El siguiente es el documento presentado por la Magistrada ponente que sirvió de base para proferir en audiencia la sentencia de segunda instancia 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 Corporación.

**Providencia :** Sentencia del 29 de abril de 2016

**Radicación No. :** 66001-31-05-005-2013-00669-01

**Proceso :** Ordinario laboral

**Demandante :** Carlos Alberto Valencia Agudelo

**Demandado :** Instituto de Seguros Sociales -extinto-

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

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

**Tema**

CONTRATO LABORAL REALIDAD/ Carga de desvirtuar el contrato de trabajo cuando se demuestra la prestación personal/ Contrato de prestación de servicios con la administración es excepcional, transitorio y para cumplir funciones ajenas a su objeto/ Aplicación de la convención colectiva/ Prescripción/ Diferencia salarial/ Superación del límite de salarios para obtener el subsidio de transporte/ Compensación de vacaciones/ Incompatibilidad entre primas convencionales y de navidad/ Devolución de aportes al sistema de seguridad social/ Indemnización por despido injustificado/ Indemnización moratoria por mala fe del empleador

“(...) el contrato de prestación de servicios es una modalidad de trabajo con la administración pública de carácter excepcional y temporal, concebido como instrumento para atender funciones ocasionales que no hacen parte del giro ordinario de las labores encomendadas a la entidad o que de serlo, no pueden ser ejecutadas por trabajadores de planta o requieren de un conocimiento especializado (...) se puede establecer con facilidad que tales elementos no se encuentran reunidos (...)

“(…) sin duda alguna que la demandada no logró desvirtuar la presunción de la existencia de un contrato de trabajo, pues quedó plenamente acreditado que el señor VALENCIA AGUDELO sostuvo una relación laboral con la entidad en calidad de trabajador oficial y que los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, únicamente obedecen a una simple formalidad que pretendió ocultar el verdadero la naturaleza de la verdadera relación jurídico-sustancial entre las partes.”

“(…) al no existir en el plenario prueba de que medie renuncia expresa a los beneficios convencionales, al demandante le es aplicable la mencionada convención colectiva, la cual se encontraba vigente mientras prestó sus servicios al ISS.”

“(…) presentó la reclamación administrativa el 3 de mayo de 2013, se encontrarían prescritos los derechos laborales de las prestaciones que se hicieron exigibles antes del 3 de mayo de 2010, a excepción, claro está, del auxilio de las cesantías y la compensación de las vacaciones, teniendo en cuenta, respecto al primero, que el término prescriptivo sólo empieza a contabilizarse desde el momento en que expira el contrato de trabajo y frente al segundo, porque (…) la compensación por vacaciones en el sector público prescribe en cuatro años contados a partir de la fecha en que se haya causado el derecho.”

“(…) dado que las prestaciones y salarios reconocidos al demandante son los que corresponden al auxiliar de servicios generales dentro de la planta de personal de la entidad demandada, que para el caso devengan un poco más de dos salarios mínimos, tal como se puede apreciar en el cuadro de liquidación de la diferencia salarial, el empleador no estaba obligado a pagar al demandante auxilio de transporte, por lo que no prospera la pretensión ni el recurso en este sentido.”

“(…) los trabajadores oficiales tienen derecho a que sus vacaciones sean compensadas en dinero, por cada año de servicio. La compensación equivale (…) al pago de 15 días de salario por cada año de servicios o su equivalencia en días laborados (…)”

“(…) al haberse condenado en el presente fallo por concepto de las primas convencionales, la prima de navidad queda excluida de los derechos laborales mínimos del trabajador demandante (...)”

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

(…) el motivo que aduce la parte demandada para dar por terminado el vínculo contractual obedece al vencimiento del término de la obra o labor contratada, considera esta Corporación, que dicha situación no encaja en ninguna de las causales previstas en los articulo 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945 y por el contrario, si configura una vulneración a la estabilidad laboral que prevé el artículo 5º de convención colectiva, puesto que el actor se vio afectado por las disposiciones internas o externas de la entidad, que se tornan ilegales al decidir no considerarlo como uno de sus trabajadores (…)

(…) esa indemnización corresponde al pago de 50 días de salario por el primer año y 30 días por los años subsiguientes; pues el trabajador laboró menos de 5 años; luego tendría derecho al pago de $6.806.426, cifra muy por debajo de los $15.496.424 calculados en primera instancia (…)

(…) relación laboral que valga anotarse, se ocultó bajo la denominación de contratos de prestación de servicios, con el propósito de eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o convencionales que se generan en favor del actor

Así las cosas, teniendo en cuenta que la sanción moratoria tiene génesis una vez vencidos los 90 días de gracia con que cuentan las entidades públicas para pagar las acreencias laborales, y que a su vez esos 90 días se cuentan a partir de la terminación del vínculo contractual, que en el presente asunto se dio el 31 de marzo de 2013, la sanción moratoria correría a partir del 30 de junio de 2013, tal como lo indicó la jueza de primer grado, en razón de un día de salario por cada día de retardo, equivalente a $42.966.”

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Abril29 de 2016)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 9:40 a.m. de hoy, viernes 29 de abril de 2016, la Sala No. 1º de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira se constituye en Audiencia Pública de Juzgamiento en el proceso ordinario laboral instaurado por **Carlos Alberto Valencia Agudelo** en contra del **Instituto de Seguros Sociales –entidad actualmente liquidada-**.

Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Parte demandante… Parte demandada…

**Alegatos de conclusión**

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

**SENTENCIA:**

Como quiera que los alegatos coinciden a cabalidad con los puntos fácticos y jurídicos objeto de discusión en esta instancia, procede la Sala a resolver el recurso de apelación propuesto por la parte actora en contra de la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira el pasado 10 de diciembre de 2014, en proceso donde resultó condenado el extinto Instituto de Seguros Sociales, en razón de lo cual también hace necesario agotar el grado jurisdiccional de consulta.

1. **Problemas jurídicos por resolver**

En este asunto le corresponde a la Sala determinar los siguientes puntos: *i)* si entre la demandante y la entidad demandada existió un verdadero contrato de trabajo sin solución de continuidad entre el 14 de mayo de 2008 y el 31 de marzo de 2013; *ii)* si la condena impuesta en sede de primer grado se ajusta a derecho de acuerdo a la normativa legal que determina y regula las prestaciones sociales a que tienen derecho los trabajadores oficiales.

Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes antecedentes:

1. **La demanda y su contestación**

El actor solicita que se declare: ***i)*** que entre él y el Instituto de Seguros Sociales -en Liquidación- existió una relación contractual regida por sucesivos contratos de trabajo que se ejecutaron entre el 14 de mayo de 2008 y el 31 de marzo de 2013, ***ii)*** que le asiste derecho al reconocimiento y pago de los derechos laborales consagrados en la convención colectiva celebrada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, lo mismo que al pago de la diferencia del salario devengado respecto a un trabajador de planta con las mismas funciones suyas, los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, el reembolso de lo descontado por retención en la fuente, prima técnica y de antigüedad y los demás salarios y prestaciones que se le reconozcan a un empleado de planta, debidamente indexadas desde la fecha de causación hasta la fecha de la sentencia. Además de lo anterior, solicita que se condene a la demandada al pago de la sanción por no consignación de las cesantías y los intereses a las cesantías, más la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 y la indemnización por despido injusto.

Como sustento de sus pretensiones asevera, básicamente, que prestó sus servicios personales bajo la continuada dependencia y subordinación de la entidad demandada, en el periodo anteriormente relacionado, como auxiliar Administrativo en el Departamento de Historia Laboral; que su superior fue la Jefa del Departamento de Pensiones, Dra. María Gregoria Vásquez Correa, desempeñando funciones propias de su cargo; que las labores eran cumplidas en un horario de 7:30 am a 12 m y 2 pm a 6 pm y que atendía sus funciones en las instalaciones físicas del área administrativa de la empresa.

Indica que en algunos contratos aparecen interrupciones por días, sin embargo, laboró de manera continua e ininterrumpida entre las fechas antes reseñadas; que durante la relación laboral asumió el pago de los aportes a seguridad social (salud y pensión) y le hicieron descuentos por concepto de retención en la fuente. Agrega que el salario devengado durante su relación laboral fue el siguiente: $750.000 para el 2008; $807.525 para el 2009; $823.676 para el 2010, $849.787 para el 2011 y $849.787 en los años 2012 y 2013.

Adicional a lo anterior, añade que su vínculo laboral fue terminado unilateralmente por la demandada sin motivo alguno el 31 de marzo de 2013, pues no lo volvieron a llamar a efectos de suscribir un nuevo contrato al vencimiento del último de ellos; que durante el término de la prestación personal del servicio ni a la terminación del contrato ha recibido suma alguna por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, de navidad, de vacaciones, vacaciones o compensación, aportes al sistema de seguridad social entre otros derechos reconocidos convencionalmente.

Expresa que la remuneración cancelada por su trabajo no era igual a la de un empleado de planta y que es beneficiario de la Convención Colectiva del trabajo suscrita entre el ISS –hoy liquidado- y el sindicato de trabajadores de la entidad.

Por último, indica que presentó solicitud el 3 de mayo de 2013 ante el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES solicitando lo aquí reclamado sin que a la fecha se le haya dado respuesta.

El Instituto de Seguros Sociales contestó la demanda aceptando como ciertos los hechos de la misma, salvo aquellos que se refieren al cumplimiento de una determinada jornada laboral y la afirmación en torno a que el vínculo fue terminado unilateralmente sin motivo alguno, pues finalizó en razón del inicio del proceso de liquidación de la entidad. Frente al hecho de que la remuneración cancelada al demandante no era igual al de un empleado de planta, manifestó que no le constaba, y respecto a que el promotor del litigio es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita con el sindicato de la entidad, expresó que no era un hecho como tal sino una afirmación carente de respaldo fáctico. Seguidamente se opuso a la totalidad de las pretensiones y propuso como excepciones las que denominó: “Pago total de la deuda”, “Cobro de lo no debido”, “Enriquecimiento sin justa causa”, “Buena fe” y “Prescripción”.

1. **La sentencia de primera instancia**

En sede de primer grado se declaró que entre el señor CARLOS ALBERTO VALENCIA y el Instituto de Seguros Sociales –ya liquidado- existió un contrato de trabajo que se extendió entre el 14 de mayo de 2008 y el 31 de marzo de 2013 y que por efectos legales se desarrolló sin solución de continuidad. Igualmente, se declaró que el demandante ostentó la calidad de trabajador oficial del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, siendo beneficiario de la convención colectiva de trabajo celebrada entre la entidad demandada y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, entre los años 2001-2004. En consecuencia, el Despacho fulminó condena en contra de la demandada, ordenándole el pago de las siguientes sumas: por concepto de prima de servicios convencional: $3.323.033, diferencia salarial entre lo que devengó el actor y lo que debía percibir: $13.212.409, vacaciones: $3.147.291, cesantías: $5.878.064, intereses a las cesantías: $834.075, indemnización por despido injusto: $15.496.424

Igualmente ordenó el reembolso de los dineros pagados por concepto de seguridad social en salud y pensiones acreditadas en el proceso, por valor de $3.762.858, y el pago del cálculo actuarial que efectúe COLPENSIONES por la diferencia de los aportes que debía haber efectuado el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES con base en el salario que ha sido reconocido en la sentencia y los respectivos intereses de mora que correspondan durante la vigencia del contrato del demandante, esto es, del 14 de mayo de 2008 al 31 de marzo de 2013. Asimismo, como quiera que a la fecha de la sentencia ya había finalizado el proceso de liquidación de la entidad demandada, impuso el pago de la condena a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.

La a-quo consideró que conforme a las pruebas recaudadas en el plenario era un hecho cierto e indiscutible que el demandante prestó sus servicios personales al ISS en liquidación, según se lee a folio 202 y siguientes, que dan cuenta de que el promotor del litigio celebró sendos contratos de prestación de servicios entre el 14 de mayo de 2008 y el 31 de marzo de 2013, periodo en el cual hubo continuidad bajo los parámetros formales de la contratación de prestación de servicios de la ley 80 de 1993. Así mismo decidió la juzgadora aplicar la convención colectiva suscrita entre el ISS y sus trabajadores dado que no se aportó prueba que acredite que la demandante hubiera renunciado a tales beneficios y, por ende, le resultaba aplicable conforme al artículo 3º de tal convención.

1. **Recurso de apelación y procedencia de la consulta**

La parte demandante interpuso recurso solicitando que se acceda al pago de subsidio de transporte teniendo en cuenta que el demandante tiene derecho a una remuneración inferior a dos salarios mínimos, igualmente solicita que se adicione la sentencia condenando a la demandada al pago de la prima de navidad.

1. **Consideraciones**

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

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

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

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

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

1. Los señores EDWIN CARDONA RUIZ, URIEL DE JESÚS ARENAS ROJAS y JAVIER DE JESÚS AGUDELO VALENCIA, todos en calidad de excompañeros de trabajo del demandante, dan cuenta en sus declaraciones de las actividades desarrolladas por el actor en el Departamento de Pensiones, las cuales consistían básicamente en actualizar, corregir e investigar historias laborales conforme a las indicaciones de la Directora del Departamento de Pensiones del ISS.
2. Los deponentes coinciden en afirmar que el demandante tenía como jefa inmediata a la Directora del Departamento de Pensiones, Dra. Gregoria Vásquez Correa, a quien le debía rendir informes del cumplimiento de metas, de acuerdo a las funciones que ésta le asignaba, por ende, no es posible hablar de autonomía e independencia en la prestación del servicio.
3. Revelaron los declarantes que tanto el personal de planta como los contratistas debían cumplir un horario de trabajo que iba de 8 a.m. a 12 m y de 2 p.m. a 6 p.m., el cual posteriormente varió de 8 a.m. a 12 m y de 1 p.m. a 5 p.m.
4. En cuanto al elemento de temporalidad, característico de los contratos de prestación de servicios en las entidades públicas, se observa que el mismo no tiene cabida en el presente asunto, toda vez que la documental arrimada al proceso y los testimonios atendidos dan fe de que el actor prestó el servicio desde 18 de marzo 2008 y hasta el 31 de marzo de 2013, sin solución de continuidad, es decir por casi cinco (5) años.

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

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

En la convención colectiva de trabajo celebrada entre el ISS y el sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, que milita a folios 196 y siguientes del expediente con su respectiva nota de depósito, se estipuló en su artículo 3º que de ella se beneficiaban todos los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del ISS, afiliados o no afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, siempre y cuando no hayan renunciado expresamente a dichos beneficios; al no existir en el plenario prueba de que medie renuncia expresa a los beneficios convencionales, al demandante le es aplicable la mencionada convención colectiva, la cual se encontraba vigente mientras prestó sus servicios al ISS.

* 1. **Prescripción**

De conformidad con los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben transcurridos tres(3) años desde su exigibilidad.

Así mismo está suficientemente decantado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que dicho término de prescripción se cuenta desde el momento en que cada prestación se hace exigible.

En consecuencia, como quiera que la prescripción se interrumpe con el simple reclamo escrito que el trabajador presente a su empleador, en el presente caso, en atención a que elactor presentó la reclamación administrativa el 3 de mayo de 2013, se encontrarían prescritos los derechos laborales de las prestaciones que se hicieron exigibles antes del 3 de mayo de 2010, a excepción, claro está, del auxilio de las cesantías y la compensación de las vacaciones, teniendo en cuenta, respecto al primero, que el término prescriptivo sólo empieza a contabilizarse desde el momento en que expira el contrato de trabajo y frente al segundo, porque de conformidad con lo expresado en el artículo 23 del Decreto 1045 de 1978, la compensación por vacaciones en el sector público prescribe en cuatro años contados a partir de la fecha en que se haya causado el derecho.

1. **Diferencia Salarial**

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

Para el caso del demandante, ha quedado demostrado que ostentó la calidad de trabajador oficial, y que cumplía las mismas funciones de un auxiliar de servicios administrativos, luego es procedente el reconocimiento de tal pedido.

En ese sentido, se encuentra que a folio 119 milita la certificación de los salarios devengados por un funcionario de planta en ese cargo entre los años 2008 y 2013, los cuales, como se aduce en la demanda, resultan ser superiores a los devengados por el actor en esa época; no obstante, como se dijo en líneas anteriores, en atención a la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, se condenará al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación a cancelar la diferencia salarial generada entre el 3 de mayo de 2010 y el 31 de marzo de 2013 de la siguiente manera:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **PERIODO** | **SALARIO AUXILIAR DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS** | **SALARIO RECIBIDO** | **DIFERENCIA A CANCELAR** | **No. MESES** | **TOTAL A PAGAR** |
| 03/05/2010 al 30/06/2010 | $1.051.358 | $823.676 | $227.682 | 2 | $455.364 |
| 01/07/2010 al 31/12/2010 | $1.051.358 | $823.676 | $227.682 | 6 | $1.366.092 |
| 01/01/2011 al 31/03/2011 | $1.084.686 | $823.676 | $261.010 | 3 | $783.030 |
| 01/04/2011 al 31/12/2011 | $1.084.686 | $849.787 | $234.899 | 9 | $2.114.091 |
| 01/01/2012 al 31/12/2012 | $1.138.920 | $849.787 | $289.133 | 12 | $3.469.596 |
| 01/01/2013 al 31/03/2013 | $1.227.612 | $849.787 | $377.825 | 3 | $1.133.475 |

**TOTAL: $ 9.321.648**

Así las cosas, habría lugar a reconocer por este concepto la suma de **$ 9.321.648** y no $13.212.409 reconocidos en primera instancia, razón por la que se modificará el fallo en este sentido.

1. **Compensación de Vacaciones**

De acuerdo al artículo 8 del Decreto 3135 de 1968, reglamentado y ampliado por los artículos 47 y 48 del Decreto 1848 de 1969, los trabajadores oficiales tienen derecho a que sus vacaciones sean compensadas en dinero, por cada año de servicio. La compensación equivale, en este caso, al pago de 15 días de salario por cada año de servicios o su equivalencia en días laborados. De acuerdo a los cálculos realizados en esta instancia, la demandante tendría derecho al pago de la suma de **$2.455.224** por este concepto, tomando como base para la liquidación el salario devengado por un auxiliar de servicios administrativos grado 11 certificado por el ISS.

Los cálculos en esta sede difieren del guarismo de juzgado de primer grado, que reconoció por este concepto la suma de **$3.147.291**, por lo cual, en sede de consulta, habrá de ser modificado este punto de la sentencia.

1. Prima de Navidad

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

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

Por esta razón, al haberse condenado en el presente fallo por concepto de las primas convencionales, la prima de navidad queda excluida de los derechos laborales mínimos del trabajador demandante, por lo que no tiene vocación de prosperidad este punto de la apelación.

1. **Auxilio de Cesantías e intereses**

Conforme al artículo 17 de la Ley 6º de 1945, este auxilio equivale a un mes de sueldo o jornal por cada año de servicio. A su vez, el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, señala los factores que deben tenerse en cuenta para calcular dicho auxilio.

En este punto, realizado el respectivo cálculo el resultado da $6.138.060 mientras que en primera instancia se condenó al pago de $5.878.064 pero por tratarse del grado jurisdiccional de consulta y por no haber sido motivo de apelación por parte del demandante se mantendrá incólume este punto.

En cuanto a los intereses a las cesantías se encuentran prescritos conforme a lo expuesto líneas atrás aquellos que se generaron con anterioridad al 3 de mayo de 2010, y, por tanto, los que se generaron a partir de ese año hasta el 2013, ascienden a la suma de $589.253, suma que resulta ser inferior a la liquidada en sede de primer grado por lo habrá de modificarse este punto de la sentencia.

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

De conformidad con lo pactado en la convención colectiva en su artículo 50, el actor tendrá derecho a la prima de servicio extralegal equivalente a dos primas de servicio al año cada una de ellas equivalente a 15 días de salario, pagaderas dentro de los primeros 15 días de los meses de junio y diciembre de cada anualidad. No obstante, solo resulta exigible el pago de aquellas que se generaron con posterioridad al 2009, dado que las anteriores se encuentran prescritas. Por este concepto se debió condenar al pago de $3.989.739 suma que resulta ser un poco superior a la liquidada en sede de primer grado ($3.323.033), por lo que este punto de la condena se mantiene incólume.

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

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

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

**APORTES A SALUD:** sabemos que respecto al monto de los aportes que se deben realizar en virtud de un contrato de trabajo, los aportes se pagan de acuerdo a los montos establecidos por la Ley (Artículo 204 Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007), estos, para el caso de la Seguridad Social en Salud, equivalen al 12.5% del IBC, del cual el 4% es asumido por el trabajador y el 8.5% será asumido por su empleador, lo cual se traduce en un 68% del aporte a cargo del empleador. **y para pensión:** será el 16% del IBC, de los cuales 4 puntos porcentuales están a cargo del trabajador y los 12 restantes del empleador; o lo que es lo mismo, el 75% del aporte está a cargo del empleador.

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

A efectos de simplificar la operación para la liquidación de esta obligación, tras aplicar una regla de tres simple, es posible concretar la suma mensual que debió pagar el empleador por concepto del aporte de salud y pensión de su trabajadora, concluyendo que debió concurrir al pago del 72% de la suma de esos esos aportes. En esa medida, conforme al siguiente cuadro, la demandada le adeuda al demandante la suma de **$3.873.528**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **AÑO** | **CICLO** | **VALOR DEL APORTE** | **No. de folio del comprobante de pago** | **PORCENTAJE QUE DEBIÓ CUBRIR EL EMPLEADOR (72%)** |
| **2010** | Mayo | $149.500 | 219 | $107.640 |
| Junio | $149.500 | 221 | $107.640 |
| Julio | $149.500 | 222 | $107.640 |
| Agosto | $149.500 | 223 | $107.640 |
| Septiembre | $149.500 | 224 | $107.640 |
| Octubre | $149.500 | 225 | $107.640 |
| Noviembre | $149.500 | 226 | $107.640 |
| Diciembre | $149.500 | 234 | $107.640 |
| **2011** | Enero | $149.500 | 216 | $107.640 |
| Febrero | $155.600 | 215 | $112.032 |
| Abril | $155.000 | 214 | $111.600 |
| Mayo | $155.600 | 204 | $112.032 |
| Junio | $156.002 | 205 | $112.321 |
| Julio | $156.231 | 206 | $112.486 |
| Agosto | $156.337 | 207 | $112.563 |
| Septiembre | $156.337 | 208 | $112.563 |
| Octubre | $155.600 | 209 | $112.032 |
| Noviembre | $155.600 | 210 | $112.032 |
| Diciembre | $155.600 | 211 | $112.032 |
| **2012** | Enero | $155.600 | 227 | $112.032 |
| Febrero | $166.259 | 228 | $119.706 |
| Marzo | $165.545 | 229 | $119.192 |
| Abril | $165.449 | 230 | $119.123 |
| Mayo | $164.600 | 231 | $118.512 |
| Junio | $164.600 | 232 | $118.512 |
| Julio | $164.600 | 233 y 282 | $118.512 |
| Agosto | $164.600 | 283 | $118.512 |
| Septiembre | $164.600 | 289 | $118.512 |
| Octubre | $164.600 | 280 y 289 | $118.512 |
| Noviembre | $164.600 | 281 | $118.512 |
| Diciembre | $164.600 | 289 | $118.512 |
| **2013** | Enero | $164.600 | 288 | $118.512 |
| Febrero | $171.120 | 288 | $123.206 |
| Marzo | $171.120 | 289 | $123.206 |

**TOTAL: $3.873.528**

En este orden, el empleador es el responsable del pago del 72% del aporte mensual. De acuerdo a la relación de pagos antedicha, la condena por este concepto corresponde a la suma de **$3.873.528**, y no de **$3.762.858** como se determinó en primera instancia, cifra que por ser inferior, se mantendrá incólume en segunda instancia.

De otra parte, mientras laboraba al servicio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, el demandante aportó mensualmente al Sistema Pensional sobre una Base de Cotización equivalente a un Salario Mínimo Mensual Vigente, y como quiera que la tasa de cotización debe calcularse sobre la Base Salarial real, es decir sobre la que debió percibir el demandante, la entidad demandada tiene la obligación de concurrir en conjunto con el actor, en la proporción que le corresponda, al pago del cálculo actuarial realizado por el Fondo de Pensiones al cual se encuentre afiliado el trabajador, en este caso a COLPENSIONES.

Dicho pago, como se ordenó en primera instancia, deberá efectuarse al Fondo de Pensiones y deberá verse reflejado en el Ingreso Base de Cotización de los ciclos comprendidos correspondientes a los extremos temporales de la relación laboral objeto del presente proceso.

1. **Del despido injustificado.**

Debe precisar esta Corporación que la declaratoria de una verdadera relación laboral, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, no tiene un mero carácter declarativo sino que tiene una finalidad resarcitoria, puesto que propende a que los trabajadores afectados con un sistema de contratación que no es acorde con la situación real que se dio en la prestación personal del servicio subordinado, obtengan las garantías y beneficios laborales que la ley o la convención colectiva les otorga.

En ese sentido, partiendo de la base de que en el presente asunto se acudió a ese principio constitucional de la primacía de la realidad y que el motivo que aduce la parte demandada para dar por terminado el vínculo contractual obedece al vencimiento del término de la obra o labor contratada, considera esta Corporación, que dicha situación no encaja en ninguna de las causales previstas en los articulo 48 y 49 del Decreto 2127 de 1945 y por el contrario, si configura una vulneración a la estabilidad laboral que prevé el artículo 5º de convención colectiva, puesto que el actor se vio afectado por las disposiciones internas o externas de la entidad, que se tornan ilegales al decidir no considerarlo como uno de sus trabajadores, a pesar de encontrarse regida la relación por un verdadero contrato de trabajo, según en expuso en líneas anteriores.

De conformidad con el artículo 5º de la convención colectiva de trabajo, esa indemnización corresponde al pago de 50 días de salario por el primer año y 30 días por los años subsiguientes; pues el trabajador laboró menos de 5 años; luego tendría derecho al pago de **$6.806.426**, cifra muy por debajo de los **$15.496.424** calculados en primera instancia; razón por la que la condena de primer grado en relación a este preciso punto será revocada.

* 1. **De la indemnización moratoria**

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

En el caso objeto de estudio, bien se ve que las circunstancias que lo rodearon no daban para que la naturaleza del contrato fuera discutible, pues es evidente que la relación que existió entre las partes se torna de carácter netamente laboral, en razón a las funciones desarrolladas por Carlos Alberto, que denotan actividades propias de un empleado de planta, las cuales fueron ejecutadas por un periodo considerable de tiempo (casi por 5 años), bajo la continua dependencia y subordinación de la entidad demandada; relación laboral que valga anotarse, se ocultó bajo la denominación de contratos de prestación de servicios, con el propósito de eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales o convencionales que se generan en favor del actor

Así las cosas, teniendo en cuenta que la sanción moratoria tiene génesis una vez vencidos los 90 días de gracia con que cuentan las entidades públicas para pagar las acreencias laborales, y que a su vez esos 90 días se cuentan a partir de la terminación del vínculo contractual, que en el presente asunto se dio el 31 de marzo de 2013, la sanción moratoria correría a partir del 30 de junio de 2013, tal como lo indicó la jueza de primer grado, en razón de un día de salario por cada día de retardo, equivalente a $42.966.

* 1. **Subsidio de Transporte**

El auxilio de transporte, cuyo monto es fijado anualmente por el Gobierno Nacional, fue concebido para los trabajadores particulares, trabajadores oficiales y servidores públicos que devenguen hasta dos (2) veces el S.M.L.V., siempre que estos laboren en lugares donde se preste el servicio público de transporte (urbano o rural) y deban utilizarlo para desplazarse de su residencia al sitio de trabajo, sin tener en cuenta la distancia ni el número de veces al día que deba pagar pasajes.

Pues bien, dado que las prestaciones y salarios reconocidos al demandante son los que corresponden al auxiliar de servicios generales dentro de la planta de personal de la entidad demandada, que para el caso devengan un poco más de dos salarios mínimos, tal como se puede apreciar en el cuadro de liquidación de la diferencia salarial, el empleador no estaba obligado a pagar al demandante auxilio de transporte, por lo que no prospera la pretensión ni el recurso en este sentido.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por no prosperar el recurso.

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

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

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **SEGUNDO** y **CUARTO, QUINTO** de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, los cuales quedarán así:

***TERCERO: CONDENAR*** *al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES REGIONAL RISARALDA a pagar a favor al señor CARLOS ALBERTO VALENCIA las siguientes sumas de dinero:*

|  |  |
| --- | --- |
| **CONCEPTO** | **VALOR** |
| Prima convencional | $3.323.033 |
| Reajuste salarial | $9.321.648 |
| Compensación de vacaciones | $2.455.224 |
| Cesantías | $5.878.064 |
| Intereses sobre cesantías | $589.253 |

***CUARTO: CONDENAR*** *al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES –LIQUIDADO- a pagar al señor CARLOS ALBERTO VALENCIA AGUDELO la indemnización por despido injusto de conformidad con lo expuesto en la parte motiva por valor de* ***$6.806.426***

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

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

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

La Magistrada,

### ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

Los magistrados,

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

……………………………………..

Secretario Ad-hoc**.**