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 4 de agosto de 2017

**Radicación No. :** 66001-31-05-003-2015-00373-01

**Proceso :** Ordinario laboral

**Demandante :** Carmenza Diva Ríos

**Demandado :** P.A.R. del ISS (extinto)

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

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

**Tema El contrato de prestación de servicios con la administración pública.** 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

#### TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA

#### SALA LABORAL

Magistrada ponente: **Ana Lucía Caicedo Calderón**

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

**(Agosto 4 de 2017)**

##### Sistema oral - Audiencia de juzgamiento

Siendo las 11:00 a.m. de hoy, viernes 4 de agosto de 2017, 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 **CARMENZA DIVA RIOS** en contra del **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO –P.A.R. ISS LIQUIDADO-** y **FIDUAGRARIA S.A.,** al cual fue vinculada en calidad de litisconsorte necesario de la parte pasiva de la relación jurídico-procesal **LA NACIÓN –MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL,** en virtud del artículo 1º del Decreto 542 de 2016. Para el efecto, se verificar 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 Tercero Laboral del Circuito de Pereira el pasado 15 de febrero de 2016, en proceso donde resultó condenado el extinto Instituto de Seguros Sociales, representado por **FIDUAGRARIA S.A.**, quien administra el **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO –P.A.R. ISS LIQUIDADO**-, en razón de lo cual, a la luz del art. 14 de la L.1149/2007 que modificó el art. 69 del C.P.T. y S.S., también hace necesario agotar el grado jurisdiccional de consulta.

1. **Problemas jurídicos por resolver**

En este asunto, además del necesario examen de legalidad de la decisión de primera instancia, en sede de apelaciones, le corresponde a la Sala determinar los siguientes puntos propuestos en el recurso promovido por la parte actora:

1. De acuerdo a las pruebas arrimadas al proceso ¿cuál es la fecha del extremo inicial de la relación laboral que ató a las partes aquí en contienda?
2. ¿Aparece alguna prueba indicativa de que las funciones asignadas a la demandante eran semejantes o similares a las de un auxiliar administrativo grado 16 de la planta de personal de la entidad?,
3. ¿Existen suficientes elementos de prueba que sirvan al propósito de cuantificar el pretendido pago de la diferencia salarial entre el ingreso mensual percibido por la demandante y el devengado por sus pares funcionales al interior de la planta de personal de la entidad?;
4. Con las pruebas documentales obrantes al interior del proceso, ¿es posible cuantificar el monto de los auxilios de alimentación y transporte y el incremento adicional de que trata el artículo 40 de la convención colectiva de trabajo aplicable a la demandante?,
5. ¿Es procedente el reconocimiento de las indemnizaciones por despido injusto y por la falta de consignación de las cesantías?
6. Y, por último, ¿resulta viable condenar a la entidad demandada al pago de la pensión sanción prevista en el artículo 267 del C.S.T.?

Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes antecedentes:

1. **La demanda y su contestación**

Con la finalidad de examinar el grado de acierto de la decisión de primera instancia y para efectos de resolver de fondo las razones de la apelación promovida por la demandante en contra de dicha providencia, se ha de señalar, como punto de partida, que la actora solicita la declaratoria de la existencia de una relación laboral en virtud de un contrato realidad, que la entidad demandada pretende disimular bajo la apariencia de sucesivos contratos de prestación de servicios, un total de 42 contratos suscritos de manera sucesiva e ininterrumpida a lo largo de la relación laboral, según se aduce en la demanda.

Para el efecto, en la demanda se dice que tal vínculo laboral se extendió entre el 1º de junio de 1994 y el 31 de marzo de 2013, y que durante todo ese lapso la demandante desarrolló las mismas tareas y funciones asignadas a un empleado de planta correspondiente al nivel “Auxiliar Administrativo Grado 16” y siempre estuvo sometida al cumplimiento obligatorio de horarios, directrices institucionales y órdenes directas e indirectas del personal directivo de la entidad demandada, pese a lo cual jamás la reconocieron como trabajadora sino como contratista independiente.

En ese orden ideas, la promotora del litigio reclama el pago de todas y cada una de las prestaciones legales y convencionales a la que tienen derecho cualquier otro empleado de planta de la entidad que cumpla funciones idénticas o similares a las suyas (cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima especial de vacaciones, prima de navidad, auxilios de alimentación y transporte e incremento adicional); lo mismo que al pago de la diferencia salarial entre lo que la entidad demandada le canceló mensualmente por concepto de honorarios y la remuneración mensual percibida por un auxiliar de servicios administrativos grado 16; la devolución de los aportes en salud y pensión, los mismos que, por exigencia del ISS, tuvo que costear a lo largo de la relación laboral; la indemnización por despido injusto y la pensión sanción prevista en el Art. 267 del C.S.T. modificado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, a partir de la finalización del vínculo laboral.

 La **FIDUCIARIA –FIDUAGRARIA S.A.-,** actuando como administradora fiduciaria del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN –P.A.R.I.S.S.-** contestó la demanda dentro del término de traslado, manifestando que no le constaban los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, en razón a que involucran o corresponden a una entidad pública extinta, que ha desaparecido real y materialmente del tráfico jurídico a partir del 31 de marzo de 2015, fecha en que fue firmada y publicada el acta final de liquidación, lo cual es un hecho notoriamente público. De modo que, solamente puede responder en el presente proceso como administradora y vocera del mencionado patrimonio autónomo, sin comprometer su responsabilidad patrimonial, lo que no impide que se oponga a la prosperidad de las pretensiones y proponga como excepciones de mérito las que denominó “inexistencia de la obligación, falta de legitimidad en la causa por pasiva, prescripción, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y buena fe”, básicamente, sobre la base de que la relación jurídica que ató a las partes estuvo mediada por sendos contratos de prestación de servicios celebrados en virtud del artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

 De otra parte, frente a los hechos de la demanda, EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, indicó que ninguno de ellos le consta, pues la situación planteada es totalmente desconocida por dicha cartera ministerial, con quien la demandante no ha sostenido ninguna clase de relación contractual o laboral. En tal sentido, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones las que denominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación”, “inexistencia de la facultad y del consecuente deber jurídico de este ministerio para reconocer y pagar prestaciones sociales y derechos convencionales”, “cobro de lo no debido” e “inexistencia de la solidaridad entre el ISS y el Ministerio”

1. **SENTENCIA DE PRIMERA instancia**

 Con apoyo en las declaraciones vertidas en el proceso, la jueza de primer grado estimó que la demandante prestó sus servicios personales y subordinados a favor del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre 6 de mayo de 1996 y el 31 de marzo de 2013, de acuerdo a lo que muestran los sucesivos e ininterrumpidos contratos de prestación de servicios suscritos a partir del año 1996 (Fl. 401).

 En virtud de esos hechos comprobados, dando alcance al principio de primacía de la realidad frente a las formas, condenó al P.A.R. I.S.S. LIQUIDADO –FIDUAGRARIA- al pago de las siguientes sumas:

|  |  |
| --- | --- |
| **CONCEPTO** | **MONTO DE LA CONDENA** |
| Vacaciones | $2.383.397 |
| Prima de vacaciones  | $4.170.716 |
| Prima de servicios | $2.519.286 |
| Prima de navidad | $3.636.268 |
| Cesantías  | $14.590.293 |
| Intereses a las cesantías | $535.696 |

 Y ordenó igualmente la devolución de los aportes a la seguridad social que la demandante sufragó entre julio de 2010 y marzo de 2013, los cuales ascienden a la suma de $7.309.875 ($3.432.000 por aportes a salud y $3.877.875 por pensiones), declarando prescritos los aportes por fuera de ese rango temporal.

 Asimismo, condenó al pago de la indemnización moratoria, conforme a las previsiones del Decreto 797 de 1949, a partir del 5 de agosto de 2013, en cuantía equivalente a $30.539,80 diarios hasta que el pago de las obligaciones laborales se haga efectivo.

 No obstante, en sede de primer grado, la entidad demandada salió absuelta de las pretensiones que la demandante enderezó al pago de la diferencia salarial, el incremento adicional sobre salarios básicos, los auxilios de alimentación y transporte, la pensión sanción y las indemnizaciones por la falta de consignación de las cesantías y por despido injusto. Los fundamentos en que se sustenta dicha absolución admiten el siguiente resumen:

 - En relación al pago de la diferencia salarial relativa al monto que percibió la trabajadora por concepto de honorarios y la remuneración correspondiente a los empleados de planta del nivel “Auxiliar Administrativo Grado 16”, consideró la funcionaria de primera instancia, que no existían suficientes elementos de juicios a partir de los cuales concluir que las funciones de la demandante eran afines a las de un auxiliar de la categoría antes reseñada y, al contrario, en otro proceso donde la actora rindió declaración en calidad de testigo, aseguró que sus funciones correspondían a las desarrolladas por un “auxiliar administrativo grado 11”, lo cual, según la funcionaria de primera instancia, puede comprobarse con registro audiovisual de la audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 22 de octubre de 2014, dentro del proceso Ordinario Laboral que ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira promovió el señor **Jorge Alberto Eljach Arias** en contra del extinto **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** (Rad. 2014-0174), el cual milita como prueba documental al interior del presente proceso (Fl. 399).

 Bajo esos supuestos fácticos y teniendo en cuenta que en los documentos relacionados con la fijación de escalas salariales de los trabajadores oficiales del ISS, emitido por la entidad demandada y allegado al proceso como documento anexo a la demanda (visible en el folio 166 del expediente), tan sólo figuran relacionados los salarios correspondientes a los empleados de la categoría “auxiliares administrativos” grados 13, 14, 15 y 16, advirtió la jueza que, sin conocer cuál es el monto de la asignación básica mensual de un auxiliar grado 11, no hay manera alguna de calcular la pretendida reliquidación salarial, en caso de que se accediera a su pago. Puesto que para ello resultaría necesario comparar el monto de la remuneración mensual de la actora con el de un auxiliar administrativo grado 11.

 De modo que, en sede de primera instancia, el monto de los honorarios contractuales sirvió de base salarial para la liquidación de las prestaciones legales y convencionales reconocidas allí.

 - En relación al pago del incremento adicional sobre los salarios básicos, derecho consagrado en el artículo 40 de la convención colectiva aplicable al presente caso (Fl. 211), la entidad demandada también fue absuelta del pago de dicho emolumento, debido a que la jueza advirtió la imposibilidad de liquidarlo, pues para hacerlo resultaba necesario conocer el valor de la Unidad de Índice resultante de aplicar el IPC a todos los trabajadores oficiales a partir del 1º de enero de 2002, conforme al cuadro anexo a la convención, el cual brilla por su ausencia en el plenario.

 - En lo que tiene que ver con la reclamación de los auxilios de transporte y alimentación, consagrados en los artículos 53 y 54 de la convención, igualmente se descartó la viabilidad de esta pretensión, como quiera que su cuantificación procede del valor del auxilio al 31 de diciembre de 2011, incrementado para cada uno de los años de vigencia de la convención con base en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior, de acuerdo a lo señalado en el artículo 54 de la mentada Convención, y en el expediente no obra prueba indicativa del valor de dicho auxilio en el año 2001.

 De otra parte, no profirió condena por despido injusto, al considerar que la demandante no había logrado acreditar la terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo por parte del empleador, y negó la aplicabilidad de la sanción por falta de consignación de las cesantías de trabajadores oficiales y empleados públicos, pues estos no se encuentran cobijados por la Ley 50 de 1990.

 Por último, declaró que el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, es responsable de las condenas impuestas, en virtud de lo ordenado por el Decreto 421 de 2016, seguramente refiriéndose al Decreto 542 de 2016.

1. **RECURSO DE APELACIÓN**

 Según la recurrente se equivocó la sentenciadora de primer grado al fijar el hito inicial de la relación laboral en mayo de 1996, pues la demandante empezó a trabajar en el Instituto de Seguros Sociales el 1º de junio de 1994, tal como se acredita, entre otras pruebas, con la aceptación de la oferta contractual No. 18 (Fl. 18) y con los distintos certificados de cursos y capacitaciones que la misma entidad le impartió entre noviembre de 1994 y el año 1996 (Fls. 19 y s.s.).

 Cuestiona igualmente la conclusión de la juzgadora *a-quo* relativa a que no se acreditó que la pretensora cumpliera las mismas funciones de un empleado del nivel Auxiliar Administrativo grado 16, puesto que todos los declarantes, sin excepción, coincidieron en afirmar precisamente todo lo contrario, es decir, que la demandante se ocupó de tareas y funciones propias de empleados categorizados bajo la denominación de auxiliares administrativos, y aunque si bien ellos no refirieron el grado especifico al que se circunscriben tales funciones -lo cual es un aspecto legal que no tenían por qué conocer- de todas maneras, en aplicación del principio de favorabilidad, la juzgadora bien podía liquidar la pretensión comparando los ingresos de la demandante con los del grado 13 del nivel administrativo, que es la escala más baja dentro de la categoría de “auxiliares administrativos”, según se puede ver en la certificación de salarios emitida por la misma entidad demandada.

 Otro de los puntos atacados con el recurso es el que tiene que ver con la indemnización por despido injusto, el cual, en criterio de la apelante, se configuró a partir del vencimiento del término de ejecución del último de los contratos de prestación de servicios que suscribió con la entidad demanda, pues a partir de ahí, la entidad contratante jamás la volvió a llamar para efectos de suscribir un nuevo contrato, como habitualmente ocurría, lo cual se puede corroborar a partir de la declaración de las señoras MARIA HELENA ALZATE MEJÍA y DENNIS PALACIOS SUAREZ, quienes trabajaron con la demandante hasta esa fecha.

 De otra parte, señala que el incremento adicional y el auxilio de transporte equivale a los valores que la misma entidad demandada certificó a través del oficio visible entre los folios 182 y 188, por lo cual la jueza no podía excusarse de acceder a las pretensiones en ese sentido.

 Por último, insiste en que la entidad debe ser condenada al pago de la pensión sanción, puesto que la omisión de la vinculación al Sistema General de Pensiones por parte de quien fungió como un verdadero empleador, en términos prácticos equivale y tiene los efectos de la falta de afiliación, tal como reiteradamente lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia. Asimismo, como quiera que la entidad omitió afiliar a la demandante a un Fondo de Cesantías, debe asumir las consecuencias de esa omisión y pagar la sanción prevista en los casos en que el empleador no consigna las cesantías a un fondo autorizado para ello.

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 42 contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes y la ejecución de los mismos, sino también con las declaraciones surtidas en el proceso.

 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 **PEDRO LUIS ARTEAGA PACHECO**, **JUAN CARLOS MAZUERA BAENA**, **DENYS PALACIOS SUAREZ**, **JORGE WILLIAM BERNAL BEDOYA** y **MARIA ELENA ALZATE MEJIA**, todos en calidad de excompañeros(as) de trabajo de la demandante, dan cuenta en sus declaraciones de las actividades desarrolladas por la actora en el Departamento de Pensiones, las cuales consistían, básicamente, en apoyar las tareas administrativas y de secretaría en el Departamento de Medicina Laboral del ISS y los últimos años en el Centro de Atención al Pensionado (CAP).
2. Los deponentes coinciden en afirmar que la 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 la actora prestó sus servicios por casi veinte (20) años.

 Por lo demás, la imposición de horarios en el sector público es indicativo de subordinación laboral con arreglo al artículo 1º de la Ley 6ª de 1945, por cuanto se traduce en el ejercicio de un poder subordinante por parte de quien lo establece y de esa forma limita la disponibilidad del tiempo de quien presta el servicio en su favor, lo que descarta la libertad y autonomía propias de los contratistas independientes. Para mayor ilustración, prescribe la norma en comento: *«Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio en forma personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten a horarios, reglamentos o control especial del patrono».*

 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 la señora CARMENZA DIVA RÍOS sostuvo una relación laboral con la entidad en calidad de trabajadora oficial y que los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, únicamente obedecen a una simple formalidad que pretendió ocultar la verdadera naturaleza de la relación jurídico-sustancial que existió 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 entre los folios 199 y siguientes del expediente con su respectiva nota de depósito, se estipuló a la altura de 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. De manera que, al no existir en el plenario prueba de que haya mediado renuncia expresa a los beneficios convencionales, a la demandante le es aplicable la mencionada convención colectiva, la cual se encontraba vigente mientras prestó sus servicios al ISS.

* 1. **Extremos de la relación laboral**

 Cuestiona la apelante la conclusión de la juzgadora de primera instancia relativa a que el hito inicial de la relación laboral coincide con la fecha de suscripción del primer contrato de prestación de servicios signado entre las partes. Es decir, el 6 de mayo de 1996.

 Como argumento de su cuestionamiento, señala que antes de la suscripción de aquel mentado contrato, desde el 1º de junio de 1994, la demandante venia laborando sin solución de continuidad en la entidad demandada, y aunque no se conserven los contratos de prestación de servicios que aluden a dicho lapso, se allegó al proceso la aceptación de oferta No. 018 del 27 de febrero de 1995 (Fl. 122), mediante la cual el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES aprobó su oferta de servicios (la cual presentó el del 25 de febrero de 1995), consistente en la *“reorganización de las tarjetas de identificación laboral de afiliados e historia laboral del ISS Risaralda”*, cuyo término de ejecución se pactó en diez (10) meses.

 Y no sólo eso, añade, en el proceso obran tres (3) certificaciones de cursos de capacitación impartidos por el mismo INSTITUTO DE SEGUROS, los cuales están fechados el 4 noviembre de 1994 (Fl. 125), el 25 de marzo de 1995 (Fl. 126) y el 21 de marzo de 1995 (Fl. 127), de los cuales se puede concluir que para esas calendadas ya existía un vínculo laboral con la entidad demandada.

 Al respecto, no encuentra la Sala error en el razonamiento del Juzgado, pues de las pruebas acabadas de relacionar emerge lo siguiente:

1. La oferta de servicios se refiere a un objeto contractual distinto al prevalente en los demás contratos de prestación de servicios. Mientras que en la oferta de servicios se indica que el objeto del contrato consistiría en la *“reorganización de las tarjetas de identificación laboral de afiliados e historia laboral del ISS Risaralda”*, en los restantes cuarenta y dos (42), visibles entre los folios 29 y 121, se indica que el objeto contractual consistía, básicamente, en cumplir las mismas funciones asignada a un auxiliar administrativo de planta.
2. Aunque la demandante recibió algunos cursos de capacitación impartidos por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, 3 en total, no hay manera de comprobar si esos cursos estuvieron dirigidos única y exclusivamente al personal de planta de la entidad o al público en general, en razón de lo cual su contenido no constituye ni siquiera prueba indiciaria de la existencia del contrato de trabajo.

 Bajo tal perspectiva, se confirmará este punto de la sentencia objeto del recurso.

* 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 la actora presentó la reclamación administrativa el 8 de septiembre de 2014 (Fl. 174 y s.s.), se encontrarían prescritos los derechos laborales de las prestaciones que se hicieron exigibles antes del 8 de septiembre de 2011, 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 (4) años contados a partir de la fecha en que se haya causado el derecho.

 Ha de aclararse en este punto que, por regla general, las obligaciones laborales que tiene el empleador con el trabajador, son de tracto sucesivo y por ende, a partir de su exigibilidad inicia el término de prescripción de tres (3) años de cada obligación causada. La prescripción, por consiguiente, es la extinción de un derecho por no haberse ejercitado en tiempo. Cuando opera tal fenómeno extintivo, se establece la imposibilidad de reclamar un derecho; por ello, si un trabajador pretende reclamar prestaciones, indemnizaciones o salarios debidos, debe hacerlo en los tres (3) años siguientes a su exigibilidad. Luego entonces, es la reclamación patronal o la presentación de la demanda, y no el despido o la renuncia, lo que interrumpe el término de prescripción, y es bien sabido que, en virtud de la interrupción que opera con la reclamación al patrono, la carrera contra el tiempo vuelve atrás para reiniciar el conteo por una sola vez y por un lapso igual al señalado para prescripción correspondiente, según previene el artículo 489 del C.S.T. En este orden de ideas, la decisión de primera instancia en este punto se juzga acertada, por lo que se descarta la viabilidad del recurso de apelación impetrado por la parte actora.

 Por último, también conviene aclarar que aunque el Consejo de Estado tiene una posición diferente respecto de la forma de contabilizar el término de prescripción de las acreencias laborales derivadas del contrato, según el cual dicho término prescriptivo empieza a contabilizarse desde la ejecutoria de la sentencia que declara la existencia del contrato de trabajo por considerar que es una sentencia constitutiva, no es cierto que dicho criterio haya sido asumido por el máximo Tribunal de la Justicia Ordinaria Laboral, pues la Corte Suprema ha reiterado el criterio que esta Sala comparte, en el sentido de que el término de prescripción se contabiliza de manera individual para cada prestación y no desde la sentencia porque ésta es declarativa más no constitutiva de derechos. Esta posición fue reiterada por la Sala de Casación Laboral en sentencia del 12 de marzo de 2014, Radicado No. 44069, M.P. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

**5.5. PRESTACIONES SOCIALES RECLAMADAS**

1. **Diferencia Salarial**

La demandante hace notar que los contratistas del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** –hoy 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 de la demandante, con apoyo en las distintas declaraciones vertidas al interior del proceso, ha quedado demostrado que de no haberse distorsionado la modalidad contractual, la actora hubiese fungido como trabajadora oficial, cumpliendo las mismas funciones de un auxiliar de servicios administrativos.

 No obstante lo anterior, tal y como se puede apreciar en el Manual de Funciones y Requisitos para el desempeño de los empleos del ISS (Fl. 304-339), la categoría de “auxiliares administrativos” se subdivide en 5 grados enumerados de 11 al 16, cada uno con sus propios requisitos y funciones. El grado 11 es la base de la escala salarial de dicha categoría, y el grado 16 es su cúspide.

 La demandante pretende que, para efectos del cálculo de la diferencia salarial, su remuneración sea comparada con la de un auxiliar administrativo del máximo grado de la categoría (esto es, grado 16). Para ello, es lógico que resultaba necesario que además de comprobar que cumplía las mismas funciones asignadas a los empleados de planta categorizados bajo tal denominación, demostrara que reunía los requisitos exigidos para ocupar dicho encargo.

 Al margen de las razones esgrimidas en primera instancia para negar la referida pretensión, lo cierto es que hay una razón de mayor peso para confirmar este punto de la decisión objeto del recurso. Entre los grados 11 y 13, uno de los requisitos *sine qua non* para ocupar dicho cargo (en la categoría de “auxiliar administrativo”) es la aprobación de cuatro (4) años de educación secundaria, y para los grados subsiguientes, esto es, del grado 14 al 16, el título de bachiller. En el expediente no obra ni lo uno ni lo otro. Es decir, en el proceso no ha quedado acreditado el nivel de estudios de la demandante, lo cual impide su ubicación en alguno de los grados que pertenecen a la categoría de auxiliar. De modo que, por razones diferentes a las señaladas por la jueza a-quo, se debe negar la prosperidad encaminada al pago de la diferencia salarial, lo que supone que la base salarial para liquidar las prestaciones a las que tiene derecho la demandante, será, como en primera instancia, el monto de los honorarios pactados en los contratos de prestación de servicios que obran válidamente en el proceso.

1. **Compensación de Vacaciones**

 De acuerdo al artículo 48 de la Convención Colectiva, los trabajadores oficiales de la entidad tienen derecho a un descanso remunerado por cada año completo de labores. A su vez, La compensación equivale, en este caso, de acuerdo a la Ley 1429 de 2010, 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 **$1.832.208** por este concepto, tomando como base para la liquidación el monto del salario que debió devengar la demandante. Ello así, como quiera que los cálculos en esta sede difieren del guarismo de juzgado de primer grado, que reconoció por este concepto la suma de **$2.442.944**, en sede de consulta será modificado este punto de la sentencia.

1. **Prima de vacaciones**

Prevé el artículo 49 de la convención, que dicha prestación se causa por cada año de servicio prestado. Sin embargo, la misma sólo empieza a reconocerse a partir del quinto (5) año de servicio.

Así las cosas, habiendo llegado al quinto año servicios el 6 de mayo de 2001, la actora tenía derecho a que se le cancelara por cada año adicional 35 días de salario, a partir del año 2006 (cuando superó 15 años de servicios). Sin embargo, dada la afectación del derecho por el fenómeno prescriptivo, hay lugar a reconocer por este concepto la suma de $3.069.559,14, por lo causado entre el 16 de mayo de 2010 y el 31 de marzo de 2013, y no la suma de $4.170.716 -reconocida en primera instancia- por lo que habrá de modificarse el monto de la condena en ese sentido.

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, la 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, como quiera que la demandante reclamó y tiene derecho al pago de las primas extralegales consagradas en la Convención Colectiva de Trabajo, la prima de navidad queda excluida de los derechos laborales mínimos de la trabajadora demandante, como bien lo advirtió en primera instancia la jueza de conocimiento.

1. **Auxilio de cesantía e intereses.**

De conformidad con lo establecido en el artículo 62 de la convención, las cesantías se deben liquidar teniendo 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.

En ese sentido, al liquidar la prestación económica con base en la asignación básica y la prima de servicios convencional, se obtiene que la demandante tiene derecho a que se le reconozca como auxilio de cesantía la suma de **$14.590.293,83**, cifra que coincide con la determinada en sede de primer grado.

En cuanto a los intereses a las cesantías, se encuentran prescritos, conforme a lo expuesto líneas atrás, aquellos que se generaron con anterioridad al 31 de marzo de 2010, y, por tanto, los que se generaron a partir de ese año hasta el 2013, ascienden a la suma de **$542.253**, suma que resulta ser superior a la liquidada en sede de primer grado por lo que tampoco 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, la actora 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, solamente 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. **Incremento adicional por servicios y auxilio de transporte**

 La Sala Laboral secunda los argumentos de primera instancia, y en consecuencia, también descarta la viabilidad de las pretensiones encaminadas al pago del incremento adicional sobre el salario básico y el auxilio de transporte, ambas prestaciones de origen convencional. Para ello se acude a las siguientes razones:

 El artículo 40, parágrafo 4º de la Convención Colectiva de Trabajo congela por espacio de 10 años (2002-2011) el incremento adicional sobre los salarios básicos por servicios prestados al ISS, previstos en el artículo 38 de la Convención Colectiva de Trabajo (CCT) vigente al 31 de octubre de 2001, en cuantía devengada por el trabajador oficial a partir del 31 de diciembre de 2001.

 Por consiguiente, según se expresa en la convención, dicho valor, será el que se continúe reconociendo por el período señalado. En tal virtud, como quiera que la demandante no logró demostrar que su salario debía nivelarse al de un auxiliar administrativo grado 16 (tal como lo pidió en la demanda) correspondería liquidar el incremento adicional aplicando la tasa de reemplazo sobre la asignación básica mensual más baja de la categoría, esto es, el grado 11 del nivel administrativo; y como quiera que al plenario no fue allegado algún documento indicativo del valor del salario básico correspondiente a tal categoría y grado, no es posible efectuar dicho cálculo.

 De acuerdo con lo acabado de exponer, es evidente que al no constar en el plenario la escala de salario correspondiente al grado 11 del nivel de “auxiliar administrativo” no hay manera de liquidar el pretendido reajuste salarial. Así las cosas, se mantendrá la absolución del juzgado relativa a esta precisa pretensión.

 De otra parte, también se advierte que el auxilio de transporte previsto en el artículo 52 de la convención, según lo indicado en dicha norma, equivale al pagado al 31 de diciembre de 2001, actualizado con el IPC anual y como quiera que brilla por su ausencia cualquier prueba indicativa de dicho valor, tampoco resulta posible determinar el monto de tal condena.

**5.6. 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 (a) al sistema de seguridad social integral, motivo por el cual, existiendo en el plenario los comprobantes de pago de la seguridad social (Fls. 155 y s.s.), los cuales certifican el monto cancelado por la demandante al sistema de seguridad social en pensiones y salud, 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 la actora en calidad de trabajadora 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 a pagar 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 la relación de pagos 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 aportes. En esa medida, de acuerdo a los cálculos de la Sala, la demandada le adeuda al demandante la suma de **$4.005.648** por concepto de aportes a la seguridad social, cifra muy inferior a la determinada en sede primer grado, donde se reconoció la suma de $7.309.875, por lo que dicho aspecto de sentencia habrá de ser modificado.

**5.7. 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 la actora se vio afectada por las disposiciones internas o externas de la entidad, que se tornan ilegales al decidir no considerarla como una de sus trabajadoras, a pesar de encontrarse regida la relación por un verdadero contrato de trabajo, según en expuso precedentemente.

 Con todo, es bien sabido que al trabajador le corresponde la tarea de probar el despido, para ello puede acudir a los distintos medios de prueba aceptados por la ley, vale decir, a los documentos, a la confesión, a los testimonios, a la inspección judicial etc. Y si el empleador, por su parte, aduce que el despido se debió a justa causa, deberá probar la ocurrencia de los hechos que configuraron esa justa causa.

 Lo anterior debe traerse a cuento, en razón a que jueza de instancia negó la indemnización por despido injusto, aduciendo para ello que la demandante no había logrado demostrar que la causa efectiva del despido haya sido el vencimiento del término de ejecución del contrato de prestación de servicios, lo cual en criterio de la Sala constituye un verdadero contra-sentido, pues es el contrato mismo, cuyo vencimiento coincide con la fecha en que la trabajadora dejó de prestar el servicio, constituye prueba directa del despido, como quiera que, en virtud de la convención colectiva de trabajo (Art. 5º), los trabajadores oficiales del antiguo ISS (liquidado) se vinculaban a la entidad mediante contrato escrito, a término indefinido, vigente mientras subsistieran las causas que le dieron origen.

 El fundamento legal de dicha percepción reposa en la normativa del artículo 167 del Código General del Proceso, según el cual, los *“hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”*. Lo cual quiere decir que cuando una de las partes exhibe una negación indefinida, no le corresponde verificar la ocurrencia de lo que, precisamente, no es un hecho, sino la negación de un hecho. En tal virtud, la carga de la prueba se invierte, correspondiéndole a la contraparte aportar la evidencia de que el hecho que la otra niega, en realidad ocurrió. Tal premisa valorativa tiene aplicación al presente caso, como quiera que la promotora del litigio señaló en la demanda que el contrato de prestación de servicios no fue renovado, lo cual corresponde a una negación indefinida, por lo tanto, al operar el fenómeno de inversión probatoria, incumbía a la demandada desvirtuarlo demostrando, mediante la prueba pertinente, que la demandante rechazó la suscripción de un nuevo contrato o abandonó el cumplimiento de sus tareas.

 Corolario de lo expuesto, se impone condenar a la demandada al pago de la indemnización por despido injusto. 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 55 días por los años subsiguientes, pues la trabajadora laboró por más de 10 años para la entidad; luego tendría derecho por ese concepto al pago de la suma de **$28.231.303,4.**

**5.8. 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 eminentemente laboral, en razón a las funciones desarrolladas por CARMENZA DIVA, que denotan actividades propias de un empleado de planta, las cuales fueron ejecutadas por un periodo considerable de tiempo (más de 17 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 de la actora

 Sin embargo, la Sala Mayoritaria ha acogido el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a través de la sentencia SL 2833 del 1º de marzo de 2017, según cual “no puede predicarse mala fe frente al incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales de las empresas que se encuentran en estado de liquidación (obligatoria o forzada)”, aspecto frente al cual toma distancia esta ponente, en los términos que serán ampliamente expuestos en el salvamento de voto que oportunamente se agregará al proceso.

 En virtud de lo anterior, con el voto mayoritario de la Sala, se revocará la sanción moratoria impuesta por la jueza de primera instancia, en acogimiento del criterio jurídico expuesto.

**5.9. Indemnización moratoria por no consignación de cesantías.**

Aspira la señora CARMENZA DIVA RIOS en la demanda –fls.2 Y s.s.- que de manera principal se condene al Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagar la indemnización prevista en el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006 o subsidiariamente la establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Frente a la primera, resulta necesario expresar que al revisar el citado precepto legal, se observa que en el mismo no se le impone esa obligación a las entidades públicas, sino la de pagar un día de salario por cada día de retardo en los eventos de mora en los pagos parciales o totales de cesantías, que no es el caso que aquí ocurre.

Adicionalmente, como ya reiteradamente lo ha sostenido esta Sala, la normatividad aplicable para el pago de las cesantías a favor de los trabajadores del ISS se encuentra regulada en el artículo 62 de la convención colectiva de trabajo, como se vio anteriormente y al analizar ese precepto que establece que la entidad demandada y el sindicato tienen pactado un sistema de retroactividad de cesantías que decidieron congelar por diez (10) años a partir del 1º de enero de 2002, sin que ello implicara la consignación anual de las mismas, sino que en ese periodo, se haría la liquidación anual de las mismas sin proceder a la consignación, porque de hacerlo ello conllevaría la imposibilidad de retomar posteriormente el sistema de retroactividad acordado convencionalmente; situación ésta que dicho sea de paso, explica porque tampoco resulta procedente condenar a la entidad accionada a reconocer la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Por tales motivos, no hay lugar a condenar al Instituto de Seguros Sociales a que reconozca y pague las indemnizaciones solicitadas, lo que hace forzosa la confirmación de este punto de la sentencia de primer grado.

**5.10. Pensión sanción**

 De acuerdo con lo expuesto en el libelo introductor de la demanda, el argumento para reclamar la pensión sanción a cargo del extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (liquidado) discurre alrededor de los siguientes tres (3) puntos:

1. La actora prestó servicios personales y subordinados a la entidad demandada por más de diecisiete (17) años.
2. Durante ese lapso la entidad demandada omitió vincularla al Sistema General de Pensiones.
3. Por exigencia de su empleadora, la actora se vinculó al Sistema como trabajadora independiente, pagando de su propio peculio el valor de los aportes mensuales a la seguridad social.

 Bajo tales premisas, teniendo en cuenta que la existencia de una vinculación laboral es elemento del cual depende en principio, el carácter de la afiliación, pues constituye una garantía que tiene por objeto impedir la evasión de obligaciones derivadas de la misma relación laboral, la omisión de la vinculación en este caso acarrea al empleador la carga de asumir la pensión sanción prevista en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, “*pues la falta de inscripción en el sistema de quien ya está afiliado frustra la realización de los efectos jurídicos de la afiliación y, por esa razón, es forzoso concluir que ante tal omisión se presentan las mismas consecuencias jurídicas previstas en la Ley para cuando la afiliación no se ha dado*.

 Pues bien, demarcado el conflicto jurídico en esos puntos, no encuentra la Sala que el Juzgado incurriera en el quebranto normativo que se le atribuye, porque, como lo ha explicado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia en casos análogos al presente, entre ellos el estudiado precisamente en la sentencia a la que apela el censor, la afiliación a la seguridad social exceptúa la aplicación del artículo 133 de la Ley 100 de 1993, toda vez que en este precepto se prevé la llamada pensión sanción para los trabajadores despedidos sin justa causa con más de 15 años de servicios, siempre que no hayan estado afiliados a la seguridad social, que no es el caso de la accionante, dada su pertenencia al sistema de pensiones, por razón de su vinculación a COLPENSIONES (antiguo ISS), que sin duda forma parte de ese sistema, creado por la Ley 100 de 1993.

 El artículo 133 de la ley 100 de 1993 está orientado a reconocer la pensión de manera exclusiva a los trabajadores antiguos que sean despedidos sin justa causa y que se encuentren en imposibilidad de obtener el cubrimiento del riesgo de vejez, condición esa que no se da cuando el trabajador oficial habiendo estado afiliado a cualquier AFP, queda amparado por el Sistema General de Seguridad Social previsto en la ley 100 de 1993.

 Ha sido enfática la jurisprudencia al explicar que el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 se aplica para todos los despidos que se hayan producido después de su vigencia y ello debe entenderse independientemente del tiempo de servicios que para la fecha en que entró a regir tuviera el trabajador despedido. En esencia, lo que inspiró la regulación dispuesta por la Ley 50 de 1990, reiterada por la Ley 100 de 1993, fue evitar que un trabajador viera frustrado el derecho a la prestación por vejez por el hecho de su despido sin justa causa y, por ello, se partió del supuesto en esa normatividad que ese derecho no se afectaba si el trabajador se encontraba afiliado a la Seguridad Social en pensiones.

 Esta norma tiene como fin primordial impedir que ante un despido sin justa causa se trunque el derecho a la pensión de vejez del trabajador, imponiéndole al empleador que lo despida abusivamente la pensión proporcional al tiempo de servicios superior a 10 años. Pero en el artículo 133 denunciado el legislador consideró que esa especial garantía de estabilidad sólo debía darse a los trabajadores que no hubiesen sido afiliados al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, porque juzgó que los afiliados estarían en condiciones de acceder a la pensión.

 Ahora bien, resulta necesario tener presente que en el caso de los afiliados obligatorios al Sistema, es decir, los trabajadores dependientes, el pago de la cotización se distribuye entre el empleador y el afiliado en la forma señalada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, tomando como base para ello el salario mensual, mientras que para el caso de los voluntarios (trabajadores independientes) el monto total de la cotización le corresponde al afiliado, tomando como base los ingresos declarados.

 En ese orden de ideas, siempre que se trate de un afiliado voluntario, cuando este demuestre que cotizó al Sistema pensional como independiente, mientras concomitantemente trabajaba bajo las órdenes de un empleador que omitió vincularlo al Sistema -es decir, que cotizó como independiente siendo un verdadero trabajador-, tendrá derecho al reembolso del porcentaje del aporte pensional mensual que le correspondía pagar al empleador, siempre que estos aportes los hubiere sufragado con cargo a sus honorarios o la remuneración pactada; pero ello en modo alguno puede derivar, además, en el pago de la pensión sanción, pues no se puede desconocerse que dichas cotizaciones guardan relación directa con la actividad económica desarrollada por la afiliada, independientemente de que su vinculación al Sistema no haya sido a través de quien fungía como su verdadero empleador.

**5.11. PAGO DE LA CONDENA IMPUESTA AL EXTINTO INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**

Como ya lo había adelantado la ponente en el auto del 30 de agosto de 2016, por medio del cual se ordenó la vinculación al proceso del MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL, la demanda ordinaria que dio inicio al presente proceso fue presentada con posterioridad a la finalización del trámite concursal de liquidación del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, como bien advirtió en su oportunidad la fiduciaria demandada que tiene a su cargo la administración del patrimonio autónomo de remanentes del extinto ISS.

Ello así, de cara al artículo 19 del Decreto 2013 de 2013, modificado por el artículo 3º del Decreto 652 de 2014[[1]](#footnote-1), que previene claramente que cuando “*los recursos de la Entidad en Liquidación no sean suficientes, la Nación atenderá́ sus obligaciones con cargo* a *los recursos del Presupuesto General de la Nación,* en concordancia con el artículo 32 del Decreto 254 de 2000[[2]](#footnote-2) en virtud de cuyo texto se prefijan las reglas acerca del pago de obligaciones a cargo de entidades públicas en proceso de liquidación, se impone en el presente asunto la necesidad de extender la condena a LA NACIÓN -MINISTERIO DE PROTECCIÓN SOCIAL- con la advertencia de que solamente responderá por el cumplimiento de la misma, en el evento en que los recursos que administra la fiduciaria demandada, producto del remanente de la liquidación del ISS, resulten insuficientes para garantizar su pago*.*

Con la advertencia de que la obligación del citado ministerio emana del Decreto 542 de 2016, que en lo que interesa al proceso, señala, a la altura de su primer artículo: que Será competencia del Ministerio de Salud y Protección Social asumir el pago de las sentencias judiciales derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del Instituto de Seguros Sociales Liquidado.

Por último, no sobra anotar que la Corte Constitucional, tras analizar la exequibilidad del artículo 12 de la Ley 1105 de 2006, modificatorio del artículo 23 del Decreto-Ley 254 de 2000, advirtió, refiriéndose a los virtuales efectos del emplazamiento del liquidador a quienes tengan reclamaciones de cualquier índole contra la entidad pública en liquidación, *“que en caso de que el acreedor no formule reclamación, o la formule extemporáneamente, el liquidador debe efectuar una provisión para pagar los créditos que se encuentren debidamente comprobados en el proceso de liquidación y si finalmente no fuere posible el pago de un crédito determinado en el proceso de liquidación, el acreedor podrá hacerlo valer, inclusive judicialmente si fuere necesario, con posterioridad a aquel y mientras el derecho no prescriba, frente a la entidad que se subrogue en los derechos y las obligaciones de la entidad liquidada, la cual debe ser señalada en el acto que ordene la supresión o disolución y consiguiente liquidación de la entidad pública, conforme a lo dispuesto en los Arts. 2° del citado Decreto y 52 de la Ley 489 de 1998.*

Por lo anterior, es evidente que el hecho de que el proceso judicial se haya promovido con posterioridad a la finalización del trámite de liquidación de la empresa empleadora de la demandante, no impide la emisión de la presente condena, cuyo cumplimiento recae sobre la parte pasiva de la relación jurídico-procesal, conforme a las previsiones antes expuestas.

 Corolario de lo anterior, también este punto de la sentencia de primera instancia será confirmado.

 Sin costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente 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 **TERCERO** y **CUARTO, SEXTO** de la parte resolutiva de la sentencia de primer grado, los cuales quedarán así:

***TERCERO: CONDENAR*** *al* ***P.A.R. ISS –LIQUIDADO- FIDUAGRARIA S.A.***  *a pagar a favor de la señora* ***CARMENZA DIVA RIOS*** *las siguientes sumas de dinero:*

|  |  |
| --- | --- |
| **CONCEPTO**  | **VALOR** |
| Vacaciones | $2.442.944 |
| Prima de vacaciones | $3.069.559 |
| Prima de servicios | $3.323.033 |
| Cesantías | $14.590.293,83 |
| Interés a las cesantías | $535.696 |
| Indemnización por despido injusto | $28.231.303,14 |

 ***CUARTO: ORDENARLE*** *a la entidad demandada* ***P.A.R. ISS –LIQUIDADO- FIDUAGRARIA S.A.*** *que proceda a devolver por concepto de aportes a salud y a pensión a la señora* ***CARMENZA DIVA RIOS*** *los comprendidos entre el periodo de julio de 2010 y el 31 de marzo de 2013, en la promoción que como empleador le correspondía atender y que representa la suma de* ***$4.005.648***

 **SEGUNDO: REVOCAR** el numeral quinto (5º) de la parte resolutiva de la sentencia de 1º instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. En consecuencia, se absuelve a la demandada del pago de la sanción moratoria.

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

 **CUARTO: 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**.**

1. Artículo 3.- Modificase el artículo 19 del Decreto 2013 de 2012, el cual quedará así́: *"artículo* 19. *De la financiación de las acreencias laborales y de la liquidación. El pago de las indemnizaciones, acreencias laborales y gastos propios del proceso Liquidatorio, se hará́ con cargo* a *los recursos del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación. En caso en que los recursos de la Entidad en Liquidación no sean suficientes, la Nación atenderá́ estas obligaciones con cargo* a *los recursos del Presupuesto General de la Nación".*  [↑](#footnote-ref-1)
2. *En lo relativo al pago de las obligaciones, el Art. 32 del decreto citado prevé que la liquidación será progresiva y que en ella se tendrán en cuenta, entre otras, las siguientes reglas:****i)*** *Toda obligación a cargo de la entidad en liquidación deberá estar relacionada en un inventario de pasivos y debidamente comprobada (Num. 1);****ii)*** *En el pago de las obligaciones se observará la prelación de créditos establecida en las normas legales. Para el pago de las obligaciones laborales el liquidador deberá elaborar un plan de pagos, de acuerdo con las indemnizaciones a que hubiere lugar; este programa deberá ser aprobado por la Junta Liquidadora, cuando sea del caso (Num. 2);* ***iii)****Para el pago del pasivo se tendrá en cuenta la caducidad y la prescripción de las obligaciones, contenidas en las normas legales vigentes". (Num. 5).*

*El parágrafo de la misma disposición señala que en caso de que los recursos de la liquidación de un establecimiento público o de una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional no societaria sean insuficientes, las obligaciones laborales estarán a cargo de la Nación o de la entidad pública del orden nacional que se designe en el decreto que ordene la supresión y liquidación de la entidad. Para tal efecto se deberá tomar en cuenta la entidad que debía financiar la constitución de las reservas pensionales.* [↑](#footnote-ref-2)