***ORALIDAD***

***Providencia****:* *Sentencia de Segunda Instancia, jueves 15 de septiembre de 2016.*

***Radicación No****:**66001-31-05-001-2014-00503-01*

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

***Demandante****: Jorge Eduardo Ospina Calle*

***Demandado:*** *PAR ISS*

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

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

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

**AUDIENCIA PÚBLICA:**

En Pereira, hoy quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), siendo las siete y treinta minutos de la mañana (07:30 a.m.) reunidos en la Sala de Audiencia los magistrados de la Sala de Decisión Laboral No. 03 del Tribunal de Pereira, presidido por el ponente, declaran formalmente abierto el acto, para decidir el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación propuesto por el portavoz judicial de la parte actora contra la sentencia proferida el 16 de junio de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ***Jorge Eduardo Ospina Calle*** contra el ***Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales PARISS, administrado por la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – Fiduagraria S.A.***

**IDENTIFICACIÓN DE LOS PRESENTES:**

I- ***INTRODUCCIÓN***

Antes de que procedan los asistentes a descorrer el traslado en esta instancia, conforme a las voces del artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, dígase que se persigue en este proceso que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y el ISS, el cual tuvo vigencia entre el 16 de abril de 2007 y el 31 de marzo de 2013 y que el actor tiene derecho a las prestaciones de ley y las pactadas en la convención colectiva, como consecuencia de lo anterior, pide que se ordene al ente demandado a pagar las primas de servicio convencionales, la nivelación salarial con personal de planta que cumpliera igual función que la demandante, la compensación de vacaciones, , prima de vacaciones, prima de navidad, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no consignación de cesantías en un fondo, reembolso de lo cancelado por concepto de seguridad social, la indemnización moratoria por no pago de las prestaciones al finiquito de la relación laboral, la indexación de las condenas y las costas procesales.

Tales pedidos se afincan en que el actor prestó sus servicios personales a favor del ISS, de manera continuada y subordinada, entre el 16 de abril de 2007 y el 31 de marzo de 2013, mediante contratos de prestación de servicios, que su jefe era la encargada del departamento de pensiones del ISS, a quien le debía rendir informes y acatar las órdenes por ella impartidas, que las labores desplegadas se cumplían en las instalaciones de la entidad y con los instrumentos de estas, que debía cumplir horario, que el demandante pagó directamente salud, pensiones y riesgos profesionales, que la última remuneración percibida era de $1.842.345, que en la planta de personal de la demandada existían cargos con idénticas funciones que las ejecutadas por el actor y la remuneración era de $2.642.000, que el actor no renunció a la convención colectiva, que nunca se le pago suma alguna por concepto de prestaciones sociales, que el 04 de junio de 2013 se agotó reclamación administrativa y que el 12 de junio de 2013 se recibió respuesta negativa por parte del ISS.

Admitida la demanda, la parte demandada se notificó por conducta concluyente de la misma y dio respuesta, por medio de portavoz judicial, en la que acepta que el actor prestó servicios en el ISS, en los extremos señalados en la demanda, que la Jefe del Departamento de Pensiones era la superior del demandante, el pago de la seguridad social por parte de Ospina Calle, el monto d la última remuneración percibida, el no pago de prestaciones sociales, la reclamación administrativa y la respuesta de la entidad. Frente a los restantes hechos indica que no son ciertos o que no son hechos. Se opuso a los pedidos de la demanda y excepcionó de fondo “Pago total de la deuda”, “Cobro de lo no debido”, “Enriquecimiento sin justa causa”, “Buena fe” y “Prescripción”.

II-***SENTENCIA DEL JUZGADO***

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira declaró la existencia de un contrato de trabajo celebrado entre los litigantes, al encontrar que se desvirtuó de manera suficiente la naturaleza de prestación de servicios que se le quiso dar a los varios que contratos que existieron entre las partes, pues encontró que el demandante carecía de independencia para ejecutar su labor, dado que estaba sujeto a las instrucciones y lineamientos que le diera la entidad, debiendo ejecutar la labor en las instalaciones de la misma y con los medios por ella concedidos, cumpliendo el horario traslado por la entidad y, en fin, actuando siempre bajo las indicaciones que la entidad le daba para cumplir el objeto contractual.

Encontró que el demandante era beneficiario de la convención colectiva de trabajo pues no existía renuncia a ella y, por lo tanto, luego de estudiar la prescripción, la cual declaró probada parcialmente frente a todas las prestaciones causadas con antelación al 3 de junio de 2010, menos el auxilio de cesantías, procedió a liquidar las prestaciones sociales con apoyo en la aludida convención y en la ley. Impuso además la indemnización por despido injusto, pues no encontró razón para la terminación del contrato y sentenció al pago de la moratoria de que trata el Decreto Ley 797 de 1949.

**III- RECURSOS**

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la providencia mencionada, en lo tocante a la prescripción declarada, puntualmente en lo que tiene que ver con los intereses a las cesantías, pues estima que si el auxilio de cesantías no está cobijado por ese fenómeno, lo accesorio que se desprende de ella tampoco debe prescribir.

 Al ser una decisión adversa a la demandada y ser el Estado garante de las obligaciones impuestas a la entidad demandada, se dispuso la consulta de la sentencia.

IV- ***CONSIDERACIONES***

***Problema jurídico*.**

 Para resolver el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación contra la decisión de primer grado, es indispensable resolver los siguientes interrogantes:

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

*¿Cómo se contabiliza la prescripción de los intereses a las cesantías?*

***Alegatos en esta instancia***:

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

***Solución al problema jurídico.***

Se pretende, de conformidad con el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecido en el artículo 53 de la Carta Magna, que se declare la existencia de un contrato de trabajo celebrado por Jorge Eduardo Ospina Calle y el Instituto de Seguros Sociales extinto, entre el 16 de abril de 2007 y el 31 de marzo de 2013 y, como consecuencia de dicha declaración, se condene a esta última al reconocimiento y pago de unas acreencias laborales legales y convencionales.

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

 En el caso *sub judice*, la entidad demandada en la contestación del libelo introductorio, las pruebas documentales allegadas al plenario y las declaraciones rendidas por Denis Palacio Suárez y Jorge William Bernal Bedoya, dieron cuenta de la prestación personal del servicio por parte del demandante en favor de la entidad demandada en el Departamento de Pensiones, las labores ejecutadas por éste, encaminadas a resolver derechos de petición, contestar tutelas y sustanciar procesos de solicitud de reconocimiento pensional, lo que hacía siguiendo los lineamientos e instrucciones que la entidad demandada le impartía, a través de la Jefe de dicho Departamento, doctora María Gregoria Vásquez y las directivas emitidas en el orden nacional de la entidad; indicaron además los deponentes que el señor Ospina Calle debía cumplir horario, el cual era sigilosamente exigido, que no podía delegar la realización de la labor en nadie, que podía recibir llamados de atención, que los elementos para desarrollar la labor eran del Instituto demandado, entre otros aspectos, los cuales dan cuenta de que el abogado Jorge Eduardo ejecutó sus labores con sujeción al Instituto, sin posibilidad de autonomía o independencia, razones que sin duda conllevan a la necesidad de mutar la naturaleza de los contratos suscritos, convirtiéndolos en contratos de trabajo. Es que como es sabido, los contratos de prestación de servicios, regidos por la Ley 80 de 1993, artículo 32-2, poseen unas características esenciales, como su carácter excepcional y temporal o que debe ser celebrado para atender funciones dentro de un estricto término y que se trate de labores que no puedan ejecutarse por los trabajadores de planta o requieran de un conocimiento especializado, características todas que se echan de menos frente a los convenios por prestación de servicios suscritos entre las partes, de lo cual se puede inferir sin ambages, que en realidad la relación de trabajo personal que existió entre las partes debe estar regida por las normas del derecho laboral.

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

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

En el *sub-lite,* no hay margen a duda de que en el caso del demandante se reúne, tanto el componente orgánico como funcional que le atribuyen la calidad de trabajador oficial, en la medida en que fungió en una empresa industrial y comercial del Estado, en labores inherentes a la sustanciación de los procesos administrativos que se surtían en la institución.

De modo que, acertó la jueza de primer grado, en cuanto declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes aquí enfrentadas, atendiendo el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades sin solución de continuidad, tal cual lo revela las copias de los contratos visibles a folios 17 a 63, desde el 16 de abril de 2007 y el 31 de marzo de 2013, extremos que coinciden con lo peticionado en la demanda y lo aceptado en la contestación y certificados por la entidad, como se puede verificar a folio 66.

 Establecido lo anterior, se incursionará el análisis acerca de la fuente generadora de los salarios, prestaciones e indemnizaciones reclamados por el gestor del litigio y su aplicabilidad a éste, que además de la ley, es la convención colectiva de trabajo, celebrada por la demandada con su agremiación sindical.

Respecto al tema, debe decirse que el texto convencional que interesa en este momento es aquél que se hallaba vigente al momento del inicio de la relación y que se ha mantenido vigente hasta la fecha de terminación, documento que fue allegado al proceso –fl. 428 a 499-, el cual cuenta con la respectiva nota de depósito –fl. 499-, siendo aplicable la misma a *“los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales (…) que sean afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención”* -art. 3º-, sin que en el plenario exista renuncia a los eventuales beneficios convencionales por parte del actor.

Así las cosas, no queda duda para esta Colegiatura que: (i) existió contrato de trabajo entre el señor Jorge Eduardo Ospina Calle y el Instituto de Seguros Sociales, el cual se verificó entre los extremos antes referidos, (ii) que en virtud de esa relación laboral, el actor debe tenerse como trabajador oficial del Instituto y (iii) que es beneficiario de la convención colectiva del trabajo que existía entre el ISS y Sintraseguridad social.

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

La Jueza impuso una condena por concepto de diferencia salarial causada entre el 4 de junio de 2010 – lo anterior se declaró prescrito- y el finiquito del contrato -31 de marzo de 2013, de $21.170.084,50, esta Sala efectuando las respectivas operaciones aritméticas, encuentra que el valor de la condena es acertado y por lo tanto se mantiene.

En cuanto a la condena por cesantías, es necesario hacer una precisión al fallo de primer grado. No se trata de que las cesantías sean imprescriptibles, como allí se menciona, sino que el término de prescripción se cuenta de manera diferente a las demás prestaciones, pues únicamente el trabajador puede exigir su pago sin restricciones al final del contrato y, por eso, desde el finiquito de la relación laboral es que se inicia el conteo del lapso trienal.

Ya en lo que toca a su liquidación, la misma deberá ceñirse a lo acordado en la convención colectiva, artículo 62. Siguiendo las pautas allí establecidas, esta Sala efectuó la liquidación, así:



 Este valor es ligeramente inferior al obtenido por la Juzgado A-quo, por lo que se modificará la condena.

En lo referente a los intereses a las cesantías, es preciso analizar los argumentos de la apelación, en lo tocante a como se ven afectados por la prescripción los mismos. Pues bien, en este caso puntual los réditos sobre las cesantías se regulan por el artículo 62 convencional, que en su inciso segundo establece: *“El instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, las cesantías de la totalidad de los trabajadores y liquidará sobre dicho monto intereses en cuantía del doce por ciento (12%) anual correspondientes al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 2002…En los años subsiguientes, el saldo de dichas cesantías acrecentado con las cesantías anuales liquidadas por el año inmediatamente anterior, y disminuido en el monto de las cesantías parciales pagadas durante la vigencia, causarán intereses a las mismas tasas…”*  De esta cláusula convencional, fácil resulta extractar que los intereses a las cesantías si bien dependen de la prestación principal -auxilio de cesantías-, su exigibilidad se da en fechas diferentes a esta, pues las mismas se pagan al trabajador cada año, en el mes de enero de cada anualidad, esto es, hasta el 31 de enero tiene el empleador para pagarlas. Por ello, la prescripción de los intereses a las cesantías se cuenta a partir del 1º de febrero de cada anualidad en que debieron pagarse.

Atendiendo lo dicho, se observa en el caso puntual, que efectivamente los intereses sobre las cesantías prescribieron parcialmente, aunque no en la forma que lo dijo la Jueza, pues como se anotó su causación se da cada enero, por lo que en el caso puntual, están afectados por la prescripción los correspondientes a los años 2007, 2008 y 2009 estos últimos que se hicieron exigibles en enero de 2010. Los de los años 2010 y siguientes no están afectados por este fenómeno, por lo que se procede a efectuar la liquidación correspondiente así:



En cuanto a las vacaciones, o su compensación, señala el artículo 48 de la convención que para las personas que tengan hasta cinco años continuos tendrán derecho a 15 días hábiles por cada año trabajado. Pues bien, esta hipótesis no se aplica al actor, toda vez que la misma, conforme a su redacción, únicamente resulta aplicable a quienes se encuentren laborando al servicio del Instituto, mas no contempla la situación de quienes han cesado su vinculación con dicho ente. Por tal razón, lo que procede en este caso es la compensación por el no pago de las vacaciones, en los términos del artículo 1º de la Ley 995 de 2005, compensación que en este caso supera el valor fijado por la a-quo y que, en virtud de la prohibición de reforma en desmejora de la parte a favor de la cual se surte el grado jurisdiccional de consulta, no puede modificarse.

La prima de vacaciones se fundamenta en el canon 49 convencional, estableciendo varias escalas, dependiendo de la antigüedad del trabajador en el ISS. Para el caso puntual del demandante, se tiene que por encontrarse en el rango de entre 5 y 10 años, le corresponden 25 días de salario básico por este concepto y por cada periodo vacacional. La a quo concreto este valor en $6.669.825, cifra ligeramente inferior a la obtenida por la Sala, pero que no puede modificarse por la prohibición de la reforma en desmejora.

Frente a la prima de navidad, la misma se regula por el Decreto 3135 de 1968 (art. 11) y se establece que corresponde a un mes de salario por cada año de trabajo o proporcional por cada mes completo laborado. Se observa que la liquidación efectuada por la a quo incurre en varias equivocaciones. De una parte se efectúa el pago proporcional por días, cuando la norma indica claramente que se pagará una doceava por cada mes competo laborado y, segundo, nuevamente se equivoca en la forma como contabiliza la prescripción, pues la toma como si se causará diariamente y por eso, solo contabiliza para efectos de su liquidación, desde el 03 de junio de 2010 al 31 de diciembre de ese año, olvidando que la misma se causa en diciembre de cada año y, por tanto, es a partir de esa mensualidad de 2010 que se hizo exigible, y por lo mismo, no está cobijado por la prescripción. A pesar de lo anterior, la liquidación efectuada por la a quo deberá mantenerse, dado que el valor que obtiene la Sala con la adecuada aplicación de la fórmula matemática es mayor al obtenido en primer grado y el mismo no puede modificarse, conforme a lo que ya se dijo.

El artículo 50 convencional establece una prima de servicios, equivalente a la establecida en el canon 306 del CL, es decir, quince días de salario pagaderos a mitad de año (los primeros 15 días del mes de junio) y otros quince días pagaderos en diciembre (los primeros quince días). Nuevamente se observa yerro en la forma de liquidar esta prestación, pues la Jueza aplicó erradamente el fenómeno extintivo, tal como se dejó anotado atrás. Sin embargo, tal yerro no puede modificar, dado que implicaría desmejorar la condición de quien es beneficiario de la consulta.

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



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

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

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

Sin costas en esta instancia.

IV- ***DECISIÓN.***

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

***FALLA***

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

Por concepto de cesantías: $15.018.329,61.

Por concepto de intereses a las cesantías: $1.039.573,92.

 ***Segundo: Modifica*** el numeral sexto de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado y en su lugar, ***condena*** al ***Patrimonio Autonomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales – P.A.R.I.S.S. administrado por Fiduagraria S.A.,*** a reconocer pagar en pro de ***Jorge Eduardo Ospina Calle,*** por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la suma de $21.099.784,80.

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

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

Notificación surtida ***en estrados.***

**FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

Magistrado Ponente

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

 Magistrada Magistrada

**Alonso Gaviria Ocampo**

Secretaria