El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en el audio que reposa en la Secretaría de esta Sala.

**Providencia :** Sentencia - 2ª instancia - 19 de mayo de 2017

**Proceso :** Ordinario laboral – Confirma y modifica sentencia que accedió a las pretensiones

**Radicación No. :** 66001-31-05-005-2014-00126-01

**Demandante :** Gustavo Andrés Londoño

**Demandado :** I.S.S. (en liquidación) – hoy extinto, P.A.R. del ISS (extinto)

**Juzgado :** Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira

**M.P. :** Dra. Ana Lucía Caicedo Calderón

**Tema El contrato de prestación de servicios con la administración pública:** el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con la administración pública de carácter excepcional y temporal, concebido como instrumento para atender funciones ocasionales que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad o que de serlo, no pueden ser ejecutadas por trabajadores de planta o requieren de un conocimiento especializado, observa esta Corporación, que con las pruebas documentales y testimoniales recaudadas, se puede establecer con facilidad que tales elementos no se encuentran reunidos en el presente asunto. **CAMBIO DE PRECEDENTE RESPECTO A LA SANCIÓN MORATORIA:** (…) dado el estado de liquidación judicial por el que atraviesa la entidad demandada a partir del 28 de septiembre de 2012, conocido plenamente dentro del plenario, debe aplicar el precedente expresado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 10 de octubre de 2003, No. 20764, en el sentido de que no se da la mala fe, frente al incumplimiento de las empresas en liquidación y, por tanto, no procede la condena por este concepto.

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

**Acta No. \_\_\_\_**

**(Mayo 19 de 2017)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 10:30 A.M. de hoy, viernes 19 de mayo de 2017, la Sala No. 1º de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **GUSTAVO ANDRÉS LONDOÑO ISAZA** en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –EN LIQUIDACIÓN- (HOY EXTINTO),** sucedido procesalmente por el **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.** Para el efecto, se verificar la asistencia de las partes a la presente diligencia: Parte demandante… Parte demandada…

**Alegatos de conclusión**

Con fundamento en el artículo 82 del C.P.T y de la S.S., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión: Parte demandante… Parte demandada…

**SENTENCIA**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a desatar el recurso de apelación promovido por el demandante, lo mismo que el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira el pasado 25 de abril de 2016.

1. **Problemas jurídicos por resolver**

dado el esquema del recurso de apelación impetrado por la parte actora, corresponde a la Sala de Decisión Laboral constituida en sede de segunda instancia, delimitar el alcance del fenómeno extintivo de la prescripción alegada por la demandada, estableciendo la fecha a partir de la cual opera hacia atrás la misma.

En lo que atañe a la consulta, será preciso establecer si quedó probada la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre el actor y la entidad demandada, y si es del caso, revisar el monto de las condenas económicas impuestas en primera instancia, en lo desfavorable a la demandada.

1. **La demanda y su contestación**

El actor solicita la declaratoria de la existencia de una relación laboral en virtud de un contrato realidad, que la entidad demandada pretende disimular bajo la apariencia de contratos de prestación de servicios, un total de 17 contratos suscritos de manera sucesiva e ininterrumpida a lo largo de la relación laboral, según se aduce en la demanda.

Para el efecto, en la demanda se dice que tal vínculo laboral se extendió entre el 2 de mayo de 2005 y el 25 de julio de 2012, fecha en la cual presentó renuncia (hecho 15) y que durante todo ese lapso el demandante desarrolló las mismas tareas y funciones asignadas a un empleado de planta correspondiente al nivel “profesional” y siempre estuvo sometido al cumplimiento obligatorio de horarios, directrices institucionales y órdenes directas e indirectas del personal directivo de la entidad demandada, pese a lo cual jamás lo reconocieron como trabajador de planta sino como contratista independiente. El demandante, además, era comisionado por sus jefes desde el nivel nacional (específicamente la Vicepresidencia de Pensiones del ISS) para brindar apoyo en las diferentes seccionales, en tareas consistentes en la digitalización de expedientes “nómina automática”.

En ese orden ideas, el promotor del litigio reclama el pago de todas y cada una de las prestaciones legales y convencionales a la que tiene derecho cualquier otro empleado de planta de la entidad que cumpla funciones idénticas o similares a las suyas (cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima especial de vacaciones, prima de navidad, prima especial de vacaciones, prima técnica, auxilios de alimentación y transporte e incremento adicional); lo mismo que al pago de la diferencia salarial entre lo que la entidad demandada le canceló mensualmente por concepto de honorarios y la remuneración mensual percibida por un profesional universitario de planta; la devolución de los aportes en salud y pensión, los mismos que, por exigencia del ISS, costeó directamente a lo largo de la relación laboral; la indemnización por despido injusto y la pensión sanción prevista en el Art. 267 del C.S.T. modificado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, a partir de la finalización del vínculo laboral.

 El **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –EN LIQUIDACIÓN-** dio respuesta a la demanda, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones formuladas en la misma, argumentando que la vinculación contractual con el actor se dio a través de contratos de prestación de servicios autorizados como contratos administrativos, regidos por la Ley 80 de 1993, y no contratos de carácter laboral, motivo por el cual no le asiste derecho a las prestaciones reclamadas. Agrega, por último, que si hubo solución de continuidad pues las fechas de inicio y terminación de los diferentes contratos tienen varios lapsos de interrupción entre uno y otro. Propuso las excepciones de mérito de “pago total de la deuda, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, buena fe y prescripción”.

1. **SENTENCIA DE PRIMERA instancia**

 Con apoyo en las declaraciones vertidas en el proceso, la jueza de primer grado estimó que el demandante prestó sus servicios personales y subordinados a favor del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre 2 de mayo de 2005 y el 25 de julio de 2012, de acuerdo a lo que ponen en evidencia los sucesivos e ininterrumpidos contratos de prestación de servicios suscritos a partir del año 2005 (17 en total), cuyo objeto era la prestación de los servicios profesionales del actor -quien acreditó la calidad de Ingeniero Industrial- en distintas tareas asignadas por la Vicepresidencia de Pensiones, principalmente en la digitación de ingresos a nómina, tanto manuales como automáticos. Igualmente, se declaró que el demandante ostentó la calidad de trabajador oficial del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, siendo beneficiario de la convención colectiva de trabajo celebrada entre la entidad demandada y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, entre los años 2001-2004

 En virtud de esos hechos comprobados, dando alcance al principio de primacía de la realidad sobre las formas, condenó a la entidad demandada al pago de los emolumentos laborales reclamados en la demanda, declarando prescritos los causados con anterioridad al 23 de agosto de 2010, esto es, accediendo al pago de lo reclamado dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de la reclamación administrativa elevada por el demandante al ISS –en liquidación- el 23 de agosto de 2013, conforme se puede constatar en el folio 52 del expediente, lo cual no afecta las cesantías, las cuales solamente se hicieron exigibles a la fecha de finalización de la relación laboral, ni la compensación de las vacaciones, que prescriben dentro de los cuatro (4) años siguientes a la fecha de su exigibilidad, según se dijo en la demanda. Ello resultó en las siguientes condenas:

|  |  |
| --- | --- |
| **CONCEPTO** | **MONTO DE LA CONDENA** |
| Diferencia salarial | $21.021.901 |
| Cesantías  | $19.187.166 |
| Intereses a las cesantías | $723.008 |
| Prima de servicios | $4.149.047 |
| Vacaciones | $6.542.494 |
| Prima de vacaciones  | $6.911.509 |
| Prima de navidad | $4.836.266 |
| Prima técnica | $6.114.140 |
| **TOTAL** | **$69.485.531** |

 Asimismo, ordenó la devolución de los aportes a la seguridad social que el demandante sufragó entre el 23 de agosto de 2010 y el 25 de julio de 2010, los cuales calculó en la suma de $1.350.774, declarando prescritos los aportes por fuera de ese rango temporal.

 Por último, condenó al pago de la indemnización moratoria, conforme a las previsiones del Decreto 797 de 1949, a partir del 26 de septiembre de 2013, en cuantía equivalente a $96.143 diarios hasta que el pago de las obligaciones laborales se haga efectivo y absolvió de las demás pretensiones.

**IV -** **RECURSO DE APELACIÓN**

 El demandante únicamente apela lo concerniente a la delimitación del fenómeno extintivo de la prescripción, al considerar equivocada la contabilización que desde la fecha de la reclamación administrativa y hacía atrás hizo el juzgado de primera instancia, pues lo correcto, dado que la demanda se presentó a tiempo, es que la prescripción tenga efecto solamente sobre las prestaciones causadas por fuera de los tres (3) años anteriores a la fecha en que finalizó la relación laboral, conforme se deriva del artículo 488 del C.S.T.

**V-** **Consideraciones**

En vista de que este proceso es objeto de consulta a favor del extinto I.S.S. y a su vez materia de apelación por parte de el demandante, la Sala procederá a analizar todo el asunto, verificando si la decisión se ajusta a derecho, y, a la par, se detendrá en el punto específico de la apelación, así:

* 1. **De la existencia del contrato de trabajo**

 La parte actora demostró la prestación personal del servicio, no sólo con las pruebas testimoniales y la prueba documental relacionada con los 17 contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes y la ejecución de los mismos, sino también por lo aceptado por la propia entidad demandada en la contestación del libelo introductor, en la cual admite la prestación personal del servicio, la remuneración por los mismos, el cargo desempeñado, los extremos de la relación laboral, entre otros.

 Corresponde entonces determinar si la entidad demandada logró desvirtuar la presunción de la existencia del contrato de trabajo, lo cual pretendió realizar con los documentos aportados por la misma parte actora, los cuales considera, dan fe de la celebración de contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, en virtud del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

 Para el efecto, partiendo de la base de que el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con la administración pública de carácter excepcional y temporal, concebido como instrumento para atender funciones ocasionales que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad o que de serlo, no pueden ser ejecutadas por trabajadores de planta o requieren de un conocimiento especializado, observa esta Corporación, que con las pruebas documentales y testimoniales recaudadas, se puede establecer con facilidad que tales elementos no se encuentran reunidos en el presente asunto por las siguientes razones:

1. Los señores **IVAN PIEDRAHITA AGUDELO**, **MAURICIO SIERRA MARÍN, JORGE WILLIAM BERNAL BEDOYA** y la señora **MARIA ELENA ALZATE MEJÍA**, todos en calidad de excompañeros de trabajo del demandante, dan cuenta en sus declaraciones de las actividades desarrolladas por el actor en el Departamento de Pensiones del ISS, las cuales consistían básicamente en la digitalización de historias laborales, inclusión en nómina, resolución de derechos de petición y contestación de acciones de tutela relacionadas con historias laborales y/o inclusión en nómina de pensionados.
2. Los deponentes coinciden en afirmar que el demandante tenía como jefa inmediata a la Directora del Departamento de Pensiones, Dra. Gregoria Vásquez Correa, a quien le debía rendir informes del cumplimiento de metas, de acuerdo a las funciones que esta le asignaba, por ende, no es posible hablar de autonomía e independencia en la prestación del servicio.
3. Revelaron los declarantes que tanto el personal de planta como los contratistas debían cumplir un horario de trabajo que iba de 8 a.m. a 12 m y de 2 p.m. a 6 p.m., el cual posteriormente varió de 8 a.m. a 12 m y de 1 p.m. a 5 p.m.
4. En cuanto al elemento de temporalidad, característico de los contratos de prestación de servicios en las entidades públicas, se observa que el mismo no tiene cabida en el presente asunto, toda vez que la documental arrimada al proceso y los testimonios atendidos dan fe de que el actor prestó sus servicios por un poco más siete (7) años.

 Por lo demás, la imposición de horarios en el sector público es indicativo de subordinación laboral con arreglo al artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, por cuanto se traduce en el ejercicio de un poder por parte de quien lo establece y de esa forma limita la disponibilidad del tiempo de quien presta el servicio en su favor, lo que descarta la libertad y autonomía propias de los contratistas independientes. Para mayor ilustración, prescribe la norma en comento: *«Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio en forma personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten a horarios, reglamentos o control especial del patrono».*

 En ese orden de ideas, esta Corporación concluye, sin dubitación alguna, que la demandada no logró desvirtuar la presunción de la existencia de un contrato de trabajo, pues quedó plenamente acreditado que el señor GUSTAVO ANDRÉS LONDOÑO ISAZA sostuvo una relación laboral con la entidad en calidad de trabajador oficial y que los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, únicamente obedecen a una simple formalidad que pretendió ocultar la verdadera naturaleza de la relación jurídico-sustancial que existió entre las partes.

* 1. **Aplicación de la convención colectiva**

 En la convención colectiva de trabajo celebrada entre el ISS y el sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, que milita entre los folios 174 y 249 del expediente con su respectiva nota de depósito, se estipuló en su artículo 3º que de ella se beneficiaban todos los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del ISS, afiliados o no afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, siempre y cuando no hayan renunciado expresamente a dichos beneficios. De manera que, al no existir en el plenario prueba de la renuncia expresa a los beneficios convencionales, al demandante le es aplicable la mencionada convención colectiva, la cual se encontraba vigente mientras prestó sus servicios al ISS.

* 1. **Prescripción**

De conformidad con los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben transcurridos tres (3) años desde su exigibilidad. Así mismo está suficientemente decantado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que dicho término de prescripción se cuenta desde el momento en que cada prestación se hace exigible.

 En consecuencia, como quiera que la prescripción se interrumpe con el simple reclamo escrito que el trabajador presente a su empleador, en el presente caso, en atención a que el actor presentó la reclamación administrativa el 23 de agosto de 2013 (Fl. 174 y s.s.), se encontrarían prescritos los derechos laborales de las prestaciones que se hicieron exigibles antes del 23 de marzo de 2010, a excepción, claro está, del auxilio de las cesantías y la compensación de las vacaciones, teniendo en cuenta, respecto al primero, que el término prescriptivo sólo empieza a contabilizarse desde el momento en que expira el contrato de trabajo y frente al segundo, porque de conformidad con lo expresado en el artículo 23 del Decreto 1045 de 1978, la compensación por vacaciones en el sector público prescribe en cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que se haya causado el derecho.

 Ha de aclararse en este punto que, por regla general, las obligaciones laborales que tiene el empleador con el trabajador, son de tracto sucesivo y por ende, a partir de su exigibilidad inicia el término de prescripción de tres (3) años de cada obligación causada. La prescripción, por consiguiente, es la extinción de un derecho por no haberse ejercitado en tiempo. Cuando opera tal fenómeno extintivo, se establece la imposibilidad de reclamar un derecho; por ello, si un trabajador pretende reclamar prestaciones, indemnizaciones o salarios debidos, debe hacerlo en los tres (3) años siguientes a su exigibilidad. Luego entonces, es la reclamación patronal o la presentación de la demanda, y no el despido o la renuncia, lo que interrumpe el término de prescripción, y es bien sabido que, en virtud de la interrupción que opera con la reclamación al patrono, la carrera contra el tiempo vuelve atrás para reiniciar el conteo por una sola vez y por un lapso igual al señalado para prescripción correspondiente, según previene el artículo 489 del C.S.T. En este orden de ideas, la decisión de primera instancia en este punto se juzga acertada, por lo que se descartar la viabilidad del recurso de apelación impetrado por la parte actora.

**5.4. Prestaciones económicas reconocidas en primera instancia objeto de consulta**

1. **Diferencia Salarial**

El demandante hace notar que los contratistas del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** –hoy en extinto- percibían por concepto de honorarios -que en realidad constituye remuneración-, una suma inferior a la percibida por los empleados de planta que se desempeñaban en idénticas o similares funciones a las suyas. Esta circunstancia particular raya con el derecho a la igualdad y presupone un flagrante desconocimiento del principio laboral de “igual trabajo, igual remuneración”.

 Para el caso del demandante, con apoyo en las distintas declaraciones vertidas al interior del proceso, ha quedado demostrado que cumplía las mismas funciones de un PROFESIONAL UNIVERSITARIO de planta, tal como lo reconocieron sus compañero de trabajo (es decir, quienes rindieron declaración en primera instancia), quienes dejaron claro que las funciones desempeñadas por el demandante al interior de la entidad también eran desarrolladas, en idénticas condiciones, por otros profesionales de planta como ALVARO VERA y NANCY ZAPATA, y más específicamente por el señor GONZALO RIOS, cuya profesión es economista y quien renunció a su cargo de profesional universitario antes que el demandante. Adicionalmente, en los múltiples contratos de prestación de servicios celebrados entre el demandante y la entidad demandada, aquel se compromete a prestar sus servicios profesionales como ingeniero industrial, por lo cual no queda duda de su calidad profesional y de la especialidad de su labor al interior del extinto ISS (al respecto se puede ver la certificación visible en el folio 51 del expediente).

 Ello le da el derecho al demandante al pago de la diferencia salarial entre el 18 julio de 2011 y el 31 de octubre de 2011. Para efectuar la liquidación de dicha diferencia es necesario restar al salario de un profesional universitario la suma que percibió el demandante bajo el título de honorarios mensuales, valores que se extraen del contenido mismo de los contratos de prestación de servicios visibles entre los folio 29 y 49 del expediente, que al ser contrastados con la certificación del monto de las asignaciones mensuales de los empleados de planta de la entidad (Fl. 58), arrojan como resultado la suma de $21.166.139 (tal como se puede constatar en el cuadro que hace circular en este momento entre las partes y que hará parte del acta que se levante en virtud de la presente audiencia) cifra un poco superior a la reconocida en sede de primera instancia, teniendo en cuenta que allí se reconoció la suma de $21.020.901 por lo que este punto de la sentencia se mantiene incólume en esta sede de consulta.

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **No. Contrato** | **Desde** | **Hasta** | **Salario P. universitario**  | **Honorarios periodo** | **Diferencia** | **Total**  |
| 5000018111 (Fl. 46) | 23/08/2010 | 30/11/2010 | $2.662.554 | $1.785.737 | $876.817 | $3.047.123 |
| 5000021703 (Fl. 47) | 01/12/2011 | 31/12/2010 | $2.746.955 | $1.785.737 | $961.218 | $961.218 |
| 5000021703 (Fl. 47) | 01/01/2011 | 31/03/2010 | $2.746.955 | $1.785.737 | $961.218 | $2.883.654 |
| 5000023353 (Fl. 48) | 01/04/2011 | 31/10/2011 | $2.746.955 | $1.842.345 | $904.610 | $6.332.270 |
| 5000025541 (Fl. 49) | 01/11/2011 | 31/12/2011 | $2.746.955 | $1.842.345 | $904.610 | $904.610 |
| 5000025541 (Fl. 49) | 01/01/2012 | 31/12/2012 | $2.983.523 | $1.842.345 | $1.141.178 | $7.037.264 |

 **Gran total $21.166.139**

1. **Compensación de Vacaciones**

 De acuerdo al artículo 48 de la Convención Colectiva, los trabajadores oficiales de la entidad tienen derecho a un descanso remunerado por cada año completo de labores. A su vez, La compensación equivale, en este evento, dado que no se disfrutaron en vigencia del contrato de trabajo, de acuerdo a la Ley 1429 de 2010, al pago de 15 días de salario por cada año de servicios o su equivalencia en días laborados. De acuerdo a los cálculos realizados en esta instancia, el demandante tendría derecho al pago de la suma de **$ 4.859.403** por este concepto, tomando como base para la liquidación el monto del salario que debió devengar la demandante. Ello así, como quiera que los cálculos en esta sede difieren del guarismo del juzgado de primer grado, que reconoció por este concepto la suma de **$ 6.542.494**, en sede de consulta este punto de la condena será modificado a favor de la entidad demandada

**c**. **Prima de vacaciones**

Prevé el artículo 49 de la convención, que dicha prestación se causa por cada año de servicio prestado. Sin embargo, la misma sólo empieza a reconocerse a partir del quinto (5) año de servicio.

Así las cosas, habiendo llegado al quinto año servicios el 2 de mayo de 2010, el actor tenía derecho a que se le cancelara 25 días de salario anual, por concepto de esta prima, lo cual asciende a la suma $4.507.924, cifra muy inferior a los $6.911.509 reconocidos en primera instancia, por lo que también este punto de la sentencia será modificado en favor de la entidad amparada por el grado jurisdiccional de consulta.

d. Prima de Navidad

Con arreglo a los artículos 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el 1º del Decreto 3148 de 1968, y 51 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, el demandante tendría derecho al pago de un salario mensual por cada año de servicio prestado o proporcional al tiempo laborado siempre y cuando sea un mes completo de servicios, siendo posible aplicar doceavas partes.

 No obstante, de acuerdo con el Parágrafo 1° del artículo 51 del Decreto 1848 de 1969 *“****quedan excluidos del derecho a la prima de navidad*** *a que se refiere este artículo, los empleados públicos y* ***trabajadores oficiales*** *que prestan sus servicios en establecimientos públicos,* ***empresas industriales y comerciales del Estado*** *y sociedades de economía mixta,* ***que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo****, fallos arbitrales y reglamentos internos de trabajo,* ***tengan derecho a primas anuales de cuantía igual o superior****, cualquiera sea su denominación, conforme a lo dispuesto al efecto en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, subrogado por el artículo 1 del Decreto 3148 del mismo año citado.”*

Por esta razón, como quiera que el demandante reclamó y tiene derecho al pago de las primas extralegales consagradas en la Convención Colectiva de Trabajo, la prima de navidad queda excluida de los derechos laborales mínimos del trabajador demandante, por lo que no era viable la condena que por esta prestación se impuso en primera instancia, la misma que habrá de revocarse en esta sede.

**e. Auxilio de cesantía e intereses.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 62 de la convención, las cesantías se deben liquidar teniendo 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.

En ese sentido, al liquidar la prestación económica con base en la asignación básica y la prima de servicios convencional, se obtiene que el demandante tiene derecho a que se le reconozca como auxilio de cesantía la suma de **$19.350.793**, cifra un poco superior a la fijada en sede de primer grado, en razón de lo cual este punto de la sentencia objeto de análisis en sede de consulta no será variado.

 En cuanto a los intereses a las cesantías se encuentran prescritos, conforme a lo expuesto líneas atrás, aquellos que se generaron con anterioridad al 23 de agosto de 2010, y, por tanto, los que se generaron a partir de ese año hasta el 2013, ascienden a la suma de **$732.590**, suma que resulta ser superior a la liquidada en sede de primer grado por lo que tampoco habrá de modificarse este punto de la sentencia.

**f. Primas de servicio extralegal o convencional**

De conformidad con lo pactado en la convención colectiva en su artículo 50, el actor tendrá derecho a la prima de servicio extralegal equivalente a dos primas de servicio al año cada una de ellas equivalente a 15 días de salario, pagaderas dentro de los primeros 15 días de los meses de junio y diciembre de cada anualidad. No obstante, solamente resulta exigible el pago de aquellas que se generaron con posterioridad al segundo semestre del año 2010, dado que las anteriores se encuentran prescritas. Por este concepto se debió condenar al pago de $5.520.383 suma que resulta ser un poco superior a la liquidada en sede de primer grado ($4.149.047), por lo que este punto de la condena se mantiene incólume.

**g. Prima técnica para profesionales no médicos**

En virtud del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, el demandante tenía derecho al pago de una prima técnica equivalente al 10% de la asignación básica mensual para los cargos profesionales generales, prima cancelada mensualmente y no constitutiva de salario. En primera instancia se condenó al pago de $6.114.140 por este concepto y en esta instancia los cálculos arrojaron la suma $6.462.235. En ese sentido, este punto de la condena será confirmado en esta instancia.

* 1. **De la devolución de los aportes en pensiones al sistema de seguridad social y pago del cálculo actuarial por la diferencia salarial.**

Sobre el particular, debe precisarse que lógico resulta que la declaratoria de la existencia de una relación laboral le acarree al empleador que ejerció el poder subordinante, el deber insoslayable de afiliar a su trabajador (a) al sistema de seguridad social integral, motivo por el cual, existiendo en el plenario los comprobantes de pago de la seguridad social (Fls. 92 y s.s.), los cuales certifican el monto cancelado por la demandante al sistema de seguridad social en pensiones y salud, resulta procedente que se le reconozca el derecho al reintegro de los montos que por esos conceptos canceló y que la entidad demandada debió sufragar durante la relación laboral, como entidad empleadora.

Precisado lo anterior, debe decir esta Colegiatura que la devolución de tales aportes se calculará atendiendo únicamente los periodos que reflejan las cotizaciones efectuadas por el actor en calidad de trabajador independiente durante la vigencia de la relación laboral. Sin embargo, este concepto se ve afectado por el fenómeno extintivo de la prescripción propuesto por la entidad demandada y solo podrá condenarse por aquellos que se suscitan al periodo de agosto de 2010 a junio de 2013.

**APORTES A SALUD:** es bien sabido que respecto al monto de los aportes que se debe realizar en virtud de un contrato de trabajo, estos se pagan de acuerdo a los montos establecidos por la Ley (Artículo 204 Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007), para el caso de la Seguridad Social en Salud, equivalen al 12.5% del IBC, del cual el 4% es asumido por el trabajador y el 8.5% será asumido por su empleador, lo cual se traduce en un 68% del aporte a cargo del empleador.

**y para pensión:** será el 16% del IBC, de los cuales 4 puntos porcentuales están a cargo del trabajador y los 12 restantes del empleador; o lo que es lo mismo, el 75% del aporte está a cargo del empleador.

Mediante planilla asistida (PILA), en una sola transacción bancaria, el trabajador pagó lo correspondiente al aporte mensual para salud y pensión, sobre un IBC de 1 S.M.L.V., conforme se observa en la relación de pagos que militan al interior del expediente.

A efectos de simplificar la operación para la liquidación de esta obligación, tras aplicar una regla de tres simple, es posible concretar la suma mensual que debió pagar el empleador por concepto del aporte de salud y pensión de su trabajador, concluyendo que debió concurrir al pago del 72% de la suma de esos aportes. En esa medida, de acuerdo a los cálculos de la Sala (conforme se puede ver en el respectivo cuadro), la demandada le adeudaría al demandante la suma de **$3.438.531** por concepto de aportes a la seguridad social, cifra muy superior a la determinada en sede primer grado, donde se reconoció la suma de $1.350.774, por lo que dicho aspecto de sentencia no sufrirá variación en esta instancia.

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| AÑO | CICLO DE COTIZACIÓN | PAGO SALUD | PAGO PENSIÓN | MONTO A DEVOLVER SALUD (68%) | MONTO A DEVOLVER PENSIÓN (75%) | TOTAL |
| 2010 | agosto | $89.400,00 | $114.400,00 | $60.792,00 | $85.800,00 | $146.592,00 |
| septiembre | $89.400,00 | $114.400,00 | $60.792,00 | $85.800,00 | $146.592,00 |
| octubre | $89.400,00 | $114.400,00 | $60.792,00 | $85.800,00 | $146.592,00 |
| noviembre | $89.400,00 | $114.400,00 | $60.792,00 | $85.800,00 | $146.592,00 |
| diciembre | $89.400,00 | $114.400,00 | $60.792,00 | $85.800,00 | $146.592,00 |
| 2011 | enero | $89.400,00 | $114.400,00 | $60.792,00 | $85.800,00 | $146.592,00 |
| febrero | $89.400,00 | $114.400,00 | $60.792,00 | $85.800,00 | $146.592,00 |
| marzo | $89.400,00 | $114.400,00 | $60.792,00 | $85.800,00 | $146.592,00 |
| abril | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| mayo | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| junio | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| julio | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| agosto | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| septiembre | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| octubre | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| noviembre | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| diciembre | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| 2012 | enero | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| febrero | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| marzo | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| abril | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| mayo | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
| junio | $92.100,00 | $117.900,00 | $62.628,00 | $88.425,00 | $151.053,00 |
|  |  |  |  | **TOTAL** | $3.438.531,00 |

* 1. **De la indemnización moratoria**

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

 En el caso objeto de estudio, bien se ve que las circunstancias que lo rodearon no daban para que la naturaleza del contrato fuera discutible, pues es evidente que la relación que existió entre las partes se torna de carácter netamente laboral, en razón a las funciones desarrolladas por el ingeniero Londoño, que denotan actividades propias de un empleado de planta, las cuales fueron ejecutadas por un periodo considerable de tiempo (más de 7 años), bajo la continua dependencia y subordinación de la entidad demandada; relación laboral que valga anotarse, se ocultó bajo la denominación de contratos de prestación de servicios, con el propósito de eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o convencionales que se generan en favor del actor

 Sin embargo, debe advertirse que la Sala de Casación Laboral, recordó en un fallo reciente (Rad. 53793 de 2017) que, *dado el estado de liquidación judicial por el que atraviesa la demandada a partir del 28 de septiembre de 2012, conocido plenamente dentro del plenario, debe aplicar el precedente expresado por esa Corporación en la sentencia del 10 de octubre de 2003, No. 20764, en el sentido de que no se da la mala fe, frente al incumplimiento de las empresas en liquidación y, por tanto, no procede la condena por este concepto,* al considerar que de imponerle la indemnización moratoria a un empleador que se encuentra en esas condiciones, es decir en liquidación obligatoria *“no tendría razón de ser la expedición de las leyes especiales que permiten la intervención Estatal en las empresas, las cuales están destinadas a proteger no solo el capital y la inversión económica, sino también los intereses de los asalariados y por ende el derecho constitucional al empleo consagrado en el artículo 25 del Ordenamiento Superior, que se orienta a que un agente estatal dirija los destinos de la unidad de explotación económica y pretenda ya la recuperación económica, ora la liquidación de la sociedad, todo, contra la voluntad del empleador y empresario, sin que pueda quedar al libre albedrío del promotor del acuerdo o del liquidador, hacer un uso inadecuado de los recursos destinados, a conservar el equilibrio de la compañía como persona moral y la igualdad entre los acreedores, según la filosofía propia de la liquidación forzada regulada en la Ley”.*

 Así las cosas, en acatamiento de dicho precedente, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa elevada por el actor a la entidad demandada se presentó en fecha posterior al inicio del proceso de liquidación de la misma, habrá de revocarse esta condena de la sentencia, para en su lugar absolver del pago de la indemnización o sanción moratorio que le había sido impuesta en primera instancia.

 Con la postura anterior, y de acuerdo a las particularidades de este caso, se cambia a partir de la fecha cualquier posición en contrario expresada por la Sala Mayoritaria de la Sala de Decisión Laboral No. 1 de este Distrito.

 Por último, dadas las resultas del recurso de apelación propuesto por la parte actora, se impone el pago de las costas procesales de segunda instancia en su contra y en favor de la entidad demandada. Liquídense por el juzgado de origen.

 En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA (RISARALDA)**, **SALA LABORAL**, Administrando Justicia en Nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**R E S U E L V E:**

 **PRIMERO: MODIFICAR** en sede jurisdiccional de consultael numeral **TERCERO** de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, el cual quedará así: ***TERCERO:*** *como consecuencia de la anterior decisión se* ***CONDENA*** *a la demandada* ***PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES*** *a reconocer y pagar a favor del señor GUSTAVO ANDRÉS LONDOÑO las siguientes sumas de dinero derivadas del contrato de trabajo ya identificado:*

|  |  |
| --- | --- |
| **CONCEPTO** | **MONTO DE LA CONDENA** |
| Diferencia salarial | $21.020.901 |
| Cesantías | $19.187.166 |
| Interés a las cesantías | $723.908 |
| Prima de servicios | $4.149.047 |
| Vacaciones | $4.859.403 |
| Prima de vacaciones | $4.507.924 |
| Prima técnica | $6.114.140 |
| Devolución de aportes | $1.350.774 |

 ***Absolver*** *del pago de la prima de navidad, conforme a los planteamientos indicados en lo considerativo de la presente decisión.*

 **SEGUNDO: - REVOCAR** el numeral **CUARTO** de la sentencia objeto de análisis en sede jurisdiccional de consulta, en lo que corresponde a la imposición de la sanción moratoria por la falta de pago de salarios y prestaciones, en su lugar absolver por este concepto.

**TERCERO: - CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia objeto de estudio.

 **CUARTO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante.

**NOTIFICACIÓN SURTIDA EN ESTRADOS.** **CÚMPLASE** y **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.

La Magistrada,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

……………………………………..

Secretario Ad-hoc**.**