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



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Asunto.** Apelación

**Proceso.** Ordinario laboral

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-004-2014-00325-01

**Demandante:** Carolina Guerrero Londoño

**Demandado:** Instituto del Seguro Social en liquidación

**Vinculado:** Fiduciaria La Previsora S.A

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

**Tema a Tratar:**

**Elementos del contrato de trabajo y principio del contrato realidad**

Para desentrañar los problemas jurídicos planteados se hace necesario recordar, que los elementos esenciales que se requieren concurran para la configuración del contrato de trabajo del empleado oficial, son la actividad personal del trabajador, esto es, que éste la realice por sí mismo, de manera prolongada; la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que faculta a éste para requerir el cumplimiento de órdenes o instrucciones al empleado y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio (artículo 2 del Decreto 2127 de 1945).

Estos requisitos los debe acreditar el demandante, de conformidad con el art. 177 del C. de P. C., vigente para el momento de la sentencia, que se aplica por remisión del artículo 145 del C. P. T. y S.S.; carga probatoria que se atenúa con la presunción consagrada el art. 20 del Decreto 2127 de 1945, a favor del trabajador, a quien le bastará con probar la prestación personal del servicio para dar por sentado la existencia dentro del contrato de trabajo, por cualquier medio de prueba [testimonial, confesión espontánea, ficta o provocada, documental] aún a través de las presunciones de que trata el art. 77 del CPTSS, o afirmaciones o negaciones indefinidas, en cuyo caso los hechos estarán exentos de prueba; de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar la presunción legal; criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente providencia.

En atención a la discusión que se suscita en este asunto, requiere especial mención el principio constitucional consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional denominado primacía de la realidad, que tiene como propósito hacer imperar la realidad sobre las formas, siendo este el mecanismo para efectivizar, también el principio laboral de la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles de quienes ostentan la calidad de trabajadores, pues acreditada la existencia de los elementos de un contrato de trabajo, debe estarse a esta verdad y no a la apariencia; sin importar la aquiescencia de la persona que convino en la celebración del contrato que no corresponde a su realidad, dado el carácter de orden público que tienen las normas de trabajo.

**Citación jurisprudencial:** CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, sentencias del 16 de marzo de 2005, Rad.23987; 24 de enero de 2012, Rad.37288; 31 de enero de 2012, Rad.37389.

TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, Sala Laboral, sentencias del 18 de diciembre de 2015, Rad. 2013-00517-01; 10 de agosto de 2016, Rad. 2014-00277-01; 01 de septiembre de 2016, Rad. 2015-00748.

En Pereira, a los veintisiete (27) días del mes de octubre de dos mil dieciséis (2016), siendo las dos y treinta minutos de la tarde (02:30 p.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, declara abierta la sesión con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación frente a la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2015, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Carolina Guerrero Londoño** contra el **Instituto del Seguro Social en liquidación.**

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandado y su apoderado:

**TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende la señora Carolina Guerrero Londoño**,** que se declare que (i) entre ella y el Instituto de Seguros Sociales ISS, en liquidación, para el momento de incoarse la demanda, se celebró contrato de trabajo a término indefinido del 04-08-2011 a 31-03-2013; y (ii) es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo entre Sintraseguridadsocial y el ISS; en consecuencia, (i) se pague la diferencia del salario devengado por un empleado de planta del nivel profesional respecto de la demandante, debidamente indexado; (ii) el reajuste de los aportes a pensiones; (iii) cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, por el no pago de los intereses a las mismas, prima de servicio legal y extralegal, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, prima técnica para personal no médico; (iv) a pagar lo cancelado por ella al sistema de seguridad social en salud y pensiones previo los descuentos de ley; (v) asimismo la indemnización moratoria prevista en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949.

Fundamenta sus pretensiones en que: (i) prestó sus servicios personales remunerados al ISS seccional Risaralda como profesional universitaria (abogada) bajo las órdenes impartidas por el Jefe de Departamento de Pensiones del ISS y el Gerente seccional de la misma entidad, en un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 1:00 p.m. a 5:00 p.m.; (ii) los contratos de prestación de servicios que celebró fueron del 04-08-2011 al 31-03-2013; (iii) devengó como salario $1.842.345 desarrollando las mismas funciones que un profesional de planta del ISS quien ganaba $2.746.955; (iv) mensualmente realizó los pagos al sistema de seguridad social, que en promedio fueron de $208.000 para los años 2011-2012 y $213.000 para el año 2013; (v) el ISS suscribió una convención colectiva con el sindicato de trabajadores del Seguro Social Sintra seguridad Social, donde se incluyó a todos los trabajadores de planta como beneficiarios, sin distinguir si es afiliado o no al sindicato, por lo tanto es beneficiaria de dicha convención vigente 2001-2004; (vi) no se le han pagado las prestaciones sociales, reajuste salarial, ni los beneficios de la convención colectiva como prima técnica, vacaciones convencionales, prima de servicios convencional, cesantías e intereses; (vii) la reclamación administrativa se presentó el 15-08-2013.

**Instituto de Seguros Sociales ISS en liquidación** aceptó la prestación personal remunerada de la demandante, las órdenes impartidas por el Jefe de Departamento de Pensiones del ISS y el Gerente seccional de la misma entidad, la dependencia y subordinación de la prestación personal del servicio, los contratos de prestación de servicios desde el 04-08-2011 al 31-03-2013, la asignación de los implementos de trabajo por el ISS, las funciones desempeñadas, el salario devengado por un profesional de planta; el no pago de prestaciones sociales, los beneficios de la convención colectiva, el reajuste salarial y la reclamación administrativa; frente al salario adujo que era $1´842.345 pero por honorarios.

A pesar de lo anterior, negó la existencia de un contrato de trabajo, por cuanto fueron de prestación de servicios, en total cuatro (4) con otro sí, con solución de continuidad; la diferencia salarial con el profesional de planta, el ejercicio de las funciones propias de personal de planta, los pagos de la seguridad social bajo amenaza, pues eran obligatorios al ser un contrato de prestación de servicios, el horario de trabajo, la convención colectiva por cuanto no está vigente, la condición de trabajadora oficial y por lo tanto, no le es aplicable dicha convención. Frente a las pretensiones se opuso, no las aceptó y propuso las excepciones que denominó “pago total de la deuda”, “cobro de lo no debido”, “enriquecimiento sin justa causa”, “buena fe” y “prescripción”.

**2. Síntesis de la sentencia objeto de apelación**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira declaró la existencia de un contrato laboral a término indefinido desde el 04-08-2011 hasta el 31-03-2013 y como consecuencia, condenó al ISS, donde actualmente FIDUAGRARIA actúa única y exclusivamente como administrador y vocera del patrimonio autónomo de remanentes PAR ISS, a pagar la diferencia salarial entre lo que devengó la actora y lo que debía percibir, la prima de servicios convencional, vacaciones convencional, cesantías, intereses a las cesantías, prima técnica, la indemnización moratoria conforme al Decreto Ley 797 de 1949, al pago por concepto de pensiones sobre las diferencias salariales ordenadas en el fondo al cual se efectuaron las respectivas cotizaciones junto con los respectivos intereses moratorios de acuerdo a la ley 100 de 1993, de conformidad con el cálculo actuarial que realice el respectivo fondo. Por último declaró que en el evento de presentarse otros cambios respecto a la entidad que debe asumir el pago de estas condenas, la sentencia será efectiva contra la entidad que en su momento tenga a su cargo la administración del patrimonio autónomo del ISS.

Como fundamento de su decisión manifestó que no hay duda frente a la prestación personal del servicio en calidad de abogada cuya ejecución se formalizó a través de contratos de prestación de servicios, los cuales sucedieron sin solución de continuidad desde el 04-08-2011 hasta el 31-03-2013 y su objeto fue siempre el mismo, con subordinación, de lo que da cuenta la prueba testimonial.

Agregó que teniendo en cuenta que el ISS es una empresa industrial y comercial del estado del orden nacional y en virtud del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968 y el 3 del Decreto 1848 de 1969, sus servidores tienen la calidad de trabajadores oficiales, y esta calidad es la que ostentó la demandante, por lo que es beneficiaria de la convención colectiva entre el ISS y el sindicato de sus trabajadores al no renunciar a su aplicación, según el artículo 3.

De las prestaciones solicitadas las concedió, salvo la prima de vacaciones, porque se reconoce a partir del quinto (5) año de servicio y la actora laboró un año, siete meses y veintisiete días; el auxilio de transporte al dejar de probar el valor que al 31 de diciembre pagaba el ISS por ese concepto, razón por la cual no hay forma de realizar la liquidación respectiva; auxilio de alimentación ya que el cargo de profesional universitario no tiene derecho a su reconocimiento y pago; la prima de navidad y de antigüedad, por cuanto los artículos 1 y 2 del Decreto 1042 de 1978 no las contempla para los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del estado y el reintegro de los aportes a la seguridad social, por falta de prueba que permita identificar el valor total que pagó la actora; prima legal del servicio porque no está consagrada para los trabajadores oficiales de una empresa industrial y comercial del estado; la indemnización por no consignar las cesantías y pago de esos intereses por carencia de norma de rango legal que disponga que a los trabajadores del ISS se les aplique el régimen de cesantías regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

**3. Síntesis del recurso de apelación**

Contra la anterior decisión se presentó recurso de apelación por la parte demandante, quien manifestó que no está conforme con los siguientes aspectos en los que fue absuelto el ISS en liquidación:

(i) Prima de vacaciones, teniendo en cuenta que el artículo 49 de la convención colectiva establece unos rangos cronológicos para liquidar esta prestación, sin que signifique que quien no tiene esos rangos se le impida el derecho, pues la norma dice: quienes tienen cinco (5) años de servicio se les pagará veinte (20) días de salario, que debe entenderse, que quien tenga de 0 a 5 años recibe esos veinte (20) días de salario.

(ii) Prima de navidad y de antigüedad, toda vez que al declararse que la actora era trabajadora oficial, debe aplicársele los Decretos 1045 de 1978, 3135 y 1848 de 1968 que estipulan estas prestaciones, especialmente la prima de navidad, sin estar en la excepción que trae la norma, porque no existe una prima convencional que se pueda equiparar a la prima de navidad en el caso de los trabajadores del ISS, sin que lo sea la prima de servicios convencional al ser pagadera semestralmente; además el artículo 50 de la convención colectiva establece “en adición a la prima legal”, lo cual permite colegir que se puede recibir de manera concomitante tanto la prima de servicios convencional como la prima de navidad legal.

(iii) Devolución de aportes a la seguridad, los que deben ordenarse al constar en la historia laboral que reposa en el expediente, los valores pagados mes a mes y de manera independiente.

(iv) Sanción por no consignación de cesantías y por el no pago de los intereses a las mismas, por cuanto es aplicable la Ley 50 de 1990 a la generalidad de los trabajadores vinculados por medio de un contrato de trabajo, sin que haga distinción entre trabajadores públicos o privados.

(v) Si se reconoce la prima de vacaciones se debe considerar como factor salarial para reliquidar las otras pretensiones que ya se reconocieron; agrega, que sean revisadas las liquidaciones conforme a los factores salariales de la convención colectiva.

**CONSIDERACIONES**

**1. Problemas jurídicos**

De acuerdo con lo anterior, la Sala plantea los siguientes problemas jurídicos:

(i) ¿Demostró la parte demandante que el servicio prestado desde el 04-08-2011 hasta el 31-03-2013, a favor de la parte demandada, lo fue en virtud de un contrato de trabajo, o si por el contrario, se desarrolló en el marco de contratos de prestaciones de servicios?

(ii) De ser afirmativo lo anterior, ¿en qué calidad trabajó la parte demandante y si le es aplicable la convención colectiva de trabajo suscrita por el ISS y el sindicato de trabajadores del mismo y por ende, es merecedora de las prestaciones que en dicha convención se predica?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

Con el propósito de dar respuesta a los anteriores interrogantes, se considera necesario precisar los siguientes aspectos:

**2.1 Elementos del contrato de trabajo y principio del contrato realidad**

**2.1.1 Fundamento Jurídico**

Para desentrañar los problemas jurídicos planteados se hace necesario recordar, que los elementos esenciales que se requieren concurran para la configuración del contrato de trabajo del empleado oficial, son la actividad personal del trabajador, esto es, que éste la realice por sí mismo, de manera prolongada; la continua subordinación o dependencia respecto del empleador, que faculta a éste para requerir el cumplimiento de órdenes o instrucciones al empleado y la correlativa obligación de acatarlas; y, un salario en retribución del servicio (artículo 2 del Decreto 2127 de 1945).

Estos requisitos los debe acreditar el demandante, de conformidad con el art. 177 del C. de P. C., vigente para el momento de la sentencia, que se aplica por remisión del artículo 145 del C. P. T. y S.S.; carga probatoria que se atenúa con la presunción consagrada el art. 20 del Decreto 2127 de 1945, a favor del trabajador, a quien le bastará con probar la prestación personal del servicio para dar por sentado la existencia dentro del contrato de trabajo, por cualquier medio de prueba; de tal manera que se trasladará la carga probatoria a la parte demandada, quien deberá desvirtuar la presunción legal.

En atención a la discusión que se suscita en este asunto, requiere especial mención el principio constitucional consagrado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, denominado primacía de la realidad, que tiene como propósito hacer imperar la realidad sobre las formas, siendo este el mecanismo para efectivizar, también el principio laboral de la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles de quienes ostentan la calidad de trabajadores, pues acreditada la existencia de los elementos de un contrato de trabajo, debe estarse a esta verdad y no a la apariencia; sin importar la aquiescencia de la persona que convino en la celebración del contrato que no corresponde a su realidad, dado el carácter de orden público que tienen las normas de trabajo.

**2.1.2 Fundamento fáctico**

De antemano resulta relevante manifestar que la señora Carolina Guerrero Londoño prestó sus servicios personales a favor del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación entre el 04 de agosto de 2011 hasta el 31 de marzo de 2013, teniendo en cuenta que así fue aceptado por la parte demandada en la contestación de la demanda, información que se corrobora con los contratos de prestación de servicios que militan a folios 31 a 35 y los testimonios de Iván Piedrahita Agudelo, Mauricio Sierra Marín, y Luis Alberto Moreno Gómez; quienes a pesar de ser trabajadores del ISS, el primero empleado de planta y los otros dos contratistas, de forma hilada, responsiva y congruente dieron cuenta que la actora prestó sus servicios personales en los años 2011 a 2013, lapso en el que realizó las funciones de un empleado de planta (profesional universitario) dentro del área de pensiones, como responder derechos de petición, contestación de tutelas, requerimientos, solicitudes prestacionales, diferenciándose solo en el pago del salario y prestaciones; para lo cual utilizaba los elementos de trabajo de propiedad del ISS.

Agregan los declarantes, que la actora cumplía un horario de 8:00 a 12:30 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., el que si no se acataba era objeto de llamados de atención verbal. También debía pedir permisos para ausentarse, los que eran autorizados por la jefe del departamento de pensiones María Gregoria Vásquez Correa, quien era su jefe inmediata. De otro lado, con los documentos aportados en la demanda, visibles a folios 36 a 51, se acreditó los pagos que le hizo el ISS a la actora.

De la valoración del material probatorio reseñado, emerge sin dubitación alguna la existencia de la prestación personal del servicio ininterrumpida por la señora Guerrero Londoño para el ISS, hecho que permite presumir que tal se dio en el marco de un contrato de trabajo; primando así la realidad sobre la forma, al develarse que la entidad pretendió ocultar el contrato de trabajo con los otros llamados prestación de servicios, que en contexto reflejan una mera formalidad que utilizó el empleador para desdibujar la naturaleza de un verdadero vínculo laboral y que finalmente no fueron suficientes para desvirtuar la presunción antes mencionada.

Entonces, dada la naturaleza jurídica del ISS, de empresa industrial y comercial del estado, según el artículo 275 de la Ley 100 de 1993; la calidad de sus trabajadores es oficial de conformidad con el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, condición que debió ostentar la actora.

Por lo anterior, la jueza acertó al declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la señora Guerrero Londoño y el ISS, por lo que también era procedente calcular el valor de las acreencias laborales.

**2.2** **Aplicación de la convención colectiva, diferencia salarial, prestaciones e indemnizaciones reclamadas**

De manera previa debe acotarse que la excepción de prescripción de conformidad con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social no está llamada a prosperar, si en cuenta se tiene que no transcurrió el término trienal desde que se hicieron exigibles las obligaciones (inicio del contrato 04-08-2011 y terminación el 31-03-2013), al interrumpirse la prescripción con la reclamación que se presentó ante la entidad el 15-08-2013, según el hecho 32 de la demanda y que fue aceptado por la entidad, presentándose la demanda el 06-10-2014.

Ahora descendiendo al asunto en particular y teniendo en cuenta que el artículo 3 de la convención colectiva de trabajo celebrada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social con la nota de depósito que obran a folios 52 a 123, establece que se beneficiaran de dicha convención todos los trabajadores oficiales vinculados a la planta del ISS, afiliados o no al sindicato, siempre que estos últimos no hayan renunciado expresamente a los beneficios de esta convención, y por lo tanto, al no obrar prueba de la renuncia expresa por la señora Guerrero Londoño, dicha convención se le aplica en su integridad.

Definido lo anterior, procede la Sala a determinar si la actora es merecedora de la nivelación salarial y las diferentes prestaciones e indemnizaciones que solicita.

**2.2.1 Diferencia salarial**

Respecto de esta pretensión se tiene tal como quedó demostrado, la señora Guerrero Londoño desempeñó su cargo como trabajadora oficial y que cumplía las mismas funciones de un profesional universitario, por lo que resulta procedente dicha pretensión como lo decidió la jueza de primer grado.

Así, tiene derecho a que se le reconozca por este concepto, una vez se compara lo que la actora devengó (fls.31 a 51) con lo recibido por un profesional universitario (fl.190), una suma de $20.273.090y no $20.303.244 que halló la A-quo; por lo tanto se modificará el valor de esta condena, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera a favor de la demandada.

**2.2.2. Auxilio de alimentación**

Por disposición del artículo 54 de la convención colectiva los trabajadores oficiales del ISS que tienen derecho a percibir este auxilio son los que se desempeñen como ayudantes, auxiliares, secretarias, conductores, porteros y técnicos hasta el grado 20; y como la señora Guerrero Londoño se desempeñó en el cargo de profesional universitario, en calidad de abogada, no tiene derecho a que se le reconozca esta pretensión, como acertadamente lo señaló la falladora de primer grado.

**2.2.3 Auxilio de transporte**

Prevé el artículo 53 de la convención colectiva de trabajo, que tendrán derecho a esta prestación económica aquellos trabajadores que devenguen hasta tres salarios mínimos legales mensuales vigentes y como la demandante en su calidad de profesional universitario devengaba un salario mayor a los tres (3) salarios mínimos, no tiene derecho a percibir dicha prestación, razón por la cual se confirmará esta pretensión, pero por lo expuesto en esta instancia.

**2.2.4. Primas de servicios extralegal y legal**

El artículo 50 de la convención colectiva establece que se tendrá derecho a dos (2) primas de servicios al año, cada una de ellas equivalente a quince (15) días de salario, por lo tanto la señora Guerrero Londoño tiene derecho a que se le reconozca por esta prestación $4.744.646, como lo hizo la primera instancia, por lo que se confirmará.

En lo que tiene que ver con la prima de servicios legal, al negarse y no versar sobre ella el recurso de apelación no hay necesidad de hacer ningún pronunciamiento al resultar favorable a Colpensiones tal decisión.

**2.2.5 Vacaciones**

El artículo 48 de la convención señala que para las personas que tengan hasta cinco años continuos tendrán derecho a 15 días hábiles por cada año trabajado, supuesto que no le es aplicable a la actora por cuanto solo resulta procedente darles el descanso remunerado a quienes se encuentren laborando al servicio del Instituto; por lo que se abre paso la compensación por vacaciones, que no está consagrada en la convención colectiva, por ende, lo aplicable es el artículo 1º de la Ley 995 de 2005, en concordancia con el artículo 47 del Decreto 1848 de 1969, la que debe ser liquidada con base en el último salario devengado por la trabajadora y teniendo en cuenta año completo y fracción.

Así las cosas, el monto de esta prestación asciende a $ 2.400.677, contrario a lo establecido por la *a-quo,* quien dejó de liquidar la fracción; no obstante como no fue objeto de apelación se mantendrá el valor liquidado en primera instancia teniendo en cuenta el grado jurisdiccional de consulta.

En este sentido el Tribunal se pronunció a través de la providencia de 15-09-2016, radicado 2014-00503-01 con ponencia del Magistrado Francisco Javier Tamayo Tabares.

**2.2.6 Prima de vacaciones**

Según el artículo 49 de la convención, esta se reconoce dependiendo de la antigüedad del trabajador en el ISS; inicia con un mínimo de cinco (5) años hasta quienes tengan más de veinte (20) años de servicio y según la situación concreta de la actora, quien laboró 1 año, 7 meses y 27 días dentro del periodo comprendido entre el 04-08-2011 hasta el 31-03-2013, no es posible reconocerle este derecho, como lo pretende su apoderado con el recurso de apelación, al ser la norma clara, sin que permita otro tipo de intelección, pues consagra este derecho “a quienes tengan cinco (5) años de servicio” esto es, a partir del quinto (5) año de servicio, luego, lo excluye para las personas que tengan un tiempo menor.

Por lo anterior, no prospera respecto de esta pretensión la apelación, y por lo mismo resulta fracasada también la alzada en lo pertinente a que se tenga en cuenta como factor salarial para las demás acreencias.

**2.2.7 Auxilio de cesantías e intereses a las cesantías**

De conformidad al artículo 62 de la convención colectiva, el ISS debía liquidarlas en forma retroactiva a la totalidad de sus trabajadores a 31-12-2001; asimismo, dispone la misma norma que a partir del año 2002 las cesantías se deben liquidar anualmente y se deberá tener en cuenta la asignación básica mensual, la prima de vacaciones y de servicios legal o extralegal, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y feriados, auxilio de alimentación y transporte y los viáticos; así, al realizar la liquidación con los ítems aplicables a la demandante, tendría derecho a recibir por cesantías a partir del 04-08-2011 hasta el 31 de marzo de 2013, la suma de $5.038.561.86, valor que de forma apropiada liquidó la primera instancia, por lo que se confirmará.

En lo atinente a los intereses a las cesantías, contemplados en el artículo ya dicho, la tasa de interés es la del 12% efectivo anual, lo que representa para este caso el valor de $454.413 que liquidó el Juzgado, condena que se confirmará.

**2.2.8. Prima técnica**

Según el artículo 41A de la convención se reconocerá y pagará una prima técnica para los cargos de profesionales no médicos que laboran en el ISS, equivalente al 10% de la asignación básica mensual para los cargos de profesionales generales y del 12% para los cargos profesionales especialistas; como acreditó la actora que laboró como abogada en el cargo de profesional universitario, sin que se haya probado el nivel de especialización, tiene derecho a esta prestación correspondiente al 10% de la asignación básica mensual.

En este sentido teniendo en cuenta que los salarios percibidos entre el 04-08-2011 hasta el 31-03-2013 fueron $56.935.756, el 10% de dicho monto corresponde a $5.693.576, tal cual lo definió la Jueza de primer grado, lo que da lugar a que se confirme.

**2.2.9 Prima de navidad**

Al respecto se señala que según el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el 1º del Decreto 3148 de 1968, y 51 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, los trabajadores oficiales tendrán una prima de navidad que equivale a un (1) mes del sueldo por cada año de servicio prestado o proporcional al tiempo laborado siempre y cuando sea un (1) mes completo de servicio donde es posible aplicar doceavas partes. Prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre, sin embargo, en el parágrafo 2 del mismo artículo 51 del Decreto 1848 de 1969 se estableció que quedaran excluidos de esta prima, aquellos trabajadores oficiales que presten sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos de trabajo, tengan derecho a primas anuales similares, cualquiera sea su denominación.

Teniendo en cuenta lo anterior, al ser la actora una trabajadora oficial del ISS no le asiste esta prestación por disposición legal, pues a ella se le reconoció una prima de servicios convencional que tiene el mismo objeto de la prima de navidad, que es la de remunerar especialmente los servicios prestados a la institución, así se pague semestralmente; por lo que no resulta avante la apelación propuesta y por consiguiente se confirmará la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

En este sentido se ha pronunciado esta Corporación en sentencias de 18-12-2015 radicado 2013-00517-01, M.P. Ana Lucía Caicedo Calderón; 10-08-2016 radicado 2014-00277-01, M.P. Julio César Salazar Muñoz; y 01-09-2016 radicado 2015-00748, M.P. Francisco Javier Tamayo Tabares.

En relación con la prima de antigüedad, al no estar en la convención colectiva ni en la ley (Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978); también había lugar a negarse, lo que implica la confirmación de la decisión de la Jueza.

**2.2.10 Reintegro de los aportes a la seguridad social**

A folios 188 a 189 reposa la historia laboral para pensión de la actora donde se avizora que la señora Guerrero Londoño realizó los aportes a pensión, razón por la cual tiene derecho a que se le reintegre el porcentaje correspondiente al 12% en pensión sobre cada aporte que efectuó, teniendo en cuenta que el restante 4% le correspondía hacerlo a ella como trabajadora del ISS.

Por lo que antecede, hay lugar a reintegrarle a la actora el 12%, por aportes en pensión, el valor de $1.738.879, como lo solicitó el recurrente, como consecuencia de la declaratoria de la relación laboral, al ser un deber inexorable del empleador, pues contrario de lo esgrimido por el Juez de primer nivel, sí se probó el valor que se pagó por aportes a pensión en el periodo laborado; no pasa igual con los aportes a salud, por ende, solo en ese punto sale avante la alzada.

**2.2.11 Indemnización por no consignar las cesantías y pago de esos intereses**

Sea necesario advertir que el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 estableció el régimen de cesantías para trabajadores oficiales y en ella no se contempló ninguna sanción, tampoco se fijó en el Decreto 1562 de 1998 que la reguló, por lo que no existe en el ordenamiento legal una sanción por la no consignación de cesantías para el sector oficial, pues la Ley 50 de 1990 que sí la contempla, reglamenta el régimen para trabajadores particulares (sector privado) y debido a la naturaleza sancionatoria no es posible aplicarla por analogía, dando lugar a confirmar lo resuelto por el juzgado de primera instancia.

Respecto a ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[1]](#footnote-1) ha dicho:

*“Ahora, no existe ninguna norma de rango legal que disponga que a los trabajadores oficiales del Instituto de Seguros Sociales se le aplique el régimen de cesantías regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, de donde se sigue inexorablemente que la pretensión encaminada a obtener la indemnización por mora que consagra el artículo 99-3 de la citada ley, se torna improcedente”.*

Igual sucede con respecto a la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías.

**2.2.12 Indemnización moratoria Decreto Ley 797 de 1949**

Se genera esta sanción por la omisión del empleador en cancelarle al trabajador los salarios y prestaciones al término de su vinculación laboral, siempre y cuando tal actuar haya sido de mala fe.

Sobre este tópico ha dicho la Corte Suprema de Justicia[[2]](#footnote-2), como máximo órgano de cierre en materia laboral, que la condena a la indemnización moratoria no es automática por cuanto al tener naturaleza sancionatoria debe estar precedida de un examen de la conducta del empleador con el fin de determinar si actuó de buena o mala fe al omitir o retardar el reconocimiento de la acreencia laboral.

Buena fe que equivale, en términos de nuestra Superioridad[[3]](#footnote-3) en obrar con lealtad, rectitud y de manera honesta; por el contrario, la mala fe es obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud.

Por otra parte, el artículo 65 del C.C. define la buena fe como la creencia razonable debidamente fundada de no deber, de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

En el caso en concreto resultó evidente que el ISS tergiversó la relación laboral existente con la señora Guerrero Londoño por unos contratos de prestación de servicios, con una funciones que equivalen a las actividades propias de un empleado de planta y que fueron ejecutadas por la actora de manera ininterrumpida, bajo la dependencia y subordinación de la Jefe de pensiones de la entidad demandada, con el fin de eludir sus obligaciones legales y convencionales.

Por tal razón y atendiendo los 90 días que de gracia tienen las entidades públicas para pagar las acreencias laborales y que estos se cuentan una vez se termina el vínculo laboral que en el asunto en concreto fue el 31-03-2013, la sanción moratoria, que se confirmará tal cual como la definió el *a-quo,* empieza a contar desde el 01-07-2013 en razón de 1 día de salario por cada día de retardo, la que equivale a $98.489.

**CONCLUSIÓN**

Así las cosas, se procederá a modificar el valor de la diferencia salarial para disminuir su valor, y reconocer el reintegro a la actora del 12% por aportes a pensión de $1.738.879; en lo demás se confirmará.

Sin costas en esta instancia por prosperar parcialmente el recurso de apelación.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira Risaralda, Sala Cuarta Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO. MODIFICAR** el numeral 2 dela sentencia proferida el 13 de noviembre de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Carolina Guerrero Londoño** contra **Instituto del Seguro Social en liquidación** donde actúa única y exclusivamente como administrador y vocera del patrimonio autónomo de remanentes PAR ISS la FIDUAGRARIA S.A., para en su lugar reconocer el valor de $20.273.090 por las diferencias salariales entre lo que devengó la actora y lo que debía percibir, en lo restante permanece tal cual lo definió la primera instancia.

**SEGUNDO. REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral 5 de la sentencia el 13 de noviembre de 2015, para en su lugar **CONDENAR** al Instituto de Seguros Sociales en liquidación al reintegro de los aportes en pensión que pagó la señora Carolina Guerrero Londoño por el valor de $1.738.879, conforme a lo expuesto en la parte motiva, en lo demás se confirma este numeral.

**TERCERO. MODIFICAR** el numeral 7, para que se fijen nuevamente las agencias en derecho por la a quo atendiendo las condenas impuestas en esta decisión, en lo demás, esto es, el porcentaje de la condena queda intacta, dala la prosperidad parcial de las pretensiones.

**CUARTO. CONFIRMAR**  los restantes numerales atendiendo lo dicho en esta sentencia.

**QUINTO.** Sin costas en esta instancia.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

Magistrada Ponente

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ** **ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Magistrado Magistrada

**DANIEL BERMUDEZ GIRALDO**

Secretario *Ad-hoc*

\*Anexo liquidaciones

**2.2.1. Diferencia salarial**

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Periodo** | | **Salario profesional universitario** | **Salario devengado** | **Diferencia** | **No. meses** | **Total a pagar reajuste salarial** |
| 04/08/2011 | 31/12/2011 | $2.746.955 | $1.842.345 | $904.610 | 4,9 | $4.432.589 |
| 01/01/2012 | 31/12/2012 | $2.884.303 | $1.842.345 | $1.041.958 | 12 | $12.503.496 |
| 01/01/2013 | 31/03/2013 | $2.954.680 | $1.842.345 | $1.112.335 | 3 | $3.337.005 |
|  | **TOTAL** | | | | | **$20.273.090** |

**2.2.2. Prima de servicios**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Periodo** | | **Salario** | **No. Dias a liquidar** | **Auxilio de Transporte** | **Total a pagar prima de servicios** |
| 04/08/2011 | 31/12/2011 | $2.746.955 | 12 | $0 | $1.121.673 |
| 01/01/2012 | 31/12/2012 | $2.884.303 | 30 | $0 | $2.884.303 |
| 01/01/2013 | 31/03/2013 | $2.954.680 | 7,5 | $0 | $738.670 |
|  | **TOTAL** | | |  | **$4.744.646** |

**2.2.3. Compensación por vacaciones**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **No. Dias** | **Salario** | **Total compensacion por vacaciones** |
| 585 | $2.954.680 | $2.400.675 |

**2.2.4. Cesantías e intereses**

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Año** | **Salario base** | **Prima de servicios** | **Auxilio de Transporte** | **Cesantías** | **interes cesantias** |
| 2011 | $2.746.955 | $93.473 | $0 | $1.159.841 | $56.832 |
| 2012 | $2.884.303 | $240.359 | $0 | $3.124.662 | $374.959 |
| 2013 | $2.954.680 | $61.556 | $0 | $754.059 | $22.622 |
| **TOTAL** | | | | **$5.038.562** | **$454.413** |

**2.2.5 Prima técnica**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Periodo** | | **Salario profesional universitario** | **Meses** | **Total salarios** |
| 04/08/2011 | 31/12/2011 | $2.746.955 | 4,9 | $13.460.080 |
| 01/01/2012 | 31/12/2012 | $2.884.303 | 12 | $34.611.636 |
| 01/01/2013 | 31/03/2013 | $2.954.680 | 3 | $8.864.040 |
|  |  |  |  | $56.935.756 |
|  |  |  | 10% | $5.693.576 |

**2.2.10. Reintegro aportes a la seguridad social**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **Periodo** | **Valor cotización pensión** | **Valor Cotización Salud** | **Salud 8,5%** | **Pensión 12%** |
| mar-13 | $118.900 | $0 | $0 | $89.175 |
| feb-13 | $118.900 | $0 | $0 | $89.175 |
| ene-13 | $119.600 | $0 | $0 | $89.700 |
| dic-12 | $117.905 | $0 | $0 | $88.429 |
| nov-12 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| oct-12 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| sep-12 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| ago-12 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| jul-12 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| jun-12 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| may-12 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| abr-12 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| mar-12 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| feb-12 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| ene-12 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| dic-11 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| nov-11 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| oct-11 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| sep-11 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| ago-11 | $115.200 | $0 | $0 | $86.400 |
| TOTAL | | | **$0** | **$1.738.879** |

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 31-01-2012. Radicación 37389. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. [↑](#footnote-ref-1)
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 24-01-2012. Radicación 37288. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 16-03-2005. Radicación 23987. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. [↑](#footnote-ref-3)