***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 5 de mayo de 2016.*

***Radicación No****:**66001-31-05-002-2014-00069-01*

***Proceso****:*  *Ordinario Laboral.*

***Demandante****: Andrés Felipe Ángel Jaramillo*

***Demandado:*** *Instituto de Seguros Sociales en Liquidación*

***Juzgado de origen****: Segundo Laboral del Circuito de Pereira*

***Magistrado Ponente:*** *Francisco Javier Tamayo Tabares.*

***Tema a tratar: Contrato de prestación de servicios. Características.*** *Es que como es sabido, los contratos de prestación de servicios, regidos por la Ley 80 de 1993, artículo 32-2, poseen unas características esenciales, como su carácter excepcional y temporal o que debe ser celebrado para atender funciones dentro de un estricto término y que se trate de labores que dejen de ser ejecutadas por los trabajadores de planta, o se requiera un conocimiento especializado.* ***Indemnización moratoria. Contrato realidad.*** *Finalmente, en lo tocante a la indemnización moratoria, dígase que los argumentos sobre la mala fe de la entidad demandada son plenamente compartidos por esta Colegiatura, pues a decir verdad resulta infausta la actuación del ISS para con el demandante, cuando de manera evidente trata de eludir sus responsabilidades patronales bajo una figura jurídica establecida para eventos y situaciones especiales como lo es el contrato de prestación de servicios. No puede aceptarse que la entidad obró bajo el convencimiento de legalidad que se alega en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, pues es absolutamente evidente la tergiversación de la figura contractual utilizada, la imposición de cargas que solamente se pueden predicar de una relación laboral y nunca de un contrato de la naturaleza del suscrito.*

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy cinco (5) de mayo de dos mil dieciséis (2016), siendo las nueve y cuarenta y cinco minutos de la mañana (09:45 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala Laboral del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto el acto, para decidir el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 3 de marzo de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Andrés Felipe Ángel Jaramillo*** contra el ***Instituto de Seguros Sociales en Liquidación*** y la ***Fiduprevisora.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

I- ***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que se persigue en este proceso que se delare la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el ISS, el cual tuvo vigencia entre el 08 de enero de 2008 y el 30 de noviembre de 2012, como consecuencia de lo anterior, pide que se ordene al ente demandado la diferencia salarial por todo el tiempo laborado, aportes a pensión y salud, compensación de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de vacaciones, la devolución de lo pagado por el actor a pensión y salud, la indemnización moratoria, la indemnización por despido injusto el 10% retenido en la fuente y las costas del proceso.

Como sustento fáctico de estos pedidos, se relata que el actor se vinculó al ISS mediante un contrato del 17 de diciembre de 2007, que prestó sus servicios personales desde el 08 de enero de 2008 y hasta el 28 de febrero de 2009 en el cargo de profesional universitario, que a partir del 02 de marzo de 209 y hasta el 30 de noviembre de 2012 laboró como profesional especializado, que los servicios se prestaron en las instalaciones de la entidad, que las remuneraciones pagadas siempre fueron inferiores a quien tenía igual cargo y funciones en la planta de personal, que la última remuneración percibida era la suma de $2.216.137, mientras que la persona de planta devengaba la suma de $3.369.916, que en la ejecución de los contratos el demandante debía cumplir horario, que recibía órdenes directas de la jefe de pensiones, que no era autónomo sino que debía seguir los lineamientos del Instituto, que nunca se pagaron prestaciones sociales, que mediante escrito radicado el 15 de enero de 2013 se agotó la reclamación administrativa y que se recibió respuesta negativa. Con la reforma a la demanda se adicionó además que el Instituto no prorrogó el contrato sin justa causa.

Admitida la demanda, se dispuso el traslado a la entidad demandada, la cual allegó respuesta en la que se pronunció respecto a los hechos aceptando la prestación de servicios personales que hacia el demandante, los extremos de la vinculación tanto de profesional universitario como de profesional especializado, el lugar donde se prestó el servicio, la remuneración pagada a lo largo de la relación al demandante, las ordenes que emitía personal del Instituto, lo atinente a la reclamación y a la respuesta dada, así como la retención en la fuente. Frente a los restantes indica no ser ciertos o no constarle. Se opone a las pretensiones de la demanda y formula como medios exceptivos de fondo los de “Pago total de la deuda”, “Cobro de lo no debido”, “Enriquecimiento sin justa causa”, “Buena fe” y “Prescripción”.

II-***SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira declaró la existencia de un contrato de trabajo celebrado entre los litigantes, al encontrar que se desvirtuó de manera suficiente la naturaleza de prestación de servicios que se le quiso dar a los varios que contratos que existieron entre las partes, cuando en verdad el señor Ángel Jaramillo estaba subordinado. Así mismo encontró que el actor debe ser tenido como trabajador oficial de la entidad demandada, pues la misma tenía la naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Estado, en las cuales, por regla general, los servidores públicos son trabajadores oficiales, salvo que se señalen como empleados públicos en los estatutos, lo que no ocurre en el caso puntual.

Encontró que el demandante era beneficiario de la convención colectiva de trabajo pues no existía renuncia a ella y, por lo tanto, luego de estudiar la prescripción, procedió a liquidar las prestaciones sociales con apoyo en la aludida convención. Impuso además la indemnización por despido injusto, pues no encontró razón para la terminación del contrato y sentenció al pago de la moratoria de que trata el Decreto Ley 797 de 1949, al estimar que era evidente la mala fe de la entidad al desconocer los derechos del demandante.

Dicha decisión no fue objeto de recurso alguno, razón por la cual se le remitió en consulta, al ser el Estado garante de las obligaciones impuestas a la entidad demandada.

III- ***CONSIDERACIONES***

***Problema jurídico*.**

 Para resolver el grado jurisdiccional de consulta de la decisión de primer grado, es indispensable resolver el siguiente interrogante:

*¿Se configuró un contrato de trabajo entre las partes enfrentadas en este litigio?*

***Alegatos en esta instancia***:

En este estado de la diligencia y antes de que la Colegiatura, de respuesta al problema jurídico planteado, con el propósito de desatar el recurso, se corre traslado por el término de 8 minutos, a cada uno de los voceros judiciales de las partes asistentes a la audiencia,

***Solución al problema jurídico.***

Se pretende, de conformidad con el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecido en el artículo 53 de la Carta Magna, que se declare la existencia de un contrato de trabajo celebrado por Andrés Felipe Ángel Jaramillo y el Instituto de Seguros Sociales extinto, entre el 08 de enero de 2008 y el 30 de noviembre de 2012 y, como consecuencia de dicha declaración, se condene a esta última al reconocimiento y pago de unas acreencias laborales legales y convencionales.

Por su parte, la accionada opone la celebración de unos contratos de prestación de servicios, por lo que habrá de auscultarse, prioritariamente, la presencia o ausencia del elemento subordinación en la relación debatida.

 En el caso *sub judice*, la entidad demandada en la contestación del libelo introductorio, las pruebas documentales allegadas al plenario y las declaraciones rendidas por Paola Andrea Romero Cardona, Jorge Eduardo Ospina Calle, Jaime Andrés Restrepo Botero y María Matilde Londoño Rodas, dieron cuenta de la prestación personal del servicio por parte del demandante en favor de la entidad demandada en el Departamento de Pensiones, las labores ejecutadas por éste, encaminadas a resolver solicitudes de reconocimiento de pensiones de vejez, invalidez y muerte, lo que hacía siguiendo los lineamientos e instrucciones que la entidad demandada le impartía, a través de la Jefe de dicho Departamento, doctora María Gregoria Vásquez; indicaron además los testigos que el señor Ángel Jaramillo debía cumplir horario, el cual era sigilosamente exigido, que no podía delegar la realización de la labor en nadie, que podía recibir llamados de atención, que los elementos para desarrollar la labor eran del Instituto demandado, entre otros aspectos, los cuales dan cuenta de que el señor Andrés Felipe ejecutó sus labores con sujeción al Instituto, sin posibilidad de autonomía o independencia, razones que sin duda conllevan a la necesidad de mutar la naturaleza de los contratos suscritos, convirtiéndolos en contratos de trabajo. Es que como es sabido, los contratos de prestación de servicios, regidos por la Ley 80 de 1993, artículo 32-2, poseen unas características esenciales, como su carácter excepcional y temporal o que debe ser celebrado para atender funciones dentro de un estricto término y que se trate de labores que dejen de ser ejecutadas por los trabajadores de planta, o se requiera un conocimiento especializado, características todas que se echan de menos frente a los convenios por prestación de servicios suscritos entre las partes, de lo cual se puede inferir sin ambages, que en realidad la relación de trabajo personal que existió entre las partes debe estar regida por las normas del derecho laboral.

 Determinado el carácter de laboral de la relación que existió entre los litigantes, paso obligado lo constituye el verificar la calidad de trabajador oficial que pudo ostentar el actor, al encontrarse prestando sus servicios en una entidad de naturaleza pública. Para ello, es preciso determinar, por un lado, el componente orgánico, en orden a precisar la naturaleza de la institución a la que se prestó el servicio: Nación, Departamento o Municipio, establecimiento público, Empresa Industrial y Comercial del Estado, etc., y por el otro lado, el funcional, relativo a las tareas encomendadas al servidor.

Para ello, es menester recordar que con arreglo en el artículo 275 del La Ley 100 de 1993, el ISS, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, por lo que de conformidad con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, sus servidores son por regla general, trabajadores oficiales; regla que se mantiene en el literal b) del artículo 3º del Decreto 1848 de 1969.

En el *sub-lite,* no hay margen a duda de que en el caso del demandante se reúne, tanto el componente orgánico como funcional, de trabajador oficial, en la medida en que fungió en una empresa industrial y comercial del Estado, en labores inherentes a la proyección de resoluciones de reconocimiento o negativa de prestaciones pensionales.

De modo que, acertó la jueza de primer grado, en cuanto declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes aquí enfrentadas, atendiendo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades sin solución de continuidad, tal cual lo revela las copias de los contratos visibles a folios 19 a 31, desde el 08 de enero de 2008 y el 30 de noviembre de 2012, extremos que coinciden con lo peticionado en la demanda y lo aceptado en la contestación.

 Establecido lo anterior, se incursionará el análisis acerca de la fuente generadora de los salarios, prestaciones e indemnizaciones reclamados por el gestor del litigio, que no es otra que la convención colectiva de trabajo, celebrada por la demandada con su agremiación sindical.

Respecto al tema, debe decirse que el texto convencional que interesa en este momento es aquél que se hallaba vigente al momento del inicio de la relación y que se ha mantenido vigente hasta la fecha de terminación, documento que fue allegado al proceso –fl. 161 a 234-, el cual cuenta con la respectiva nota de depósito –fl. 234-, siendo aplicable la misma a *“los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales (…) que sean afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención”* -art. 3º-, sin que en el plenario exista renuncia a los eventuales beneficios convencionales por parte del actor y, además, el sindicato agremiaba a más de la tercera parte de los trabajadores del ISS, (fl. 241) lo que hace que, por mandato legal (numeral 1º Artículo 471 del CST) sea extensible a todos los trabajadores del Instituto.

Así las cosas, no queda duda para esta Colegiatura que: (i) existió contrato de trabajo entre el señor Andrés Felipe Angel Jaramillo y el Instituto de Seguros Sociales, el cual se verificó entre el 08 de enero de 2008 y el 30 de noviembre de 2012, (ii) que en virtud de esa relación laboral, el señor Ángel Jaramillo debe tenerse como trabajador oficial del Instituto y (iii) que el actor es beneficiario de la convención colectiva del trabajo que existía entre el ISS y Sintraseguridad social.

Así las cosas, para rematar el análisis de la sentencia consultada, se adentrará la Corporación en las liquidaciones efectuadas, a fin de verificar si son o no correctas.

La Jueza impuso una condena por concepto de diferencia salarial causada entre el 13 de enero de 2010 y el finiquito del contrato -30 de noviembre de 2012, de $36.119.238, esta Sala efectuando las respectivas operaciones aritméticas, encuentra que el valor de la condena debió ser más alto, pero en virtud del mandato de *no reformatio in pejus*, se abstendrá la Colegiatura de modificarla.

La prima de servicios que contempla la convención colectiva en su artículo 50 –fl. 176- equivale a dos quincenas anuales. Teniendo en cuenta el real salario que debió devengar el actor, la prima de servicios debió equivaler a la suma de $9.409.364,67, sin embargo en primera instancia se impuso una condena menor -$9.288.388- la cual resulta inmodificable en respeto a la no desmejora de la condición del beneficiario de la consulta.

Frente al tema de las vacaciones, señala el artículo 48 de la convención que para las personas que tengan hasta cinco años continuos tendrán derecho a 15 días hábiles por cada año trabajado. Pues bien, esta hipótesis no se aplica al actor, toda vez que la misma, conforme a su redacción, únicamente resulta aplicable a quienes se encuentren laborando al servicio del Instituto, mas no contempla la situación de quienes han cesado su vinculación con dicho ente. Por tal razón, lo que procede en este caso es la compensación por el no pago de las vacaciones, en los términos del artículo 1º de la Ley 995 de 2005, que fue lo que precisamente hizo la Jueza a-quo, encontrándose que el valor impuesto en la sentencia $8.251.314 es correcto.

En cuanto a las cesantías y sus intereses, ha de decirse que las mismas se regulan en el canon 62 de la convención colectiva. Se observa que la liquidación efectuada por la Jueza a-quo excede el valor que reamente debe pagarse por estos conceptos, por lo que se reajustará la condena así:



Se modificará la condena en cuanto a la condena por concepto de auxilio de cesantías y de intereses a las cesantías, las cuales quedarán en $14.829.719, 20 y $1.129.123,76, respectivamente.

La prima técnica, contenida para el personal no médico en el artículo 41 A de la convención, contempla un porcentaje sobre la asignación básica mensual de 10% para los profesionales y 12% para los especializados, la cual se cancelara mensualmente y no será constitutivo de salario. Para el caso puntual el porcentaje a aplicar era de 12%, por lo que atendiendo el lapso no cubierto por prescripción, el valor a pagar por esta suma correspondería a $13.549.485,12, sin embargo, como en primera instancia se fijó una cifra menor ($13.375.578), en aplicación –nuevamente- de la prohibición de reforma en desmejora de quien se surte la consulta, se mantendrá la condena impuesta en primera instancia.

Respecto a la indemnización por despido injusto, ha de indicarse como lo hizo la Jueza a quo, que no hay razón alguna atendible para que al actor no se le prorrogará la vinculación por mayor tiempo, por lo que el despido resulta injustificado, máxime cuando no se adelantó el trámite correspondiente señalado en el texto convencional –art. 5- . Así las cosas, baremando la indemnización de conformidad con la tabla que establece la convención se tiene que:



Así las cosas, se observa que la liquidación efectuada por la Sala es ligeramente inferior a la efectuada por la a-quo, razón por la cual se modificará la condena por este rubro

Finalmente, en lo tocante a la indemnización moratoria, dígase que los argumentos sobre la mala fe de la entidad demandada son plenamente compartidos por esta Colegiatura, pues a decir verdad resulta infausta la actuación del ISS para con el demandante, cuando de manera evidente trata de eludir sus responsabilidades patronales bajo una figura jurídica establecida para eventos y situaciones especiales como lo es el contrato de prestación de servicios. No puede aceptarse que la entidad obró bajo el convencimiento de legalidad que se alega en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión, pues es absolutamente evidente la tergiversación de la figura contractual utilizada, la imposición de cargas que solamente se pueden predicar de una relación laboral y nunca de un contrato de la naturaleza del suscrito. Por lo tanto, se insiste, se comparten a plenitud los argumentos de la juzgadora de primera instancia y, por lo mismo, se confirmará esta parte de la decisión.

Así las cosas, se modificará la sentencia consultada en lo tocante al valor de las condenas por auxilio de cesantías, por intereses a las cesantías y por indemnización por despido injusto, confirmándose en todo lo demás.

Sin costas en esta instancia.

IV- ***DECISIÓN.***

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

***FALLA***

 ***Primero:* *Modifica***el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia, respecto a las condenas impuestas por concepto de cesantías e intereses a las cesantías, las cuales quedarán así:

Por concepto de cesantías: $14.829.719,20.

Por concepto de intereses a las cesantías: $1.129.123,76.

 ***Segundo: Modifica*** el numeral cuarto de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado y en su lugar, ***condena*** al ***Instituto de Seguros Sociales en liquidación,*** a través de la ***Fiduprevisora S.A.,*** a reconocer pagar en pro de ***Andrés Felipe Ángel Jaramillo,*** por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la suma de $18.736.732,96.

 ***Tercero: Confirma*** todo lo demás.

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

Notificación surtida ***en estrados.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**ISSA FARAEL ULLOQUE TOSCANO ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrado Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretaria