de trabajo que, el señor Romero Hernández no tiene derecho a las prerrogativas inmersas en ella, no solamente porque no tiene la condición de trabajador oficial, sino porque la misma no se hace extensible a la totalidad de los trabajadores al no estar demostrado que se trata del sindicato mayoritario. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó "*Inexistencia de violación de las normas superiores invocadas*", "*Inexistencia de relación laboral y reconocimiento de prestaciones sociales*", "*Inexistencia de la supremacía de la realidad*", "*Falta de causa, inexistencia de la obligación, y cobro de lo no debido*", "*Exclusión de relación laboral*", "*Buena fe y en consecuencia exoneración de sanción prevista en el artículo 1° del decreto 797 de 1949*", "*Inexistencia de igualdad frente a un trabajador oficial*", "*Improcedencia de la sanción moratoria de la ley 50 de 1990*", "*Suspensión voluntaria y enriquecimiento sin justa causa*" y "*Genérica*".

En sentencia de 3 de noviembre de 2020, la funcionaria de primer grado estableció que entre el señor Gabriel Romero Hernández y el Municipio de Pereira

existió un contrato de trabajo entre el 12 de marzo de 2015 y el 31 de diciembre de 2015, pues con el contrato de prestación de servicios adosado al plenario en conjunto con el testimonio del señor Jesús Amado Arias quedó probada la prestación personal del servicio por parte del actor a favor de la entidad accionada, desempeñando las actividades propias de un ayudante de construcción en las obras ejecutadas por el ente territorial, quedando demostrado adicionalmente que esas tareas las realizó bajo la continuada dependencia y subordinación del Municipio de Pereira a través de sus empleados de planta, debidamente remunerado, más exactamente con un salario mensual de \$1.140.000.

En torno al reajuste salarial solicitado, sostuvo que al plenario no fueron allegadas pruebas que demostraran cual era el cargo de planta que tenía las mismas funciones que ejecutó el actor como ayudante de construcción y tampoco se trajo el salario devengado por los obreros de planta del Municipio, razón por la que negó esta pretensión.

Seguidamente sostuvo que, de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, el accionante es beneficiario de las convenciones colectivas suscritas por la entidad demandada y el sindicato de trabajadores del municipio de Pereira, al tratarse de la organización sindical mayoritaria del municipio, dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 471 del CST.

Al pasar al ítem correspondiente a las condenas por concepto de prestaciones sociales, condenó al ente territorial a cancelar el auxilio de cesantías y la compensación de vacaciones de orden legal y posteriormente ordenó el pago de las prestaciones de orden convencional, consistentes en la prima extralegal de junio y prima de navidad y auxilio de transporte; todo ello en las cuantías determinadas en el ordinal segundo de la sentencia.

A continuación, explicó que la suspensión del contrato de trabajo pactada, no tiene sustento legal, ya que dentro de las causales previstas en el decreto 2127 de 1945 no se encuentra regulada la incapacidad del trabajador, motivo por el que no le era dable a las partes suspender el contrato de trabajo, correspondiéndole al Municipio de Pereira cancelar las incapacidades causadas en esos veinte días, pues si bien el empleador es responsable de los dos primeros días y la EPS debía cancelar los dieciocho días restantes, la verdad es que en el proceso no se acredita que el demandante estuviera debidamente afiliado a una EPS, debiendo la entidad empleadora cumplir con el pago de la totalidad de la incapacidad; razones por las que condenó al Municipio de Pereira a pagar por dicho concepto la suma de \$760.000.

Al corroborar que no existían razones atendibles de buena fe en la omisión de sus obligaciones por parte del ente empleador, lo condenó a cancelar la sanción prevista en el decreto 797 de 1949 a partir del 1° de abril de 2016 en cuantía diaria de \$38.000 y hasta que se verifique el pago total de las obligaciones.

Negó las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas procesales a la entidad demandada en un 70% a favor de la parte actora.

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial del Municipio de Pereira interpuso recurso de apelación, argumentando que de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso se demostró que el vínculo contractual sostenido entre el señor Gabriel Romero Hernández y la entidad demandada no ocurrió bajo los presupuestos de un contrato de trabajo, pues al tratarse de un contrato de prestación de servicios su regulación estuvo enmarcada por la ley 80 de 1993, al punto que en el curso del trámite procesal no se acreditó por parte del accionante la continuada dependencia y subordinación propia de los contratos de trabajo, aclarando que las reuniones y directrices impartidas para la ejecución de las tareas por parte del demandante, se hacían bajo una coordinación de actividades que no configuraron el elemento subordinación.

Tampoco puede condenarse al Municipio de Pereira a cancelar la sanción moratoria prevista en el decreto 797 de 1949, ya que el accionar de esa entidad ha estado enmarcado en el plano de la buena fe.

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, las partes hicieron uso del derecho a presentar alegatos de conclusión en término.

En cuanto al contenido de los alegatos presentados por el Municipio de Pereira, teniendo en cuenta que el artículo 279 del CGP dispone que *“No se podrá hacer transcripciones o reproducciones de actas, decisiones o conceptos que obren en el expediente.”*, baste decir que, en aplicación del principio de consonancia, la apoderada judicial del ente territorial accionado reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso de apelación; añadiendo que en caso de que se confirmen las condenas emitidas por la *a quo*, se tenga en cuenta el pago

realizado por el Municipio de Pereira y que fue consignado a órdenes del despacho el 27 de diciembre de 2019 por la suma de \$2.230.418, ello con la finalidad de parar la sanción moratoria.

Por su parte, la apoderada judicial de la parte actora reiteró los fundamentos fácticos, jurídicos y jurisprudenciales que expuso en la demanda, con base en los que aspira que se confirme en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Estando dentro del término otorgado, el Ministerio Público por medio del Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social con sede en Pereira, emitió su concepto frente al caso, coincidiendo plenamente con las consideraciones emitidas por el Juzgado Primero Laboral del Circuito, pues en su análisis considera que entre el señor Gabriel Romero Hernández y el Municipio de Pereira existió un contrato de trabajo entre el 12 de marzo de 2015 y el 31 de diciembre de 2015, siendo el trabajador beneficiario de las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre el ente territorial y el sindicato de sus trabajadores, concluyendo que el demandante tiene derecho a que se le reconozcan cada una de las prestaciones económicas fulminadas por la *a quo* el 3 de noviembre de 2020; razones por las que pide la confirmación de la sentencia recurrida y consultada.

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

PROBLEMAS JURÍDICOS

¿Existió entre el señor Gabriel Romero Hernández y el Municipio de Pereira un contrato de trabajo entre el 12 de marzo de 2015 y el 31 de diciembre de 2015?

¿Se encuentra acreditado en el proceso que el Sindicato de Trabajadores del Municipio de Pereira -Sintramunicipio- es la organización sindical que agrupa a la mayoría de los trabajadores del Municipio de Pereira?

¿Tiene derecho el actor a que se le reconozcan los derechos convencionales que fueron fulminados por la *a quo*?

¿Tiene derecho el accionante a que se le reconozca el auxilio de cesantías y la compensación de vacaciones de orden legal que fueron fijadas en el curso de la primera instancia?

¿Hay lugar a condenar al Municipio de Pereira a cancelar a favor del demandante veinte días de incapacidades, como lo ordenó la falladora de primera instancia?

¿Quedó demostrado en el proceso que el actuar del Municipio de Pereira se adecúa a los postulados de la buena fe?

De acuerdo con la respuesta al interrogante anterior ¿es dable absolver al ente territorial de la condena impuesta en primera instancia por concepto de sanción por no pago de prestaciones sociales?

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

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 concurren 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 otra circunstancia cualquiera.

PONENCIA DE LA DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

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 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 2.2.2.4.2. 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.

EL CASO CONCRETO

Como se ve en las páginas 23 a 26 del expediente digitalizado, el señor Gabriel Romero Hernández suscribió con el Municipio de Pereira contrato de prestación de servicios, en el que se comprometió a prestar sus servicios de *“apoyo en el desarrollo del proyecto de implementación de programas de generación de empleo en el Municipio de Pereira”* detallándose ese apoyo en labores de construcción y rehabilitación de obras inscritas dentro del plan de generación de empleo 2015, ejecutando actividades como ayudante de construcción; las cuales se ejecutaron entre el 12 de marzo de 2015 y el 31 de diciembre de 2015.

Con el objeto de dar detalles sobre los servicios prestados por el actor a favor del Municipio de Pereira, fue escuchado el testimonio del señor Jesús Amado Arias quien informó que conoció al señor Gabriel Romero Hernández con ocasión de los servicios prestados por él a favor del ente territorial accionada, más concretamente en la secretaría de infraestructura; informó que en el mes de agosto del año 2015, los ingenieros Lina Francisca y Ramón, que eran empleados de planta de esa dependencia del Municipio demandado, llegaron con el accionante a la estación de bomberos del barrio cuba, en donde estaban ejecutando unas obras civiles, y les dijeron que Gabriel había sido trasladado por ellos hacía ese frente de construcción y rehabilitación de obras civiles del Municipio de Pereira, indicándoles que él iba a desempeñar todas las tareas como ayudante de construcción; aseveró que en ese momento se dio cuenta que el señor Romero Hernández había acabado de reintegrarse laboralmente, ya que hacía poco tiempo se le había practicado una cirugía; a partir de ese momento, el demandante continuó prestando sus servicios como ayudante de obra en ese frente de trabajo, el cual ejecutó labores de construcción y rehabilitación de obras civiles en la estación de bomberos de cuba y en el velódromo; dijo que para realizar esas tareas, a todos ellos, incluido el señor Gabriel Romero Hernández le correspondía cumplir un horario de trabajo diario que iniciaba a las 7:00 am y finalizaba a las 5:00 pm, además de tener que cumplir con las ordenes e instrucciones que impartían los ingenieros de planta de la entidad demandada, dentro de los que estaban Lina Francisca y Ramón entre otros; al responder varios interrogantes formulados por la directora del proceso, el testigo aseguró que el demandante no era autónomo ni independiente para realizar las tareas que debía ejecutar como ayudante de obra, ya que tenía que seguir las ordenes que se le impartían, no podía ausentarse cuando él lo determinara, puesto que para ese tipo de situaciones tenía que pedir permiso a los ingenieros a los maestros de obra, que eran sus superiores jerárquicos, añadiendo que tampoco era potestad del trabajador disponer de su tiempo y mucho menos elegir a un tercero cualquiera que lo reemplazara en sus tareas; así mismo afirmó que las herramientas e implementos de trabajo con los que el actor ejecutaba sus tareas como ayudante de construcción eran propiedad del Municipio de Pereira; recordando que todos

ellos los que estuvieron desde agosto de 2015 en ese frente de trabajo, terminaron su vínculo contractual con la entidad demandada el 31 de diciembre de 2015.

Conforme con lo expuesto por el testigo, no existe duda en que los servicios prestados por el señor Gabriel Romero Hernández a favor del Municipio de Pereira, lo fueron bajo la continuada dependencia y subordinación que ejercía el ente territorial a través de los ingenieros de planta pertenecientes a la secretaría de infraestructura; siendo pertinente señalar que los dichos del único testigo oído en juicio fueron claros, espontáneos y coherentes frente a la dinámica en la que se ejecutaban las tareas y funciones por parte del accionante, para cumplir el objeto del contrato de trabajo, por cuanto él fue una de las personas con las que compartió actividades en el frente de trabajo que se dispuso para la construcción y rehabilitación de obras civiles en la estación de bomberos del barrio cuba y en el velódromo, actividades que se realizaron hasta el 31 de diciembre de 2015; por lo que, contrario a lo afirmado por la apoderada judicial de la entidad accionada en la sustentación del recurso de apelación, lo que quedó demostrado fue que los servicios prestados por el actor se realizaron bajo la continuada dependencia y subordinación de la entidad demandada, motivo por el que ese vínculo contractual estuvo regido por un auténtico contrato de trabajo, como correctamente lo determinó la *a quo*.

PONENCIA DE LA DOCTORA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Definido lo anterior, le corresponde a la Sala mayoritaria establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los emolumentos convencionales y legales reclamados, para ello es necesario subrayar, en primer término que, como prueba de la condición mayoritaria del sindicato, obra en el plenario el formulario de depósito de la convención colectiva de trabajo vigente del 1° de enero de 2014 al 31 de diciembre de 2016, que data del 08 de enero de 2014, firmado por la presidenta de la Organización Sindical, Gloria Patricia Gutiérrez Parra, donde se indica que la empresa (Municipio de Pereira) tiene 283 trabajadores, de los cuales 283 son beneficiarios de la convención.

De ese documento se desprende, que la totalidad de los trabajadores oficiales del Municipio de Pereira se encuentran afiliados a la Organización Sindical denominada "Sindicato de Trabajadores del Municipio de Pereira", con lo que se cumple el requisito de orden cuantitativo previsto en el precitado artículo 471 del C.S.T., para que se tenga a este sindicato como mayoritario y en tal virtud se extienda a todos los trabajadores de la empresa (en este caso, Municipio de

Pereira) las normas de las convenciones vigentes que el municipio haya celebrado con tal organización.

Siguiendo esa línea, procede la Sala a revisar la procedencia y el monto de las prestaciones convencionales y legales a las que accedió la a-quo en la sentencia objeto de consulta, así:

Auxilio de transporte: acerca de la viabilidad del pago de dicha prestación, en sentencia del 20 de enero de 2021, rad. 2018-00497, con ponencia de la Magistrada Olga Lucía Hoyos Sepúlveda, esta Corporación recogió el precedente expresado en otras decisiones donde se había negado el pago de este emolumento por desconocer el monto del auxilio del año 1997, lo que impedía actualizar la base hasta valor presente, para en su defecto acceder a su pago bajo el siguiente análisis:

“La procedencia de este auxilio deviene de que aun cuando la convención colectiva de 1997 en la cláusula 3ª establece que el Municipio “queda obligado a aumentar el valor del auxilio pactado convencionalmente en la misma proporción en que se incremente en forma gradual o global el auxilio de transporte por medio de Decretos, Ordenanzas o Resoluciones de carácter Municipal, etc...”, es decir, que de antemano se requiere conocer el valor del auxilio de transporte fijado convencionales, es preciso acotar que con las convenciones colectivas allegadas es posible determinar dicho valor. Así:

De conformidad con la cláusula No. 2 de la Convención de 1992 se adujo que el auxilio correspondía a \$12.535, y que para el año 1993, sería dicho valor incrementado conforme aduzca el Gobierno Nacional (D.2107/1992 –25.01%) más 4 puntos, pero para 1994 apenas aumentaría conforme el incremento que haga el gobierno nacional (D.2548/1993 –19%).

A su vez, la convención colectiva suscrita el 08/11/1994 en su cláusula 1ª definió que el auxilio de transporte convencional incrementaría en igual proporción que el legal (D. 2873/1994 –20.5%; D. 2310/1995 -25.45%; D.2335/1996 -27.15%) pero se adicionaría un 2%.

Por último, en la convención suscrita el 02/12/1997 se estableció que el auxilio convencional incrementaría conforme al establecido por el gobierno nacional (D.3103/1997 –20%). A partir de allí, ninguna variación se incluyó para el auxilio de transporte convencional por lo que para la actualidad seguirá aplicándose aquel contenido en la convención suscrita el 02/12/1997.

En ese sentido, efectuados las liquidaciones pertinentes el auxilio de transporte convencional para 1997 ascendía \$38.803 y para 1998 a \$46.564; por lo que, para el año 2015 ascendía a \$166.439 2015, 2016 \$174.761, 2017 \$186.994, 2018 \$198.401, 2019 \$218.241 y 2020 \$231.335”.

Aplicado tal precedente al caso de marras y con apoyo en los valores allí reseñados, el demandante tendría derecho al pago de dicho auxilio por valor de \$1.597.814 (como se observa en la siguiente tabla de liquidación), cifra que resulta un poco superior a la pagada en primera instancia (\$1.416.049), de modo que este último monto se mantendrá incólume en esta sede de consulta, por cuanto no fue apelado por la parte demandante.

AÑO	DESDE	HASTA	T. DÍAS	AUX. TRANS	TOTAL
2015	12/03/2015	31/12/2015	288	\$ 166.439	\$ 1.597.814

PRIMA DE NAVIDAD, en lo que atañe a esta prestación, se precisó en primera instancia que su fundamento encuentra respaldo 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 convención no señala la manera de liquidar tal prestación en aquéllos eventos en los 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 con el 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, liquidado tal emolumento tomado como referencia el salario (honorarios) del trabajador, más el auxilio de transporte, el actor tiene derecho al pago de la suma \$1.254.181 (conforme la siguiente liquidación, suma que resulta inferior a la calculada en primera instancia (\$1.904.805), de modo que se confirmará el monto de dicha condena dando alcance al grado jurisdiccional de consulta.

AÑO	DESDE	HASTA	TOTAL -DÍAS	SALARIO	AUX. TRAN	TOTAL
2015	12/03/2015	31/12/2015	288	\$ 1.140.000	\$ 166.439	\$ 1.254.181

PRIMA EXTRALEGAL: dicho emolumento tiene su génesis en la convención de 1990, en la que escuetamente se indica que será pagadera en junio y que equivale a 30 días del monto del salario vigente al momento de su causación. En estas condiciones, como quiera que su causación no está

supeditada al cumplimiento de un periodo mínimo de trabajo, se liquidará de manera proporcional al tiempo laborado por el actor, conforme se aprecia en el siguiente cuadro:

AÑO	DESDE	HASTA	TOTAL - DÍAS	SALARIO	TOTAL
2015	12/03/2015	31/12/2015	288	\$ 1.140.000	\$ 912.000

Como quiera que el resultado es superior al calculado en primera instancia (\$684.000), se mantendrá incólume la condena de primera instancia, por ser favorable a los intereses de la entidad demandada.

AUXILIO DE CESANTÍAS

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 tiene derecho el señor Romero Hernández a que se le reconozca y liquide por este concepto, 30 días de salario por cada año de servicios prestados o proporcionalmente por fracción.

Teniendo en cuenta que el salario mensual devengado por el actor ascendía a \$1.140.000, como se aprecia en el contrato de prestación de servicios suscrito el 12 de marzo de 2015 -págs.23 a 26 expediente digitalizado-, tiene derecho a que se le reconozca por dicho concepto la suma de \$918.333 y no la suma de \$1.587.337 fulminados en el curso de la primera instancia.

COMPENSACIÓN DE VACACIONES

En torno a esta ítem, tiene derecho el accionante a que se le reconozcan 15 días de vacaciones proporcionales al tiempo de servicios prestados en el año 2015, tal y como lo prevén 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; por lo que al haber prestado sus servicios entre el 12 de marzo y el 31 de diciembre de 2015, tiene derecho a percibir por ese concepto la suma de \$459.167, como acertadamente lo determinó la falladora de primer grado.

Siguiendo con el estudio de la sentencia recurrida y consultada a favor del Municipio de Pereira, pertinente es recordar que al iniciar la presente acción el señor Gabriel Romero Hernández afirmó que el contrato de trabajo estuvo suspendido durante 20 días debido a una incapacidad médica.

Respecto a esa situación, demostrado está con los documentos visibles en las páginas 27 a 29 del expediente digitalizado, que el señor Gabriel Romero Hernández fue intervenido quirúrgicamente el 17 de julio de 2015 como producto de una hernia inguinal unilateral, la cual generó que se emitiera incapacidad por veinte días a partir de esa calenda.

Así mismo, al dar respuesta a la demanda -págs.55 a 71 expediente digitalizado- la entidad accionada afirmó que, a raíz de esa incapacidad, las partes de común acuerdo decidieron suspender el contrato de trabajo; sin embargo, como se observa en el artículo 44 del decreto 2127 de 1945, ninguna de las ocho causales allí dispuestas prevé la suspensión del contrato de trabajo por cuenta de una incapacidad como la que se le expidió al accionante; motivo por el que atinada resultó la decisión adoptada por la *a quo* consistente en no validar la suspensión del contrato de trabajo al no estar amparada en la ley.

No obstante, más allá de ello, lo que pretende realmente el señor Romero Hernández es que la entidad accionada le cancele la totalidad de la incapacidad generada por veinte días a partir del 17 de julio de 2015.

En ese sentido se debe decir que al entrar en vigor la Ley 100 de 1993, el pago de licencias por enfermedad de origen común le fue asignado a las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social, estableciéndose en el parágrafo 1° del Decreto Reglamentario 1406 de 1999 modificado por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a dos días y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, siempre y cuando se haya efectuado la afiliación del trabajador al SGSS, porque de lo contrario, o en el evento en que se encuentre en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, el pago de las incapacidades corre por cuenta de la empleadora.

Conforme con lo referido anteriormente y con base en las pruebas referidas líneas atrás, claro es que, al Municipio de Pereira, como empleador del señor Gabriel Romero Hernández, estaba en la obligación de cubrir los dos primeros días de incapacidad, que ascienden a la suma de \$50.662,

Ahora, como se ve en la historia clínica del accionante -pág.27 expediente digitalizado- para la fecha en que se produjo la cirugía y corrió el término de incapacidad, el señor Romero Hernández se encontraba afiliado a la EPS Salud Total S.A., lo que demuestra que el trabajador se encontraba debidamente afiliado al sistema general de seguridad social en salud, por lo que es esa entidad la

llamada a reconocer las incapacidades generadas a partir del tercer día y hasta el día veinte de incapacidad; aplicando íntegramente las normas que regulan el tema y que fueron relacionadas anteriormente.

Conforme con lo expuesto, se modificará la condena emitida por la *a quo* en ese sentido, condenando a la entidad accionada a cancelar los dos primeros días de incapacidad por la suma de \$50.662, como se dijo anteriormente.

Continuando con el análisis de la providencia, es del caso recordar que al iniciar la acción, el señor Gabriel Romero Hernández solicitó que 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 N°41927, 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.”*

Tampoco puede perderse de vista que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia tiene sentado que este tipo de sanciones no se causan de manera automática, pues en cada caso en concreto debe analizarse si el demandado acredita que la omisión en el pago de sus obligaciones al trabajador, obedecieron a razones atendibles que puedan ubicarse en el plano de la buena fe, pues de ser así, no habrá lugar a su imposición, no obstante, en este evento el Municipio de Pereira no desplegó ninguna acción probatoria encaminada en ese aspecto, por lo que no existen pruebas en el proceso que demuestren que el accionar de la entidad demandada estuvo enmarcado dentro de la órbita de la buena fe; razón por la que tiene derecho el señor Gabriel Romero Hernández a que se le reconozca y pague por dicho concepto la suma diaria de \$38.000 a partir del 1° de abril de 2016 y hasta que se verifique el pago total de la obligación, como correctamente lo definió el juzgado de conocimiento.

En torno a la afirmación hecha por parte de la apoderada judicial del Municipio de Pereira en los alegatos de conclusión, consistente en que se tuviera en cuenta el pago realizado por el ente territorial y que fue consignado a órdenes del despacho el 27 de diciembre de 2019 por la suma de \$2.230.418, ello con la finalidad de parar la sanción moratoria; lo cierto es que en el plenario no obra prueba de ello.

No obstante, tal y como se dejó dicho en la condena emitida por concepto de sanción moratoria, ella solo corre hasta que se verifique el pago total de la obligación, por lo que en caso de haberse puesto a disposición del accionante la suma referida anteriormente con la que se cubriría la condena aquí fulminada, como lo afirma la profesional del derecho que representa los intereses del ente territorial accionado, esa sanción pararía en ese momento.

Al haberse modificado el monto de algunas condenas en contra de la entidad accionada, se modificará el ordinal quinto de la sentencia emitida el 3 de noviembre de 2020, en el sentido de condenar en costas procesales en esa sede al Municipio de Pereira en un 60%.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal SEGUNDO de la sentencia recurrida, el cual quedará así:

*“**SEGUNDO. A. CONDENAR** al MUNICIPIO DE PEREIRA a reconocer y pagar a favor del señor GABRIEL ROMERO HERNÁNDEZ las siguientes sumas de dinero: i) \$918.333 por concepto de auxilio de cesantías, ii) \$1.254.181 por concepto de prima de navidad, iii) 684.000 por concepto de prima extralegal de junio, iv) \$459.167 por concepto de compensación de vacaciones, v) \$1.416.049 por concepto de auxilio de transporte y vi) \$50.662 por concepto de dos (2) días de incapacidad que no le fueron cancelados al actor”.*

SEGUNDO. MODIFICAR el ordinal QUINTO de la sentencia recurrida, en el sentido de **CONDENAR** al MUNICIPIO DE PEREIRA en costas procesales en un 60%.

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

Sin costas en esta sede.

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

Quienes Integran la Sala,

JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ
Magistrado Ponente
SALVA PARCIALMENTE

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN
Magistrada

GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO
Magistrado

Sin constancias ni firmas secretariales conforme artículo 9 del Decreto 806 de 2020

Firmado Por:

Julio Cesar Salazar Muñoz
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 2 Laboral
Tribunal Superior De Pereira - Risaralda

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

German Dario Goez 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:

1aae2be2847077d67070fe1340088ea84d9a204f22747d0297eaad4306ef85c6

Documento generado en 19/01/2022 07:07:45 AM

**Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**