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.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**Providencia.** Sentencia – Grado de Consulta – 21 de marzo de 2017

**Proceso.** Ordinario laboral – Confirma sentencia que accedió a las pretensiones

**Radicación Nro.** : 66001-31-05-002-2013-00510-01

**Demandante:** Marien Maritza Osorno Henao

**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).

En Pereira, a los veintiún (21) días del mes de marzo de dos mil diecisiete (2017), siendo las diez y treinta de la mañana (10:30 a.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 frente a la sentencia proferida el 02 de octubre de 2015, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve la señora **Marien Maritza Osorno Henao** contra el **Instituto del Seguro Social en liquidación,** radicado 66001-31-05-002-2013-00510-01.

**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 Marien Maritza Osorno Henao**,** 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 21-02-2007 a 31-03-2013; y (ii) es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo entre el Sindicato Nacional de Trabajadores y el ISS; en consecuencia, se le condene al demandado a pagarle (i) la diferencia salarial, comparado con un empleado de planta del nivel técnico de servicios administrativos; (ii) cesantías, intereses a las cesantías, sanción por su no consignación y pago, respectivamente; prima de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad; así mismo, (iii) lo cancelado al sistema de seguridad social en salud y pensiones; (iv) salarios y prestaciones en virtud de la convención colectiva de trabajo; (v) prima técnica y de antigüedad; (vi) la indemnización moratoria en subsidio indexación total y plena; y (vii) los dineros que por concepto de retención en la fuente le realizó la demandada.

Como pretensión subsidiaria pidió que de no aplicarse la convención colectiva a la demandante, se reconozca las condenas como trabajador oficial de la entidad demandada.

Fundamenta sus pretensiones en que: (i) prestó sus servicios personales remunerados al ISS seccional Risaralda como técnico de servicios administrativos en el departamento de informática y financiero, bajo las órdenes del Jefe de Departamento de Informática y Financiero del ISS y el Gerente Seccional, en un horario de lunes a viernes de 8:00 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m.; (ii) los contratos de prestación de servicios que suscribió lo fueron del 21-02-2007 al 31-03-2013, finalizando el último sin justa causa; (iii) devengó como salario promedio $987.061 para el año 2013; (iv) mensualmente realizó los pagos al sistema de seguridad social y sobre el valor del contrato se le hacía retención en la fuente.

(v) El ISS suscribió una convención colectiva con el sindicato de trabajadores del Seguro Social, donde la actora es beneficiaria por hallarse afiliada al sindicato y porque no renunció a los beneficios de la misma; (vi) no se le han pagado las prestaciones sociales, reajuste salarial, ni los beneficios de la convención colectiva, como prima de navidad, técnica y de antigüedad, auxilio de transporte y alimentación, cesantías e intereses; (vii) la reclamación administrativa se presentó el 19-04-2013.

**Instituto de Seguros Sociales ISS en liquidación** aceptó la prestación personal remunerada de la demandante, el cargo de técnico de servicios administrativos, el inicio y final de la relación laboral, los contratos de prestación de servicios, desde el 21-02-2007 al 31-03-2013, las funciones impartidas por el Jefe inmediato del Departamento de informática y financiero, las funciones desempeñadas, el pago de la seguridad social, la retención en la fuente, el salario promedio para el año 2013, el no pago de prestaciones sociales, el reajuste salarial, auxilio de transporte, alimentación y la reclamación administrativa.

A pesar de lo anterior, negó el horario de trabajo, el despido sin justa causa y que sea beneficiaria de la convención colectiva. Frente a las pretensiones se opuso 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 consulta**

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 21-02-2007 hasta el 31-03-2013 y como consecuencia, condenó al ISS, donde actualmente FIDUAGRARIA actúa única y exclusivamente como administradora y vocera del patrimonio autónomo de remanentes PAR ISS, a pagar únicamente cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios convencional, diferencias salariales, prima de vacaciones, y la indemnización moratoria conforme al Decreto Ley 797 de 1949, los demás conceptos los negó, ya por falta de prueba o ausencia de norma que los consagrara a su favor, dado su cargo y calidad de empleada oficial de empresa industrial y comercial del estado.

Como fundamento de su decisión manifestó que con la contestación de la demanda, los documentos allegados por la demandante y de las declaraciones rendidas, se acreditó la prestación personal del servicio a la entidad demandada siempre como técnico de servicios administrativos, bajo su continua subordinación.

Que dado el carácter del ISS de 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, la demandante tiene la calidad de trabajadora oficial, por lo que es beneficiaria de la convención colectiva.

En relación con la prescripción, la declaró parcialmente, respecto de las acreencias causadas antes del 19-04-2010, al interrumpirla la reclamación que se hizo el 19-04-2013.

**3. Del grado jurisdiccional de consulta**

Contra la anterior decisión no se presentó recurso de apelación, por lo tanto, se ordenó tramitar el grado jurisdiccional de consulta en favor del Instituto de Seguros Sociales ISS en liquidación, de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

**CONSIDERACIONES**

**1. Problemas jurídicos**

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

(i) ¿Demostró la parte demandante que el servicio prestado desde el 21-02-2007 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 reconocidas en primera instancia?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

Con el propósito de dar respuesta a los anteriores cuestionamientos, se considera necesario precisar lo siguiente:

**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 en 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 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 Marien Maritza Osorno Henao prestó sus servicios personales a favor del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación entre el 21-02-2007 hasta el 31-03-2013, y así lo aceptó la parte demandada en la contestación de la demanda, información que se corrobora con los contratos de prestación de servicios que militan a folios 14 a 36 y los testimonios de Alejandra María Murillo Zuluaga y Rodrigo Camacho Osorio, quienes a pesar de prestar sus servicios al ISS, la primera como contratista y el segundo como empleado de planta, de forma hilada, responsiva y congruente dieron cuenta que la actora prestó sus servicios personales en los años 2007 a 2013, lapso en el que realizó en el departamento financiero, en la sección cuentas por pagar, el pago de proveedores, esto es, a las personas que suplían a la entidad de las provisiones para el funcionamiento normal de la entidad; para lo cual utilizaba los elementos de trabajo de propiedad del ISS.

Agregan los declarantes, que la actora cumplía cabalmente un horario de 8:00 a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m.; también debía pedir permisos para ausentarse, los que eran autorizados por el jefe del departamento Bernardo Vásquez, su jefe inmediato.

La valoración del material probatorio reseñado, permite presumir que la prestación personal del servicio de la demandante 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 conjunto 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 y por ende, beneficiaria de la convención colectiva que celebró el ISS con el sindicato, al no haber renunciado a ella, convención que se aportó en debida forma al proceso.

Por lo anterior, la Jueza acertó al declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la señora Osorno Henao 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 está llamada a prosperar de manera parcial, como lo señaló la primera instancia, si en cuenta se tiene que el término de prescripción empieza a correr desde el momento en que se hizo exigible cada derecho[[1]](#footnote-1), y dado que las acreencias laborales en su mayoría nacen anualmente por el respectivo año objeto de liquidación, causadas, tal momento será el punto de referencia para contar el término trienal; así, en el caso bajo examen, muchas de ellas prescribieron al no lograr interrumpir el término prescriptivo la reclamación presentada ante el ISS el 19-04-2013 (fl.39).

En otras palabras los derechos laborales que se hubieren causado con antelación a la misma fecha del año 2010 prescribieron; excepto el auxilio de las cesantías, cuyo término sólo empieza a contabilizarse desde el momento en el que expiró el contrato. Frente a las vacaciones, de conformidad con lo expresado en el artículo 23 del Decreto 1045 de 1978 éstas prescriben en cuatro años contados a partir de la fecha en que se haya causado el derecho, tal cual lo dispuso la Jueza de primer nivel, sin embargo, cuando se trate de compensación en dinero de las vacaciones, como se analizará más adelante para este caso, al hacerse ésta exigible desde la misma terminación del contrato de trabajo, la prescripción comienza a contarse desde allí.

La misma suerte corren los intereses a las cesantías, esto es, prescriben los causados antes de la fecha mencionada, pues de conformidad con el artículo 62 de la convención colectiva, la exigibilidad de dichos intereses surge anualmente por el respectivo año objeto de liquidación, pagaderos en el mes de enero del año siguiente, y no a la terminación del contrato, como acertadamente lo esgrimió la Jueza de primera instancia.

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 Osorno Henao desempeñó su cargo como trabajadora oficial y que cumplía las mismas funciones de un técnico de servicios administrativos, por lo que resulta procedente su reconocimiento como lo decidió la Jueza de primer grado.

No obstante, una vez se compara lo que la actora devengó durante el periodo de 19-04-2010 al 31-03-2013, dado que lo percibido con anterioridad está prescrito (fls.26 a 36), con lo recibido por un técnico de servicios administrativos (fl.43), arroja una suma de $20.303.332y no $20.303.406 que halló la *a quo*, error atribuible al salario que tomó de enero a marzo de 2011, diferente al del contrato (fl.29); por lo que se modificará el valor de esta condena, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera a favor de la demandada.

**2.2.2. Prima de servicio convencional**

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 Osorno Henao tiene derecho a que se le reconozca esta prestación, recordando que aquellas que se hayan causado con anterioridad al 19-04-2010 se encuentran cobijadas por el fenómeno prescriptivo, tal y como se indicó en párrafos anteriores.

Así entonces se tiene que el valor a reconocer por este concepto es $4.275.829, tal cual como lo fijó la primera instancia, razón por la cual se confirmará este concepto.

**2.2.3 Vacaciones**

El artículo 48 de la convención señala que para las personas que tengan más de cinco años continuos tendrán derecho a 18 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 en dinero de las 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 $3.403.678, contrario a lo establecido por la *a quo* $3.753.295, quien liquidó con el artículo 48 de la convención colectiva; valor que se modificará por el grado jurisdiccional de consulta, sin que se haga análisis adicional frente al término prescriptivo en éste aspecto, habida cuenta que la Jueza de primera instancia prescribió un periodo mayor por liquidar vacaciones y no compensación, que no se modificará por favorecer al demandado y al no ser objeto de apelación.

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 y esta Magistrada mediante sentencias de 27-10-2016, radicado 2014-00325-01 y 29-11-2016, radicado 2013-00510-01.

**2.2.4 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 6 años, 1 mes y 11 días dentro del periodo comprendido entre el 21-02-2007 hasta el 31-03-2013, es posible reconocerle este derecho equivalente a veinticinco (25) días de salario básico al estar entre los cinco (5) años de servicio y no más de diez (10) años de servicio, equivalente a $2.712.384, tal cual como lo estableció la jueza de primera instancia, por lo que se confirmará.

**2.2.5 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, 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 21-02-2007 hasta el 31-03-2013, la suma de $9.753.511 y no de $9.367.997,81 como liquidó la primera instancia, al no tener en cuenta el factor de prima de servicios desde el 21-02-2007 para su cómputo, sin embargo, el valor no se modificará en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandada y al no ser objeto de apelación.

En lo atinente a los intereses a las cesantías, contemplados en el artículo ya prenombrado, a pesar que la primera instancia declaró la prescripción a los generados con anterioridad al 19-04-2010, se tiene que habrá de modificarse el valor de $582.101,14, para disminuirse a $567.337, según la liquidación hecha por esta Corporación, en virtud del grado jurisdiccional de consulta que opera a favor de la demandada.

**2.2.6 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 la Corte Suprema de Justicia[[2]](#footnote-2), como máximo órgano de cierre en materia laboral, ha dicho 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.

En el caso en concreto resultó evidente que el ISS disfrazó la relación laboral existente con la señora Osorno Henao con unos contratos de prestación de servicios, para desarrollar funciones propias de un empleado de planta y que fueron ejecutadas de manera ininterrumpida, bajo la dependencia y subordinación del Jefe del departamento de finanzas de la entidad demandada; todo ello 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, se confirmará tal cual como la definió la *a-quo,* que empieza a contarse desde el 01-07-2013 en razón de 1 día de salario por cada día de retardo, que equivale a $55.164.

Finalmente dado que los demás conceptos solicitados en la demanda se negaron y se revisa la sentencia en este caso en grado jurisdiccional de consulta, no hay lugar a realizar pronunciamiento sobre ellos.

**CONCLUSIÓN**

Así las cosas, se procederá a modificar el valor de la diferencia salarial para disminuir su valor, en el mismo sentido las vacaciones y los intereses a las cesantías; en lo demás se confirmará.

Sin costas en esta instancia por el grado jurisdiccional de consulta.

**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 2 de octubre de 2015 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por la señora **Marien Maritza Osorno Henao** contra el **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., el valor de reajuste salarial por el de $20.303.332**,** compensación de vacaciones por $3.403.678 e intereses a las cesantías por el de $567.337, en lo restante permanece tal cual lo definió la primera instancia.

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

**TERCERO.** 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**



**2.2.2. Prima de servicios**



**2.2.3. Compensación por vacaciones**



**2.2.4. Prima de vacaciones**



**2.2.5. Cesantías e intereses**



1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17-04-2012. Radicación 38255. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y del 06-03-2013. Radicación 39050. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve. [↑](#footnote-ref-1)
2. Sala de Casación Laboral. Sentencias del 01-07-2015. Radicación 44186. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y 18-05-2016. Radicación 47048. M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 16-03-2005. Radicación 23987. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. [↑](#footnote-ref-3)