**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**: **66001-31-05-001-2012-00903-00**

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: José Daniel Martínez Villa

**Demandado:** ISS en Liquidación, Fiduagraria SA, y OTROS.

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

**Magistrado Ponente:** Issa Rafael Ulloque Toscano.

**Tema a tratar:**

CONTRATO REALIDAD/ Confesión ficta de los elementos del contrato de trabajo, los extremos laborales y el salario/ No reformatio in pejus/ Incumplimiento de requisito convencional para obtener vacaciones/ Convención colectiva impide otorgar prima de navidad cuando se concede otra prestación con igual objeto/ Liquidación de la sanción moratoria

“(…) con la confesión ficta o presunta, válidamente declarada en contra del ISS, se tuvo por demostrado los extremos temporales de la relación laboral, desde el 4 de mayo de 2009 hasta el 31 de marzo de 2011, siendo su último salario mensual vigente la suma de $1.785.737 (…)

Confesión judicial que tuvo respaldo probatorio, con el conjunto de testimonios de cargos que fueron razonados, ponderados y coherentes en la ciencia de sus dichos, al tratarse de compañeros de trabajo, quienes manifestaron conocer al actor como trabajador del ISS, desempeñándose como abogado resolviendo derechos de petición y finalmente derechos prestacionales de los empleados públicos, cumpliendo horarios y directrices del ende demandado. A contrario sensu, la parte demandada no desdibujo la subordinación desplegada por el actor en la prestación de sus servicios y menos desvirtuó la confesión ficta o presunta tildada en contra de la accionada.

(…) los guarismos reconocidos por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios extralegal y prima técnica para profesionales no médicos resultan ligeramente superiores a los liquidados en primera instancia; sin embargo atendiendo el principio de la reformatio in pejus que opera a favor de la demandada por el grado jurisdiccional de consulta, no hay lugar a modificar los valores hallados

“Respecto de la prima de vacaciones, conforme lo establece el artículo 49 de la convención, dicha prestación se causa por cada año de servicio prestado, aclarando que la misma sólo se empieza a reconocer a partir del quinto año de servicio, y teniendo en cuenta que conforme a los extremos de la relación contractual antes determinados, el accionante prestó sus por un lapso de aproximadamente dos años, por lo que por obvias razones no tiene derecho a que se le reconozca la mencionada prestación.”

“En este sentido, el actor como trabajador oficial del antiguo ISS no tiene derecho a devengar la prima de navidad de orden legal, dado que por disposición de la convención colectiva de trabajo se le reconoció la prima de servicios, la cual tiene el mismo objeto de la prima de navidad, que es la de remunerar de manera especial los servicios prestados a la institución; motivo por el que se absolverá a la entidad demandada de pagar ésta prestación.”

(…) en lo que tiene que ver con la suma reconocida por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, teniendo en cuenta que el último salario mensual devengado por el actor se determinó que ascendía a la suma de $1´785.737, esto es, un salario diario equivalente a $59.525, la sanción moratoria deberá liquidarse con este valor y no con la suma de $87.800 señalada en primera instancia.”

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADO PONENTE: ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los quince (15) días del mes de marzo de dos mil dieciséis (2016), siendo las once de la mañana (11:00 a.m.), la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2015 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **José Daniel Martínez Villa** contra el **Instituto de Seguros Sociales, en Liquidación, Nación- Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, y las Fiduciarias, Fiduagraria SA, y Fiduprevisora SA.**

**I. REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandado y su apoderado:

1. **TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado de la audiencia se corre traslado a los apoderados para que presenten sus alegatos. Atendiendo lo previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007.

**III. ANTECEDENTES:**

Pretende el accionante **José Daniel Martínez Villa**, que en este proceso se declare que existió un contrato realidad que se ejecutó desde el 4 de mayo de 2009 hasta el 31 de marzo de 2011, siendo su último salario devengado la suma de $1.785.737. Que en consecuencia se le reconozca y pague las prestaciones sociales convencionales y legales, incluyendo las vacaciones, tales como: las prima de vacaciones, prima de navidad, primas de servicios y primas legales**,** bonificación por servicios prestados, prima técnica para profesionales no médicos, cesantías e intereses y las sanciones moratorias del caso.

Fundamenta sus aspiraciones en que prestó sus servicios personales y remunerados, con una continuada subordinación y dependencia del Instituto, dándosele una apariencia de una relación civil por servicios, al punto de haber celebrado varios contratos de prestación de servicios profesionales de manera continua y sin solución de continuidad en la prestación de sus servicios, siendo su jefe inmediata la señora MARIA GREGORIA VÁQUEZ CORREA, a quien le cumplía órdenes, siendo su cargo de abogado encargado de resolver las prestaciones económicas solicitadas por los asegurados. Que durante la prestación de sus servicios, éstos le fueron pagados así: 1. Del 4 de mayo de 2009 al 30 de junio de 2010, la suma de $1.750.723. OTRO: del 1º de julio de 2010 al 31 de marzo de 2011 recibía $1.785.737.

Finalmente, afirma que el día 4 de julio de 2012 presentó reclamación administrativa, de la que se obtuvo respuesta el 27 de julio de 2012.

La demandada **Nación - Ministerio de la Protección Social*,*** (folio 284) se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que entre el Ministerio y el actor no existió vinculo de ninguna naturaleza y que el ISS (para la fecha de su contestación) gozaba de capacidad jurídica para realizar actos para su liquidación, presentando como excepciones de fondo, falta de agotamiento de la reclamación administrativa frente al Ministerio de Salud y de la Protección Social, falta de legitimidad en la causa por pasiva, inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico en este Ministerio para reconocer prestaciones sociales, inexistencia de la solidaridad entre las dos demandadas y la prescripción y caducidad. Sin embargo, el MINISTERIO DE TRABAJO, contestó igualmente la demanda, vista a folio 261, oponiéndose a las pretensiones por cuanto la entidad no tiene ningún tipo de obligación con el demandante por no haber existido relación laboral ni civil, y menos una relación legal o reglamentaria. Alegó en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

La codemandada **Fiduprevisora S.A**. (Folio 355) por medio del curador ad litem, abogado FELIPE DUQUE PALACIO contesta el libelo introductorio, oponiéndose a todas las anheladas y solicitando la absolución de su apadrinada oficialmente. Manifiesta no constarle los hechos en tal condición y proponiendo en su defensa la inexistencia de la relación contractual laboral, prescripción y las declarables de oficio.

Cabe advertir, que la jueza mediante auto del 5 de mayo de 2015, luego de precisar las consideraciones, resuelve ordenar de oficio la vinculación en calidad de Litis Consorcio Necesario a FIDUAGRARIA S.A. y en consecuencia admite la demanda contra dicha fiduciaria. Decisión que fue objeto del recurso de reposición por parte del apoderado demandante, como se puede consultar a folios 412 y ss. En efecto, se resuelve el recurso horizontal, reponiendo el auto interlocutorio del 5 de mayo de 2015 y deja sin efecto la admisión de la demanda en contra de la FIDUPREVISORA S.A., y todas las actuaciones que posteriormente se deriven de ésta.

**IV. SENTENCIA DEL JUZGADO**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, mediante sentencia proferida el 20 de octubre de 2015, DECLARÓ la existencia del contrato de trabajo realidad, entre el ISS y el actor, **siendo sus extremos temporales, desde el 4 de mayo de 2009 hasta el 31 de marzo de 2011**. Salario mensual último devengado en la suma de $1.785.737 pesos, como trabajador oficial y por ende, beneficiario de la CCT. Igualmente CONDENÓ al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACIÓN, el cual se encuentra administrado por la FIDUAGRARIA S.A. a pagar cesantías e intereses de las mismas, vacaciones, primas de vacaciones, prima de navidad y primas de servicios extralegales, como también a la prima técnica para profesionales no médicos, a pagar también la indemnización moratoria, a la diferencia pagada al sistema de seguridad social en salud y por concepto de aportes a pensión. Condenó en costas al ISS EN LIQUIDACIÓN en un 70% y fija la suma de $3.154.736 pesos. Absuelve de las demás pretensiones y finalmente de todas ellas a la NACIÓN MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL.

Como argumentos jurídicos de su sentencia condenatoria esgrimió que, con la confesión ficta o presunta declarada en contra del ISS en Liquidación por la inasistencia del liquidador a la audiencia de conciliación prevista en el artículo 77 del CPTSS. Se tienen por probados los extremos temporales desde el 4 de mayo de 2009 hasta el 31 de marzo de 2011, tal como se confirma con los folios 214, 218, 228, 114 y 145 del plenario. Que la jefa inmediata del actor lo fue la doctora MARIA GREGORIA VASQUEZ CORREA, como así se desprende de las foliaturas 119, 129, 132, 135 entre otras. Que las funciones desempeñadas por el demandante eran las de abogado, reconociendo prestaciones a empleados públicos vinculados al ISS; aspectos que se corroboran con los folios 116, 117, 145 y 146 por solo mencionar éstos, cancelando los aportes a la seguridad social y a la retefuente. Que el último salario devengado fue de la suma de $1.785.737 pesos, a título de honorarios y que la reclamación administrativa fue presentada el 4 de julio de 2012 como se puede consultar a folios 19 a 22 del dossier. La jueza para zanjar la controversia de la naturaleza del verdadero contrato celebrado entre las partes, tuvo en cuenta la naturaleza jurídica del ISS en liquidación de ser una EICE en razón al Decreto 2148 de 1992 y el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, la Ley 6ª de 1945 y su decreto reglamentario 2127 de la misma anualidad, artículo 2º y 20 que trata de la presunción legal, similar al art. 24 del CST. Además, valoró la ciencia de los dichos de los señores DIANA LUCERO MARIN CASTRO, IVÁN PIEDRAHITA AGUDELO Y ANDRÉS FELIPE ANGEL JARAMILLO, quienes al unísono afirmaron conocer al demandante como trabajador del ISS en el cargo de abogado cuyas funciones fueron resolver derechos de peticiones contra la demandada ISS, labor ejercida bajo las directrices del empleador, probándose hasta la saciedad, la subordinación sin solución de continuidad del hoy demandante, concluyéndose la existencia del contrato de trabajo realidad en los extremos señalados en la demanda. En cuanto a la aplicación de la CCT., estimó que el actor es sujeto pasivo de dicho convenio en atención a la cláusula 3ª que establece que dicho convenio se aplicará a todos los afiliados del seguro social.

1. **GRADO 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, conforme el artículo 19 del Decreto 2013 de 2012, por medio del cual se establece que la Nación atenderá el pago de indemnizaciones y acreencias laborales impuestas a esa entidad, con cargo al Presupuesto General de la Nación, en caso de que los recurso de la entidad no sean suficientes.

1. **CONSIDERACIONES**

**Del problema jurídico.**

Visto el recuento anterior, la Sala formula el problema jurídico en los siguientes términos:

¿La prestación del servicio del actor, tuvo como fundamento legal el contrato de prestación de servicios profesionales consagrado en la ley 80 de 1993, o por el contrario constituyó un contrato de trabajo basado en el principio de la primacía del contrato realidad previsto en el artículo 53 superior y pacíficamente desarrollado y aceptado en la jurisprudencia nacional?

¿De ser el fundamento legal de la prestación de servicios el contrato de trabajo, tiene derecho el actor a las anheladas que depreca?

Sea lo primero por precisar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de SL9801-2015, tiene adoctrinado que acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto, corresponde al empleador desvirtuarla, demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente. De manera que es a través del principio de la primacía del contrato realidad vertido en el artículo 23 del CST., lo que se busca con su vigencia es hacer efectivo el reconocimiento a la protección del derecho al trabajo, doctrina anterior indicada en la Sentencia de la SL9156 de 2015.

**CASO CONCRETO**

Para esta Sala de decisión, el actor cumplió plenamente con su carga probatoria indicada en el artículo 169 del CGP. Toda vez que con la confesión ficta o presunta, válidamente declarada en contra del ISS, se tuvo por demostrado los extremos temporales de la relación laboral, desde el 4 de mayo de 2009 hasta el 31 de marzo de 2011, siendo su último salario mensual vigente la suma de $1.785.737 y en consecuencia, se condenó a las codemandadas a reconocer y pagar las prestaciones sociales, vacaciones y demás derechos legales y convencionales.

Confesión judicial que tuvo respaldo probatorio, con el conjunto de testimonios de cargos que fueron razonados, ponderados y coherentes en la ciencia de sus dichos, al tratarse de compañeros de trabajo, quienes manifestaron conocer al actor como trabajador del ISS, desempeñándose como abogado resolviendo derechos de petición y finalmente derechos prestacionales de los empleados públicos, cumpliendo horarios y directrices del ende demandado. A contrario sensu, la parte demandada no desdibujo la subordinación desplegada por el actor en la prestación de sus servicios y menos desvirtuó la confesión ficta o presunta tildada en contra de la accionada.

Finalmente, la Sala al revisar cada uno de los derechos prestaciones legales y convencionales reconocidos a favor del actor encontró que los guarismos reconocidos por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios extralegal y prima técnica para profesionales no médicos resultan ligeramente superiores a los liquidados en primera instancia; sin embargo atendiendo el principio de la *reformatio in pejus* que opera a favor de la demandada por el grado jurisdiccional de consulta, no hay lugar a modificar los valores hallados

Ahora bien, en relación con la prima de vacaciones y la prima de navidad, esta Corporación revocará la condena fulminada en contra del P.A.R. ISS, por las razones que a continuación pasan a enunciarse.

Respecto de la prima de vacaciones, conforme lo establece el artículo 49 de la convención, dicha prestación se causa por cada año de servicio prestado, aclarando que la misma sólo se empieza a reconocer a partir del quinto año de servicio, y teniendo en cuenta que conforme a los extremos de la relación contractual antes determinados, el accionante prestó sus por un lapso de aproximadamente dos años, por lo que por obvias razones no tiene derecho a que se le reconozca la mencionada prestación.

Por su parte, en relación con la prima de navidad, establece el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 que todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales, tendrán derecho a una Prima de Navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre, sin embargo, su parágrafo 2º señala que quedan excluidos del derecho a la Prima de Navidad aquellos empleados públicos y trabajadores oficiales que presten sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales o comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos de trabajo, tengan derecho a primas anuales similares, cualquiera sea su denominación.

En este sentido, el actor como trabajador oficial del antiguo ISS no tiene derecho a devengar la prima de navidad de orden legal, dado que por disposición de la convención colectiva de trabajo se le reconoció la prima de servicios, la cual tiene el mismo objeto de la prima de navidad, que es la de remunerar de manera especial los servicios prestados a la institución; motivo por el que se absolverá a la entidad demandada de pagar ésta prestación.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la suma reconocida por concepto de indemnización moratoria prevista en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, teniendo en cuenta que el último salario mensual devengado por el actor se determinó que ascendía a la suma de $1´785.737, esto es, un salario diario equivalente a $59.525, la sanción moratoria deberá liquidarse con este valor y no con la suma de $87.800 señalada en primera instancia.

Así las cosas, se modificarán los ordinales quinto y sexto de la sentencia objeto de censura, para en su lugar absolver al ISS en Liquidación de la condena por concepto de prima de vacaciones y prima de navidad y se disminuirá el monto del salario diario sobre el cual debe liquidarse la sanción moratoria prevista en el Decreto 797 de 1949.

Costas en esta instancia no se causan en el grado de consulta.

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,

**RESUELVE**

**PRIMERO. MODIFICAR** el ordinal quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 20 de octubre de 2015, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancias instaurado por el señor **José Daniel Martínez Villa** en contra del **Instituto de Seguros Sociales,** el cual quedará así:

***“QUINTO. CONDENAR*** *al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION –P.A.R. I.S.S., el cual se encuentra administrado por la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A., a cancelar al favor del señor JOSÉ DANIEL MARTÍNEZ VILLA, las siguientes sumas de dinero:*

1. *$3´317.454,19 por concepto de cesantías.*
2. *$558.363.86 por concepto de intereses sobre las cesantías.*
3. *$1´711.330 por concepto de vacaciones.*
4. *$3´317.454.19 por concepto de prima de servicios extralegal.*
5. *$3´999.397,65 por concepto de prima técnica para profesionales no médicos –artículo 41 A de la Convención.”*

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal sexto de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 20 de octubre de 2015, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancias instaurado por el señor **José Daniel Martínez Villa** en contra del **Instituto de Seguros Sociales,** el cual quedará así:

***“SEXTO: CONDENAR*** *al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION –P.A.R. I.S.S., el cual se encuentra administrado por la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A., a cancelar a favor del señor José Daniel Martínez Villa, por concepto de Indemnización moratoria prevista en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, la suma de cincuenta y nueve mil quinientos veinticinco pesos $59.525 diarios a partir del 1° de julio de 2011 y hasta cuando el pago de las prestaciones aquí liquidadas se verifique”.*

**TERCERO. CONFIRMAR** la sentencia censurada en todo lo demás.

Sin costas en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE.**

La anterior decisión queda notificada en estrados.

**ISSA RAFAEL ULLOQUE TOSCANO**

Magistrado Ponente

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

Magistrada Magistrado

**LEONARDO CORTÉS PÉREZ**

Secretario