El siguiente es el documento presentado por la Magistrada 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 la Secretaría de esta Sala.

Asunto Apelación y consulta

Proceso. Ordinario laboral

Radicación Nro. : 66001-31-05-005-2014-00090-02

Demandante: Andrés Felipe Gómez Dávila

Demandado: Instituto de Seguros Sociales

Vinculado: Fiduagraria S.A

Juzgado de Origen: Tercero Laboral del Circuito de Pereira

**TEMAS: CONTRATO DE TRABAJO –ISS- / ELEMENTOS/ PRINCIPIO DE LA PRIMACÍA REALIDAD/ TRABAJADOR OFICIAL/ CONVENCIÓN COLECTIVA – PAGO ACREENCIAS LABORALES/ SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE CESANTÍAS MODIFICA PARCIALMENTE.**

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 el señor Gómez Dávila.

Por lo anterior, la jueza acertó al declarar la existencia de dos contratos de trabajo entre el señor Andrés Felipe Gómez Dávila y el ISS y de hecho la clasificación del actor como trabajador oficial.

**(…)**

Se probó que el ISS y el sindicato de esta entidad celebraron convención colectiva el 31-10-2001, que cuenta con nota de depósito de fecha 31-10.-2001(fl. 35 a 108, ND 97); que se encontraba vigente según certificado del 08-02-2010 (fl.96), a pesar de la denuncia parcial de la misma realizada por el empleador el 28-10-2004 (fl. 74 c. 2), en tanto que este no puede suscitar un conflicto colectivo de trabajo, pues está vedado para los empleadores presentar pliegos de peticiones con el propósito de culminar con una convención vigente o con fallo de tribunal de arbitramento alguno[[1]](#footnote-1); igual el demandante es beneficiario de ella conforme al artículo 3 en concordancia artículo 471 del CST al ser el sindicato del ISS mayoritario como se deja constando en la convención, por lo que esta se hace extensiva a todos los trabajadores

**(…)**

A folios 31 a 35 se evidencia que el señor Gómez Dávila, realizó los aportes al sistema de seguridad social mediante las planillas asistidas, razón por la cual tiene derecho a que se le reintegre el porcentaje correspondiente al 12% en pensión y el 8.5% en salud que hubiera efectuado y el cual no era de su carga, teniendo en cuenta que el trabajador solo le compete asumir el 4% en cada caso, por lo que acierta la Jueza de instancia en hacer la devolución de los porcentajes asumidos por el actor, estando inconforme el demandante con el valor reconocido, que debe ser superior, en lo que acierta el recurrente, por lo que se modificará el numeral 3º,

**(…)**

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 1582 de 1998 para las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, por lo que no existe en el ordenamiento legal una sanción por la no consignación de cesantías para este tipo de entidades estatales, 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.

(…)

En el caso en concreto resultó evidente que el ISS disfrazó la relación laboral existente con el señor Gómez Dávila con unos contratos de prestación de servicios, para desarrollar funciones propias de un empleado oficial y que fueron ejecutadas de manera ininterrumpida, bajo la dependencia y subordinación de la jefe de pensiones 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 para el primer contrato fue el 30-04-2010, que debía correr hasta su pago, pero como la Jueza de instancia tuvo bien liquidar por esta sanción hasta el 14 de febrero de 2011, $5.221.995, sin que fuera objeto de apelación, se mantendrá la condena.

Para el segundo contrato, la sanción moratoria va desde el 31/10/2011, pero no se puede extender más allá de la liquidación del ISS, por lo que se debe tener como fecha para concretarla hasta el 28/09/2012, en la cual se expidió el Decreto 2013 del mismo año; esto al compartirse la tesis sentada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2833 del 1-03-2017, radicado 53793.

(…)

Por lo anterior se modificará la condena, y se tendrá como fecha final para tasar la indemnización moratoria el día 28-09-2012, momento en que se ordenó la liquidación del ISS, la que asciende a $4´192.248.



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

En Pereira, a los veintiún (21) días del mes de agosto de dos mil dieciocho (2018), siendo las diez de la mañana (10:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 11 de mayo de 2017 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Andrés Felipe Gómez Dávila** contra el **Instituto de seguros Sociales en liquidación,** radicado 66001-31-05-005-2014-00090-02.

**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 el señor Andrés Felipe Gómez Dávila**,** que se declare que (i) entre él y el Instituto de Seguros Sociales, en liquidación se celebraron dos contratos de trabajo, el primero del 01-09-2009 a 30-04-2010 y el segundo entre el 01-07-2010 y el 31-10-2011; y (ii) que ostentó la calidad de trabajador oficial y que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo entre Sintraseguridadsocial y el ISS.

En consecuencia, se condene al demandado a pagarle (i) cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y compensación de vacaciones; (ii) convencionales como, prima de servicios, auxilio de transporte, auxilio de alimentación y la dotación de uniformes de trabajadores oficiales; así mismo, (iii) los valores de aportes hechos al sistema de seguridad social en salud y pensiones; (iv) la indemnización moratoria por no pago de prestaciones desde el 01-11-2011; y (vi) la indemnización por la no consignación anual de las cesantías, lo que ultra y extra petita resulte, indexación, costas y agencias en derecho.

Fundamenta sus pretensiones en que: (i) fue contratado por el ISS seccional Risaralda como auxiliar administrativo, bajo las órdenes del Jefe de Departamento de Pensiones Dra. María Gregoria Vásquez Correa, mediante 5 contratos de prestación de servicios; los dos primeros desde 01-09-2009 y hasta el 30-04-2010, los otros tres iniciando el 01-07-2010 y hasta el 31-10-2011, con horario de lunes a viernes de 7:30 a.m. a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m.; (ii) devengó como salario inicial $807.525 y el último de $849.787; (iv) mensualmente realizó los pagos al sistema de seguridad social.

(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 beneficiario de dicha convención vigente 2001-2004; (vi) no se le han pagado las prestaciones sociales, ni los beneficios de la convención colectiva, como prima de servicios, auxilio de transporte y alimentación, dotaciones; (vii) la reclamación administrativa se presentó el 25-10-2012.

**Instituto de Seguros Sociales en liquidación** aceptó la prestación personal del servicio desde septiembre de 2009, pero bajo contratos de prestación de servicios, el valor de los honorarios; Frente a las pretensiones se opuso y propuso las excepciones de “Pago total de la deuda”; “cobro de lo no debido”; “enriquecimiento sin justa causa”; “buena fe“ y “prescripción”

Posterior a lo antes dicho, la Jueza vinculó a la FIDUAGRARIA S.A. (fl.146) y al PAR ISS (fl.150) en calidad de sucesor procesal, entidad que mediante apoderado judicial contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones y propuso las excepciones de “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 Cuarto Laboral del Circuito de Pereira declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada; declaró que entre el actor y el ISS en liquidación, existieron dos contratos de trabajo entre el 01-09-2009 hasta el 30-04-2010, y el otro 01-07-2010 hasta 31-10-2011; y como consecuencia, condenó al ISS en liquidación, a pagar las cesantías, intereses a las cesantías, compensación de vacaciones, prima de servicios legal, devolución de aportes, sanción por no pago de cesantías, la sanción por no pago de las prestaciones sociales a partir del 01 de febrero de 2012; a pagar por prestaciones convencionales, la prima de servicios y auxilio de transporte.

Decisión a la que llegó al estar dados los presupuestos del artículo 2 del decreto 2127, pues el actor cumplía con un horario de trabajo, era subordinado a la jefe del área de pensiones del ISS y recibía emolumentos por la labor realizada; corroborado esto por el testimonio de la señora Alejandra Castro Londoño, quien precisó cada una de estas situaciones por ser compañera de trabajo del actor durante el tiempo relacionado; dando credibilidad a lo dicho por la antes mencionada.

Agregó también, que teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del ISS, sus servidores tienen la calidad de trabajadores oficiales, calidad que ostentó entonces el demandante, por lo que se beneficia de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y el sindicato de sus trabajadores, la cual presenta su respectiva nota de depósito, de la que el actor no renunció.

De otro lado al no probarse el cargo específico del actor, negó el reconocimiento convencional del auxilio de alimentación y dotación de uniformes (arts. 54 y 89 convencional).

**3. Síntesis del recurso de apelación**

La parte demandante inconforme con la decisión, recurrió el fallo en lo siguiente.

Manifestó que al respecto de la devolución de aportes a pensión y salud, la Jueza determinó que se debía asumir por parte del actor el porcentaje equivalente al 4% para salud y 4% para pensión; pero que el cálculo realizado por el Juzgado no fue proporcional y por lo cual, le concedió una devolución de $777.618, siendo este valor inferior al que en la proporción real debió devolverse, es decir $994.934.

El segundo aspecto lo fundamento en el hecho de que las vacaciones debieron ser concedidas como fueron solicitadas en la demanda $831.862.

**4. Grado jurisdiccional de consulta**

Contra la decisión de primer grado, se dispuso se surtiera el grado jurisdiccional de consulta a favor del ISS, por haberle sido adversa, siendo garante la Nación, al tenor del Decreto 2013 de 2012.

**CONSIDERACIONES**

**1. Problemas jurídicos**

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

(i) ¿Demostró la parte demandante que el servicio prestado desde el 01-09-2009 al 30/04/2010 y del 01/07/2010 al 31-10-2011, a favor de la parte demandada, lo fue en virtud de dos contratos de trabajo?

(ii) De ser afirmativo lo anterior, ¿Le es aplicable al demandante la convención colectiva de trabajo suscrita por el ISS y el sindicato de trabajadores del mismo y por ende, es merecedor de las prestaciones que en dicha convención se predica y se solicitan?

(iii) ¿tiene lugar al reconocimiento de las acreencias laborales que hizo la primera instancia?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

**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 estatuto procesal civil, 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; 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 del trabajador, dado el carácter de orden público que tienen las normas de trabajo.

**2.1.2 Fundamento fáctico**

De antemano resulta relevante manifestar que el señor Andrés Felipe Gómez Dávila prestó sus servicios personales a favor del Instituto de Seguros Sociales entre el 01-09-2009 al 30/04/2010 y del 01/07/2010 al 31-10-2011, como se acredita con la certificación de Talento Humano ISS (fl 20), los contratos de prestación de servicios adosados al expediente suscritos entre las partes (fl 23 a 26), acta de liquidación del contrato por mutuo acuerdo (fl. 27 y 28) e informe de interventoría de fecha 03-01-2012 (fl. 29 y 30).

Además, la señora Alejandra Castro Londoño, compañera de trabajo del actor en el ISS en calidad de contratista, de forma hilada, responsiva y congruente dio cuenta que este prestó sus servicios personales durante 2 años, de septiembre de 2009 y mediados de 2011, lapso en el que realizó las actividades en el centro de atención al pensionado; y para lo cual utilizaba los elementos de trabajo de propiedad del ISS.

Agrega la declarante, que el actor ingresaba a las de 7:30 de la mañana y atención al público a partir de las 8:00 a 12:00 m y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m.; también que debía pedir permisos para ausentarse, que la jefe del departamento de pensiones era la señora María Gregoria Vásquez Correa, de quien recibían órdenes y los citaba a las reuniones de trabajo para darles las instrucciones de las actividades a realizar; que eran mensuales y en ocasiones semanales. De otro lado, manifestó que era el señor Gómez Dávila quien debía pagar su propia seguridad social, situación que se corrobora con los documentos aportados en la demanda, visibles a folios 31 al 34.

De la valoración del material probatorio reseñado, emerge sin dubitación alguna la existencia de la prestación personal del servicio en dos momentos diferentes, hecho que permite presumir que tal se dio en el marco de dos contratos de trabajo; primando así la realidad sobre la forma.

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 el señor Gómez Dávila.

Por lo anterior, la jueza acertó al declarar la existencia de dos contratos de trabajo entre el señor Andrés Felipe Gómez Dávila y el ISS y de hecho la clasificación del actor como trabajador oficial.

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

Se probó que el ISS y el sindicato de esta entidad celebraron convención colectiva el 31-10-2001, que cuenta con nota de depósito de fecha 31-10.-2001(fl. 35 a 108, ND 97); que se encontraba vigente según certificado del 08-02-2010 (fl.96), a pesar de la denuncia parcial de la misma realizada por el empleador el 28-10-2004 (fl. 74 c. 2), en tanto que este no puede suscitar un conflicto colectivo de trabajo, pues está vedado para los empleadores presentar pliegos de peticiones con el propósito de culminar con una convención vigente o con fallo de tribunal de arbitramento alguno[[2]](#footnote-2); igual el demandante es beneficiario de ella conforme al artículo 3 en concordancia artículo 471 del CST al ser el sindicato del ISS mayoritario como se deja constando en la convención, por lo que esta se hace extensiva a todos los trabajadores.

Definido lo anterior, procede la Sala a determinar si el actor es merecedor de las diferentes prestaciones e indemnizaciones que solicita.

**2.2.1 Compensación de 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 al actor 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 el trabajador y teniendo en cuenta año completo y fracción.

Así las cosas, el monto de esta prestación al ser liquidada por esta Sala, asciende a:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| Contrato  | Fecha  | Salario | Días laborados  | Total  |
| Uno (1) | 01/09/09 al 30/04/10 | $807.525  | 240 | $269.175 |
| Dos (2) | 01/07/10 al 30/06/11 | $849.787 | 360 | $424.894 |
| Dos (2) | 01/07/11 al 31/10/11 | $849.787 | 120 | $141.631 |
|  |  |  | Gran Total  | $835.700 |

Mayor valor al fijado por la a-quo, dado que esta al liquidar las vacaciones, causadas entre 01/07/10 al 30/06/11 tomó como base salarial $823.676, cuando debió ser $849.787 que era el vigente para el año 2011, por lo que prospera la apelación. Pero, como este valor es superior al solicitado en la demanda por la parte actora de $831.862, se tendrá como tal este, al no tener facultades ultra petita esta segunda instancia.

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

A folios 31 a 35 se evidencia que el señor Gómez Dávila, realizó los aportes al sistema de seguridad social mediante las planillas asistidas, razón por la cual tiene derecho a que se le reintegre el porcentaje correspondiente al 12% en pensión y el 8.5% en salud que hubiera efectuado y el cual no era de su carga, teniendo en cuenta que el trabajador solo le compete asumir el 4% en cada caso, por lo que acierta la Jueza de instancia en hacer la devolución de los porcentajes asumidos por el actor, estando inconforme el demandante con el valor reconocido, que debe ser superior, en lo que acierta el recurrente, por lo que se modificará el numeral 3º, dado que aplicado los porcentajes de Ley, da como sigue:

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Año**  | **Salario Base de Pago**  | **Salud 12,5%** | **Pensión****16%** | **Nº pagos**  | **Valor adeudado** | **Corresponde al empleador**  |
| **2010** | **515.000** | **$64.375** | **$82.400** | **2** | **$293.550** | **$211.150** |
| **2011** | **535.600** | **$66.950** | **$85.696** | **7** | **$1.068.522** | **$765.586** |
|  | **Valor**  | **Seguridad**  | **Social**  |  | **$1.383.198** | **$979.736** |

Sin que se logre identificar la causa de esta diferencia, al no emerger de la sentencia de primera instancia los datos para arribar a la condena por este concepto.

**2.2.3 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 1582 de 1998 para las entidades descentralizadas por servicios del orden nacional, por lo que no existe en el ordenamiento legal una sanción por la no consignación de cesantías para este tipo de entidades estatales, 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.

Respecto a ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia[[3]](#footnote-3) 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”.*

Por lo anterior, y por el grado jurisdiccional de consulta, hay lugar a revocar lo resuelto por el juzgado de primera instancia en el numeral tercero y absolver a la demandada por este concepto.

2.2.4. Interés a las cesantías.

En lo atinente a los intereses a las cesantías, Hay lugar a esta pretensión como quiera que independientemente del fondo de administración de cesantías que haya elegido el actor, sea privado o el Fondo Nacional del Ahorro, ambos establecen el reconocimiento de ésta prestación sobre el valor de las cesantías liquidadas.

En el presente caso, asciende para el primer contrato en el año 2009 a $11.558, y para 2010 $11.558; para el segundo contrato ascienden, año 2010 $26.555, para el año 2011 $76.116; lo cual nos da un total en la sumatoria de $125.816, valor inferior al liquidado por la A-quo, lo que se explica al aplicar el porcentaje al salario y no a las cesantías liquidadas.

Por lo antes dicho, y por el grado jurisdiccional de consulta, hay lugar a modificar esta condena en la forma expuesta.

2.2.5. Cesantías, prima de servicio legal – convencional, auxilio de transporte.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto para las demás prestaciones solicitadas, y a pesar de ser superiores las liquidadas por esta Sala, que las halladas por la primera instancia, quien omitió tener en cuenta el auxilio de transporte; no hay lugar a modificarlas por revisarse en cumplimiento del grado jurisdiccional de consulta.

**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[[4]](#footnote-4), 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.

En el caso en concreto resultó evidente que el ISS disfrazó la relación laboral existente con el señor Gómez Dávila con unos contratos de prestación de servicios, para desarrollar funciones propias de un empleado oficial y que fueron ejecutadas de manera ininterrumpida, bajo la dependencia y subordinación de la jefe de pensiones 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 para el primer contrato fue el 30-04-2010, que debía correr hasta su pago, pero como la Jueza de instancia tuvo bien liquidar por esta sanción hasta el 14 de febrero de 2011, $5.221.995, sin que fuera objeto de apelación, se mantendrá la condena.

Para el segundo contrato, la sanción moratoria va desde el 31/10/2011, pero no se puede extender más allá de la liquidación del ISS, por lo que se debe tener como fecha para concretarla hasta el 28/09/2012, en la cual se expidió el Decreto 2013 del mismo año; esto al compartirse la tesis sentada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2833 del 1-03-2017, radicado 53793. Al respecto dijo esa Corporación:

“*Frente a la anterior situación, debe decirse 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.*

*Finalmente, no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática".*

Por lo anterior se modificará la condena, y se tendrá como fecha final para tasar la indemnización moratoria el día 28-09-2012, momento en que se ordenó la liquidación del ISS, la que asciende a $4´192.248.

**CONCLUSIÓN**

En este orden de ideas prospera el recurso de apelación por lo que se modificará y se revocará el numeral tercero, en los ítem relacionados con la compensación de vacaciones, intereses a las cesantías, sanción por no pago de cesantías y devolución de aportes de la seguridad social, igualmente se modificará el numeral cuarto en los términos mencionados

Sin costas en esta instancia al prosperar parcialmente el recurso de apelación y tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

**DECISIÓN**

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

**RESUELVE**

**PRIMERO. MODIFICAR** parcialmenteel numeral tercero de la sentencia proferida el 11 de mayo de 2017 por el Juzgado Quinto del circuito de Pereira dentro del proceso que promueve el señor Andrés Felipe Gómez Dávila contra el Instituto de Seguros Sociales, en los ítems que corresponden a la compensación de vacaciones y a la devolución de aportes, al igual que a lo relacionado con el interés a las cesantías; Y **REVOCAR** el ítem correspondiente a la sanción por no pago de cesantías; el que queda así para mejor comprensión:

***TERCERO: CONDENAR,*** *como consecuencia de la anterior decisión, al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO representado por el PARISS, a pagar a favor del señor ANDRES FELIPE GOMEZ DAVILA las siguientes sumas de dinero, derivadas del contrato de trabajo que aquí se atendió, así:*

|  |  |
| --- | --- |
| **CONCEPTO**  | **VALOR**  |
| Compensación vacaciones  | $831.862 |
| Prima de servicios legal | $1.658.344 |
| Cesantías  | $1.658.344 |
| Interés sobre cesantías  | $125.816 |
| Devolución de aportes  | $979.736 |
|  |  |

**SEGUNDO. MODIFICAR** el numeral cuarto que quedara así;

***“CUARTO: ORDENAR*** *así se condena* (sic) *a la demandada a cancelar por sanción no pago de prestaciones sociales a razón de $5.221.995 causados por el primer contrato y por el segundo contrato de $28.326 diarios a partir del 01 de febrero de 2012, y hasta el 28-09-2012; que asciende a $4.192.248”.*

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

**CUARTO.** 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** **FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

 Magistrado Magistrado

|  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |

SENTENCIA SL 2833 DEL 01 DE MARZO DE 2017 RADICADO 53793

“En lo que atañe a la moratoria del artículo 65 del CST, causada por los salarios y prestaciones adeudados a la terminación del contrato, esto es el 6 de septiembre de 2010, corresponde decir que, dado el estado de liquidación judicial por el que atraviesa la demandada a partir del 7 de septiembre siguiente, conocido plenamente dentro del plenario, aplica el precedente de esta Corte contenido en la sentencia CSJ del 10 de oct. de 2003, No. 20764, en el sentido de que no se da la mala, frente al incumplimiento de las empresas en liquidación y, por tanto, no procede la condena por este concepto, a saber: Frente a la anterior situación, debe decirse 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. Finalmente, no puede deducirse que una empleadora que fue llamada a liquidación forzada como la sociedad demandada, tuviera interés en desconocer o defraudar los intereses y créditos de los trabajadores demandantes, como para entrar a darle viabilidad al Art. 65 del C. S. del T., que como lo ha sostenido esta Sala, no es de aplicación automática".

**2.3.1 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 por esta Sala con los ítems aplicables al demandante, tendría derecho a recibir por cesantías por el primer contrato a partir del 01-09-2009 hasta el 30-04-2010, la suma de $ 577.883, y por el segundo contrato a partir del 01-07-2010 hasta el 31-10-2011, la suma de $1.203.743, valores que fueron superiores a que liquidó la primera instancia, $538.350 y $1.119.994. Por lo que se mantendrá

En lo atinente a los intereses a las cesantías Hay lugar a esta pretensión como quiera que independientemente del fondo de administración de cesantías que haya elegido el actor, sea privado o el Fondo Nacional del Ahorro, ambos establecen el reconocimiento de ésta prestación sobre el valor de las cesantías liquidadas, el cual asciende en el año 2009 a $xxx, 2010 $xxx, para un total de $xxx, al 2011 $.

**2.3.2 Auxilio de transporte**

Prevé el artículo 53 de la convención colectiva de trabajo, según el acta de interpretación con autoridad complementaria y declaratoria al artículo 53 del convención colectiva de 27-12-2001 (fl.) que tendrán derecho a esta prestación económica aquellos trabajadores que devenguen hasta tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y como el demandante en su calidad de auxiliar administrativo en el lapso de duración de los contratos de trabajo, devengó un salario inferior a los tres (3) salarios mínimos, tiene derecho a percibir dicha prestación, como lo concluyó la primera instancia, quien lo valoro en $1.382.549, para lo cual esta sala lo taso para el año 2009 $237.200, año 2010 $615.500 y año 2011 $636.000, para un total de $916.300 no obstante, como esa decisión no fue apelada, esta última se conservará por el grado jurisdiccional de consulta por lo cual revocara el numeral xxxx de la sentencia .

**2.3.4. Prima de servicio**

El artículo 4 del Decreto 1919 de 2002[[5]](#footnote-5), señala que todos los empleados públicos vinculados o que se vinculen a las entidades del sector central y descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden territorial, tendrán derecho a percibir la prima de servicios anual equivalente a 15 días de remuneración que trata el Decreto 1042 de 1978; asimismo, a su pago proporcional, cuando el funcionario no haya trabajado el año completo en la misma entidad, en razón de una doceava parte por cada mes completo de labor y siempre que hubiere servido en el organismo por lo menos un semestre.

De tal manera que al laborar el actor 8 meses completos en el primer contrato y 16 meses para el segundo, el pago es proporcional en lo pertinente, por lo tanto, la liquidación debe hacerse conforme la norma.

Adicionalmente deben tenerse en cuenta para su liquidación los factores salariales contemplados en el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978, que para el caso en concreto, son el sueldo básico y el auxilio de transporte.

Por lo que el valor a reconocerse por esta prestación asciende para el primer contrato la de $577.883 y para el segundo contrato de $1.113.048, valor que es superior al liquidado por la Jueza, por lo que teniendo en cuenta el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor del ISS, esta se deberá como en la parte resolutiva de la sentencia.

**2.3.4. 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, el señor Gómez Dávila tiene derecho a que se le reconozca esta prestación.

Así entonces el valor que había lugar a reconocer por el primer contrato $xxxxx y por el segundo contrato $xxxx y no $1.247.536 fijado por la a quo; no obstante, como esa decisión no fue apelada, esta última se conservará por el grado jurisdiccional de consulta.

**2.3.7 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[[6]](#footnote-6), 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.

En el caso en concreto resultó evidente que el ISS disfrazó la relación laboral existente con el señor Gómez Dávila 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 de la jefe de pensiones 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 para el primer contrato fue el 30-04-2010, y para el segundo contrato seria 31-10-2011, la sanción moratoria, se.

1. Corte Suprema de Justicia, R.A. de 02-09-2008, radicación 36583, M.P. Eduardo López Villegas. [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Suprema de Justicia, R.A. de 02-09-2008, radicación 36583, M.P. Eduardo López Villegas. [↑](#footnote-ref-2)
3. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 31-01-2012. Radicación 37389. M.P. Luis Gabriel Miranda Buelvas. [↑](#footnote-ref-3)
4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 24-01-2012. Radicación 37288. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz. [↑](#footnote-ref-4)
5. Dispone que el régimen de prestaciones mínimas a los trabajadores oficiales vinculados a las entidades de que trata ese Decreto, dentro de los que se encuentran los trabajadores del nivel Municipal, será el consagrado para los empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional. [↑](#footnote-ref-5)
6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 24-01-2012. Radicación 37288. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz. [↑](#footnote-ref-6)