



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA CIVIL – FAMILIA –LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
PROVIDENCIA: CONSULTA
RADICADO: 20001-31-05-001-2012-00445-01
DEMANDANTE: MARCELA ANDREA ZULETA MURGAS
DEMANDADA: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
EN LIQUIDACION

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, veintidós (22) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Una vez vencido el traslado para alegar de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 del 2020, procede la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, a resolver el grado jurisdiccional de consulta interpuesto contra la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2014, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, en el proceso ordinario laboral promovido por Marcela Andrea Zuleta Murgas en contra del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación.

ANTECEDENTES

La accionante Marcela Andrea Zuleta Murgas por intermedio de apoderado judicial pidió que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y la demandada, que se condene a reconocer y pagar a la actora las vacaciones, primas de vacaciones, prima de navidad, cesantías acumuladas, intereses de cesantías, primas de servicios de junio y diciembre, reajuste salariales, incremento adicional sobre salarios básicos por servicios prestados, sanción por no pago oportuno de las cesantías y demás obligaciones señaladas, la devolución del 10% de la retención de la fuente por contratos firmados, pago del cálculo actuarial por no afiliación al sistema de seguridad social de pensiones, y condenar a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho.

Relató para apoyar su pedido, que la actora fue trabajadora del Instituto de Seguros Sociales durante el periodo del 19 de mayo de 2008 hasta

el 19 de junio de 2012, con el cargo de abogada de la oficina jurídica, que laboraba con un horario de trabajo de lunes a viernes de 8 am a 12 pm y de 2 pm a 6 pm, que sus servicios fueron de forma personal, continua e ininterrumpida y que recibía una remuneración mensual por sus servicios prestados, que su último salario devengado fue de (\$1.842.345), y por todo el tiempo de vinculación se celebró una convención colectiva la cual la hace beneficiaria, que al instituto de seguros sociales se le hizo la reclamación administrativa el 27 de septiembre de 2012.

Reclamación que no fue respondida, y concluye diciendo que, durante el periodo de vigencia del contrato, la demandada actuó de mala fe al omitir el pago de las prestaciones sociales de carácter legal y de carácter convencional y pagos de la seguridad social basándose en que el contrato celebrado es de prestación de servicio y no un contrato de trabajo, para así evadir el pago de los derechos que le corresponde.

La demanda fue admitida por auto de fecha 13 de marzo del 2013; en el mismo proveído se dispuso notificar y correr traslado al instituto de seguros sociales ISS (folio 138), entidad que se notificó el 12 de junio del 2013. (Folio 138), y contesto la demanda el día 24 de junio de 2013 (folios 149-261) oponiéndose a todas las pretensiones y proponiendo excepciones que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y buena fe del ISS, genérica e innominada.

En la audiencia de trámite y juzgamiento se escucharon las declaraciones de los testigos Luz Estrella y Luz Dary, se practicó el interrogatorio y contrainterrogatorio por parte de los apoderados, cerrando así la etapa probatoria, se escucharon los alegatos de conclusión y se profirió la sentencia que hoy se revisa, mediante la cual la juez declaró que entre la accionada y la demandada existió un contrato de trabajo, condenó a la demandada a pagar el reajuste salarial, Incremento adicional sobre sueldo básico, Auxilio de cesantías, Prima de navidad, Prima de servicio, Vacaciones, Primas de vacaciones, Intereses de cesantías, que se condene a la demandada a pagar la sanción consagrada en el decreto 797 de 1949 a razón de \$63.780 diarios, que se ordene a Colpensiones a realizar el cálculo actuarial que

corresponde al periodo laboral de igual manera condenar al instituto seguros social a pagar el cálculo realizado por haber omitido efectuar las cotizaciones conforme a las vinculación laboral, absolvió a la demandada de las demás pretensiones, declarar probada parcialmente la excepción de prescripción, condenar en costa a la demandada y agencia en derecho la suma de \$11.465.761.

Para decidir así, adujo la sentenciadora de primer nivel que la actora celebró un contrato de trabajo con la demandada, por cumplir con los 3 elementos que lo conforman los cuales se fundamentan en la realización de la actividad personal del trabajador, recibir salario como retribución del servicio, y por ultimo subordinación o dependencia; que la demandante goza de derechos legales y convencionales por haber sido trabajadora oficial del instituto de seguridad social ISS y encontrándose afiliada a la convención colectiva en su transcurso laboral, en consecuencia se condenó a la demandada a pagar así el reajuste salarial desde el 21 de septiembre del 2009 a 30 de junio del 2012, por estar afectado el tiempo anterior por la prescripción debiendo pagar por ese concepto la suma de \$902.984, con base a estos beneficios se le reconoció el auxilio de cesantías y los intereses de la misma liquidadas con base en los siguientes factores: de asignación básica prima de vacaciones, horas extras, recargos nocturnos, dominicales y festivos auxilio de alimentación y transporte y viatico; con base en la norma convencional y el salario que devengaba anualmente la trabajadora y los factores señalados en la cesantías asciende por todo el tiempo de servicio prestado en \$8.488.582 y los intereses de cesantías por el periodo no afectado por prescripción las sumas de \$601.053; que de acuerdo al artículo 50 de la convención colectiva los trabajadores oficiales tienen derecho a dos primas de servicios las cuales consideró así: *“cada una de ellas equivalentes a 15 días de salarios, pagaderas así, 15 días de salarios en el mes de junio y 15 días en el mes de diciembre, parágrafo 1 para su liquidación se tendrá en cuenta el salario básico mensual dominical y festivo trabajo suplementar, horas extras, remplazos siempre y cuando haya percibido el salario del titular del cargo que remplace, auxilio de transporte y primas de vacaciones; parágrafo 2 tendrán derechos los trabajadores oficiales que hayan laborado durante*

todo el semestre a una suma proporcional al tiempo trabajado sea este por lo menos la mitad del semestre; con fundamento en esta norma convencional se reconoce la prima del servicio del periodo del 21 de septiembre del 2009 al 30 de junio del 2012 por valor de 4.974.503.”en lo que respecta a las vacaciones se refirió la juez , “en la convención colectiva se estableció que para acceder a ese mismo derecho se necesitaba tener por lo menos 5 años de servicio, por lo tanto se aplica la norma legal, como la trabajadora no percibió ninguno de estos monumentos le corresponde por todo el periodo laborado desde el 21 de septiembre del 2008 y el 30 de junio del 2012 la suma de \$3.938.443 por cada uno de ellos, es decir por prima de servicio de vacaciones y por vacaciones cada uno.”

Ahora bien, consideró que la convención no consagra, la prima de navidad por lo tanto reconoció la que consagra el decreto ley 3135 de 68 la cual equivale a un mes de sueldo, y además a pagar a la actora el cálculo actuarial, ya que encontró demostrada la existencia del contrato; pero no la copia del pago a la seguridad social a cargo de la parte demandada, por ello indicó que el cálculo actuarial lo determinaría Colpensiones; condenó a la demandada a pagar la sanción moratoria de la que se refiere el decreto ley 797 de 1949 en su artículo1, desde el primero de diciembre de 2012 hasta cuando pague el crédito social, despachó desfavorablemente la pretensión referida sobre la devolución del 10% de la retención de la fuente por no tener fundamentos facticos ni jurídicos, y concluyó declarando parcialmente probada la excepción de prescripción, y despachada la de inexistencia de la obligación.

Cumplidos los presupuestos procesales para el agotamiento del grado jurisdiccional de consulta y dado que no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a resolver previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con el numeral 3 del literal b), del artículo 15 del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, la Sala es

competente para desatar el grado de consulta en los casos previstos en dicho Código, así que agotado el trámite de la instancia y reunidos los presupuestos de demanda en forma, capacidad para ser parte y para obrar en el proceso, a lo cual se suma que no se aprecian causales de nulidad que vicien lo actuado, procede decidir de fondo, como quiera que la sentencia de primer grado, totalmente desfavorable para los intereses de seguros sociales ISS en liquidación, no fue apelada por lo que se dispuso este grado jurisdiccional.

2. Antes de entrar al análisis jurídico del asunto, es conveniente dejar establecidos los presupuestos facticos que interesan al proceso y que se encuentran fuera de discusión porque así lo convinieron las partes o por que las pruebas incorporadas al expediente permiten concluirlo sin hesitación alguna; ellos son:

A) Que la actora MARCELA ANDREA ZULETA MURGAS, el 19 de mayo de 2008 inició la prestación de sus servicios al instituto de los seguros sociales, y terminó su labor en dicha entidad el día 19 de junio de 2012, así se desprende de la copia de los contratos celebrados anexados como prueba de la demandante.

B) Que la actora Marcela Andrea Zuleta Murgas, celebró con el ISS los siguientes contratos de prestación de servicios: 1)5000003910, 2)5000006590, 3)6000100812, 4)5000011332, 5)5000013332, 6)5000013332, 7)5000015615, 8)5000015615, 9)5000018576, 10)5000020141, 11)5000022693, 12)5000025879, (Folios 10 a 38) del plenario.

C) Que la actora Marcela Andrea Zuleta Murgas hizo la reclamación administrativa el día 27 de septiembre de 2012 al instituto de los seguros sociales. (Folio 110 a 115) del plenario.

D) Que entre el sindicato de trabajadores de la seguridad social “Sintra seguridad social” y el ISS se celebró una convención colectiva de trabajo, (folio 39 a 109).

Abordando lo que es materia de consulta y vistos los términos del conflicto, el problema jurídico que debe resolver la Sala se contrae a determinar: i) si le asiste razón a la juez de primera instancia en declarar la existencia de un contrato de trabajo, ii) verificar si tiene derecho la actora a sus prestaciones sociales y si le es aplicable los beneficios consagrados en la convención colectiva, analizar si en caso de conceder los emolumentos laborales estos estén prescritos; iii) si le es aplicable el cálculo actuarial, iv) analizar lo concerniente con las sanciones moratorias por no pago de las prestaciones y la sanción moratoria por no consignación de las cesantías, y v) se concluirá verificando si la demandante tiene derecho a la devolución de 10% de la retención en la fuente.

2.1 Ahora, para abordar el análisis del primer problema jurídico que es definir si existió un contrato de trabajo, es pertinente indicar que el Decreto 2127 de 1945 particularmente los artículos 2, 3 y 20 que indican como elementos constitutivos del contrato de trabajo los siguientes:

“ARTICULO 2o. En consecuencia, para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos:

- a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;
- b) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional,
- c) El salario como retribución del servicio.”

Teniendo como base los tres elementos que conforman el contrato de trabajo, entrará el despacho a analizar si fue acorde la sentenciadora de primera instancia al declarar la existencia de un contrato de trabajo y no de prestación de servicio.

En cuanto al primer elemento “la actividad personal del trabajador” se pudo verificar que la demandante desempeñaba unas funciones propias de su cargo como lo es, visitar a los distintos despachos judiciales civiles, laborales, y administrativos a efecto de establecer los remanentes existentes a favor de su empleadora, atender derechos de petición, tutelas y desacatos, por ser ella abogada interna de la empresa, cumplir oportunamente con los informes de tutelas por resolver y visitar los despachos judiciales, consignar dichos remanentes en las cuentas respectivas, elaborar resoluciones en otros asuntos y otros actos administrativos que exige expedir la gerencia seccional para la buena marcha de la institución, manejar el programa GESTU, etc. como lo consagra la cláusulas de los contratos celebrados (folio 10 a 38) del plenario, funciones que se requieren que sean desempeñadas personalmente por la persona idónea la cual era la demandante en su cargo de abogada.

Por otro lado, y complementando el caso de la litis, fueron escuchados las declaraciones de las testigos Luz Estrella y Luz Dary quienes fueron compañeras de trabajo de la actora y las personas con mayor conocimiento acerca de la forma de contratación del Instituto de los seguros sociales ISS, quienes en sus declaraciones afirman que la actora realizaba sus deberes laborales de manera personal, donde se puede apreciar en el audio de la audiencia.; la pregunta hecha por la juez:

“Juez: durante el tiempo que usted a partir del ingreso de haber sido reintegrada a su trabajo que ya empezó hacer compañera directa de marcela durante el tiempo ese ósea a partir del 19 de agosto del 2008 y hasta que usted, hasta que ella termino su relación usted vio que en algún momento ella dejara de trabajar para el instituto de los seguros en alguna época ella dejo de asistir con su labores.”

La cual la testigo responde:

“Luz estela: no ella tenía su contrato. Ella siempre asistió a su trabajo en su horario de lunes a viernes.”

De la misma manera la declaración de la testigo Luz Dary donde el apoderado de la parte demandada le pregunta:

“Apoderado demandada: siendo que usted permanece en la oficina y ella salía a visitar a los juzgados para cobrar remanentes y mirar las demás actuaciones en los procesos como le consta de que si estaba de 12 de 8 a 12 y de 2 a 6 si usted estaba en la oficina y ella por fuera de la oficina.

Luz Dary: bueno de 8 a 12 y e 2 a 6 cuando salió a los juzgados llegaba pues con las pruebas de las visitas de los juzgados, que eran las consignaciones las cosas que iba hacer ella.

Apoderado demandada: señora Luz Dary julio, siendo que usted era la secretaria en la oficina como le costa que ella llevaba esas pruebas?

Luz Dary: pues las mayorías de las cosas se las hacía yo hay yo era la que enviaba a Bogotá hacia los paquetes y siempre nos dábamos cuenta de que ella llegaba con esos documentos.”

Declaraciones estas que no fueron tachadas por la demandada, y las cuales a consideración del juzgado “se le reconoció valor probatorio de acuerdo a la regla de la sana critica por cuanto se trata de personas que conocieron directamente los sucesos que relataron y no se evidencio en ellas interés que viciara su declaración”.

Por este motivo considera esta instancia que la demandante si cumplió con el primer elemento del contrato de trabajo.

Ahora bien, el segundo elemento que consagra la norma no es más que la subordinación o dependencia, es importante precisar que el trabajador que es dependiente o subordinado no es autónomo en cuanto a su libre disposición de tiempo, es decir, cumple un horario de trabajo, está sometido a un reglamento, recibir órdenes y rendir informes de su cumplimiento, así mismo dispone de los instrumentos, implementos y herramientas de trabajo del empleador; tomando en consideración lo

anterior, se constata que la demandante no gozaba de autonomía en su vinculación laboral, en la medida a que las herramientas e instrumentos de trabajos como oficina, impresora, escritorio, computador, archivos, etc., eran exclusivos del empleador.

Además cumplía un horario de trabajo, afirmaciones estás hecha por las testigos, a sabiendas de que las funciones realizadas por la demandante tenían que ser por fuera de la empresa porque así su funciones lo requerían, no implica que no tenía que cumplir un horario de trabajo de 8AM a 12PM y de 2PM a 6PM, las cuales le eran exigibles a la hora de laborar a cada uno de los trabajadores, del igual modo recibía órdenes e instrucciones de Sandra Rodríguez quien era jefe inmediata de la empresa y del gerente en el momento, hecho este afirmado por las testigos, y sin ser objetado por la parte demandada, lo que indicaría que la actora era una trabajadora dependiente y subordinada.

En cuanto al último elemento “*salario como retribución del servicio*” se evidencia a (folio 10 a 38) del plenario los distintos contratos de prestación de servicio celebrados entre la demandante y la demandada, donde se estipula el valor y la forma de pago, encontrando que la trabajadora recibía una remuneración mensual por sus servicios prestados, como quiera que al momento de celebrar el contrato se llamase prestación de servicio, está claro que el pago mensual de sus servicios no es más que el salario que le correspondía en derecho de su contrato de trabajo.; habiéndose configurado que dicho contrato de trabajo no era de prestación de servicio no se puede calificar el valor remunerado de este como el pago de honorarios, si no el pago de su salario.

Por lo anteriormente expuesto, es menester advertir que la demandante MARCELA ANDREA ZULETA MURGAS, habiendo prestado sus servicios personales a favor de la demandada en actividades propias de su objeto social, dependientes, subordinadas; que teniendo en cuenta que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES es una empresa industrial y comercial del Estado (Decreto 2148 de 1992), y debido a la clase de servicios prestados por la demandante a la misma, se infiere que tiene

la calidad de Trabajadora Oficial cuya vinculación debe predicarse mediante contrato de trabajo por lo que considera esta sala que tuvo razón la sentenciadora de primer nivel al declarar que hubo un contrato de trabajo entre Marcela Andrea Zuleta Murgas y el instituto de seguridad social ISS.

Es menester aclarar dicha calidad de trabajadora oficial, puesto que así lo determinado la Corte Constitucional quien mediante sentencia C-579 de 1996 declaró la inexecutable del parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 junto con el inciso segundo del artículo 3º del Decreto 1651 de 1977, señalando que los trabajadores del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES dada su naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Estado tenían por regla general la calidad de trabajadores oficiales con todos los derechos inherentes a dicha clase de servidores públicos, siendo excepcional aquellos que desempeñaren cargos de dirección y confianza –definida en los estatutos de la empresa - a quienes se catalogan como empleados públicos.

2.2 Una vez aclarado y establecido el punto anterior, entrara el despacho a verificar el alcance de los derechos laborales exigidos por la demandante durante la vigencia del contrato y así mismo si es beneficiaria de la convención colectiva celebrada así entre SINTRASEGURIDADSOCIAL como sindicato mayoritario.

Pero para entrar a estudiar la norma que rige la reclamación de los derechos laborales, y si la actora es beneficiaria de la convención colectiva, el despacho atenderá lo referente con la prescripción; por lo que dice el artículo 151 del código procesal del trabajo y de la seguridad social

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION: Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.”

De lo referido anteriormente, la juez de primer grado consideró, que a la fecha de la terminación del contrato de trabajo que fue el 19 de junio de 2012 y agotado la reclamación administrativa el 27 de septiembre de la misma anualidad, junto con la presentación de la demanda el 5 de diciembre de 2012, concluyó que la demandante al momento de la presentación de la reclamación administrativa interrumpió el termino de prescripción, por lo que quedaron fulminadas con el fenómeno prescriptivo todas las acreencias laborales anteriores al 18 de mayo de 2008, a excepción de las vacaciones, compensación en la prima de vacaciones que por tener una prescripción de 4 años.

Conviene aclarar que aunque surge 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.

En concordancia con la jurisprudencia enunciada considera esta Corporación, que le asiste la razón a la a quo en lo que referente a declarar probada parcialmente la excepción de prescripción parcialmente respecto a las acreencias laborales causadas con anterioridad al 27 de septiembre del 2009, excepto de aquellas que se relacionan con vacaciones, por tener una prescripción de 4 años.

Por lo expuesto así, procede la sala a determinar los valores por cada prestación social a la que la demandante tiene derecho, si estos se ajustan a derecho con las sumas proferidas por el juzgado de primer

grado, y si hizo bien el juzgador al conceder dichos derechos bajo los parámetros de la convención colectiva, es por ello que se entrara a pronunciarse sobre 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 40 y siguientes del expediente, 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.

Por consiguiente, para entender un poco la manera como el juzgado calcula los valores de estas prestaciones sociales bajo los parámetros de la convención colectiva, el despacho organizó los diferentes contratos de trabajos celebrados entre las partes de la siguiente manera:

No. CONTRATO	EXTREMO INICIAL	EXTREMO FINAL
PRIMER CONTRATO	19/05/2008	02/10/2008
SEGUNDO CONTRATO CON SUS RESPECTIVOS OTRO SI	01/11/2008	14/11/2008
	18/11/2008	01/03/2009
	02/03/2009	31/05/2009
	01/06/2009	31/08/2009
	01/09/2009	15/10/2009
	16/10/2009	30/04/2010
	01/05/2010	30/06/2010
	01/07/2010	30/11/2010
	01/12/2010	31/03/2011
	01/04/2011	31/10/2011
	01/11/2011	19/06/2012

Como se observa en la anterior tabla, durante la relación laboral que se celebró entre la demandante y la demandada, hubo un lapso de tiempo donde se interrumpió el vínculo laboral, esto es, entre el que finalizó el

02 octubre de 2008 y el que inició el 01 de noviembre del mismo año, con un lapso de tiempo de (29 días); es decir que existieron 2 contratos de trabajo; esto, sobre el asunto de la continuidad en la prestación del servicio, es así como la Sala de casación laboral en sentencia *CSJ SL4816-2015*, dijo:

“[...] esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos.”

Es por ello que se declarará la existencia de dos (2) contratos de trabajo, en cuanto al primero de fecha 19 de mayo del 2008 al 02 de octubre del mismo año, se encuentra prescripto en lo que tiene que ver a las prestaciones sociales, ya que esta es la posición tomada por la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia *SL2169-2019* en su Sala de Casación Laboral como Honorable Magistrado Ponente la Dr. Clara Cecilia Dueñas Quevedo al considerar:

“Así, como quiera que la relación laboral con el actor culminó el 10 de mayo de 2010, y este presentó la demanda el 13 de diciembre de 2010 – notificada el 19 de enero de 2011–, los exigibles con anterioridad a 13 de diciembre de 2007 se encuentran prescritos.”

Ahora, en lo referente del segundo contrato se concederá las cesantías, intereses sobre las cesantías, vacaciones, reajuste salarial y primas de servicio convencional, causadas a partir del 27 de septiembre de 2009.

Teniendo claro que la actora si goza del beneficio de la convención colectiva y por lo cual le son reconocidos sus derechos laborales bajo los parámetros que se encuentran allí consagrados, procede el despacho hacer su respectivo cálculo.

REAJUSTE SALARIAL

En cuanto al reajuste salarial, petición hecha por la demandante, observa esta sala, que no le fue incluido el respectivo reajuste salarial en algunos contratos celebrados por la actora, lo que conllevaría en primera medida realizar el respectivo reajuste con base en lo estipulado por la convención colectiva en su artículo 39, que establece que los salarios se aumentarían de acuerdo a la variación de índice de precio de consumidor expedido por el DANE,

Así las cosas, procede el despacho hacer el respectivo reajuste salarial, conforme en la norma anteriormente mencionada.

EXTREMO FINAL	SALARIO	IPC	SALARIO REAJUSTADO
01/03/2009	\$1.626.008	2%	\$1.750.723 (prescrito)
31/05/2009	\$1750.723	2%	(prescrito)
31/08/2009	\$1.750.723	2%	(prescrito)
15/10/2009	\$ 1.750.723	2%	
30/04/2010	\$ 1.750.723	3,17%	\$ 1.785.737
30/06/2010	\$ 1.750.723	3,17%	\$ 1.785.737
30/11/2010	\$ 1.785.737	3,17%	
31/03/2011	\$ 1.785.737	3,73%	\$ 1.842.345
31/10/2011	\$ 1.842.345	3,73%	
01/07/2012	\$ 1.842.345		\$ 1.911.064

Como se puede apreciar en la tabla, para los contratos de fecha, 30/04/2010, 30/06/2010, 31/03/2011, 01/07/2012, no le fueron aplicable el reajuste salarial equivalente al IPC nacional, es por ello que el despacho calcula el valor total adeudado por la demandada, con base en los contratos en que le hicieron falta su respectivo reajuste, de la siguiente manera:

2009	SALARIO DEVENGADO	SALARIO INCREMENTADO	DIFERENCIA	DIAS LABORADOS	TOTAL ADEUDADO
01/01/2009 HASTA EL 01/03/2009	\$1.626.008	\$1.750.723	\$124.715	61	PRESCRITO
01/01/2010 HASTA EL 30/04/2010	\$1.750.723	\$1.785.737	\$35.014	180	\$210.084
01/01/2011 HASTA EL 31/03/2011	\$1.785.737	\$1.842.345	\$56.608	90	\$169.824
01/01/2012 HASTA EL 19/06/2012	\$1.842.345	\$1.911.064	\$68.719	169	\$387.117
TOTAL					\$767.025

Siguiendo entonces con el caso en mención y demostrados los valores adeudados por la demandada se condenará a la misma a pagar la suma adeudada de **\$767.025**, valor este que resulta de la diferencia entre el salario devengado y el salario que debía cancelarse luego de aplicar el aumento anual del IPC, multiplicado por los días respectivamente laborados.

De acuerdo al cálculo efectuado por la Corporación, se concederá el pago de lo adeudado a partir del 27 de septiembre de 2009, en atención a que los causados con anterioridad a esa fecha se encuentran afectados por la prescripción.

Se observa que los valores aquí hallados difieren de los calculados por el juzgado de primera instancia, por lo que se modificará la sentencia en ese sentido.

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, y la doceava de la prima de vacaciones y de servicios legal o extralegal, de las horas extras, de los recargos nocturnos, dominicales y feriados, del auxilio de alimentación, transporte y viáticos.

2009	
asignación básica	\$ 1.750.723
1/2 primera prima	27/sept./2009 por prescripción
1/2 segunda prima	\$ 72.947
factor salarial	\$ 1.823.670
Cesantías	\$ 471.115
intereses cesantías	\$ 56.534

2010	
asignación básica	\$ 1.785.737
1/2 primer prima	\$ 74.406
1/2 segunda prima	\$ 74.406
factor salarial	\$ 1.934.548
Cesantías	\$ 1.934.548
intereses cesantías	\$ 232.146

2011	
asignación básica	\$ 1.842.345
1/2 primera prima	\$ 76.764
1/2 segunda prima	\$ 76.764
factor salarial	\$ 1.995.874
Cesantías	\$ 1.995.874
intereses cesantías	\$ 239.505

2012	
asignación básica	\$ 1.911.064
1/2 primera prima	\$ 74.762
factor salarial	\$ 1.985.826
Cesantías	\$ 932.235
intereses cesantías	\$ 111.868

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 **\$6´218.284**, cifra que es inferior con la determinada en sede de primer grado, por lo que será modificada.

Con respecto a los intereses a las cesantías, desde la fecha del 27 de septiembre de 2009 hasta el 19 de junio de 2012, ascienden a la suma de **\$746.194**, suma que resulta ser superior a la liquidada en sede de primer grado por lo que habrá de modificarse este punto de la sentencia.

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 1º 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.”

De acuerdo a lo transliterado, 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, y en consecuencia se revocará en ese sentido la decisión adoptada por primera instancia.

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.

Vacaciones			
año	asignación básica	días laborados	Valor
2008	\$ 1.626.008,00	0	prescripto
2009	\$ 1.750.723,00	93	\$ 226.135,05
2010	\$ 1.785.737,00	360	\$ 892.868,50
2011	\$ 1.842.345,00	360	\$ 921.172,50
2012	\$ 1.911.064,00	169	\$ 448.569,19
total			\$ 2.488.745,24

De acuerdo a los cálculos realizados en esta instancia, la demandante tendría derecho al pago de la suma de **\$2.488.745.24** 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 del juzgado de primer grado, que reconoció por este concepto la suma de **\$3.938.433**, en sede de consulta será modificado este punto de la sentencia.

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 trabajado la actora un periodo de 4 años y 1 mes, tiempo en que finalizó la relación laboral de 19 de junio del 2012, se constata que no alcanza la actora el tiempo mínimo que el consagrado artículo recita, por este motivo no tiene derecho a los beneficios que cita dicho artículo; sin embargo la juez de primera instancia reconoció una suma de \$3.938.443, con fundamento en el decreto 1045 del 78, bajo los articulo 21 y 25,los cuales han sido

derogada por la ley 995 de 2005; por este motivo se revocará el monto concedido por primas de vacaciones, al considerarse que dicha norma que expuso como fundamento no le es legalmente aplicable en el caso actual, por este motivo no será concedida esta pretensión.

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 **\$5.400.582** suma que resulta ser superior a la liquidada en sede de primer grado (\$4.974.503), por lo que este punto de la condena se modificará.

prima de servicios			
Año	asignación básica	días laborados	valor
1er prima 2009	\$ 1.750.723	180	prescrita
2a prima 2009	\$ 1.750.723	180	\$ 875.362
1er prima 2010	\$ 1.785.737	180	\$ 892.869
2a prima 2010	\$ 1.785.737	180	\$ 892.869
1er prima 2011	\$ 1.842.345	180	\$ 921.173
2a prima 2011	\$ 1.842.345	180	\$ 921.173
1er prima 2012	\$ 1.911.064	169	\$ 897.138
total			\$ 5.400.582

INCREMENTO ADICIONAL SALARIAL

El artículo 40 de la convención colectiva consagra el incremento adicional sobre los salarios básicos por servicios prestados de 1 a menos de 3 años 6.00% (para actuales) de 3 a menos de 5 años 6.50% (para actuales) de 5 a menos de 10 años 8.00%, de 10 a menos de 15 años 9.00%, de 15 a menos de 20 años 10.00%, de 20 a menos de 25 años 11.00%, más de 25 años 12.00%, para lo cual el tiempo trabajado de la actora del 19 de mayo del 2008 y finalizado el 19 de junio del 2012, es

decir que laboró 4 años y 1 mes, tiempo que se ajustaría al 6.50% (para actuales), sin embargo este tiempo que se estipuló señala claramente que abarca a los trabajadores que a la fecha de entrar a regir esta convención estaban vinculados y/o laborando para el ISS, y a sabiendas de que la actora entro a laborar para la entidad desde el año 2008, no se encontraba laborando en la fecha en que se celebró dicha convención colectiva, esta es para el 03 de diciembre del 2001 como obra en su (folio 109 del plenario); por este motivo no se concederá el incremento adicional salarial, decisión que difiere con la optada por la primera instancia, siendo así que se revocará este punto de la sentencia.

SANCIÓN MORATORIA

Dentro de la demanda, en sus pretensiones se pide que se declare la sanción moratoria con base al decreto 797 de 1949, el cual estipula que no se dará por terminado el contrato de trabajo, cuando el trabajador a los 5 días siguientes de haber terminado su contratación no se hiciera el examen médico correspondiente para lo de su egreso, a menos que este lo evite o elude, siempre y cuando el empleador haya ordenado su recibo para demostrarlo; así mismo indica que una vez terminado el contrato de trabajo el empleador tiene 90 días para cancelar las prestaciones sociales, liquidación e indemnización, si no lo hace, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia.

Dado que la relación laboral celebrada entre la actora y el ISS, se realizó sobre contratos de prestación de servicios, no hubo pago de las prestaciones sociales y demás derechos que consagra la norma por parte de la demandada, incluso habiendo la actora presentado la respectiva reclamación administrativa el 27 de septiembre de 2012, resultando esta de forma negativa para ella.

Tomando como base lo anterior, se le concederá dicha pretensión consagrada en el mencionado decreto 797 de 49, asinténdole razón a la juez de primera, al ordenar el pago de un día de salario por cada día de mora, arrojando un valor de **\$63.780**, dicha sanción será reconocida a partir del 20 de septiembre de 2012, fecha para la cual se encontraba

vencidos los 90 días con los que contaba la demandada para reconocer las prestaciones; ahora, respecto a la fecha hasta la que corre dicha condena, de acuerdo a lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral a través de sentencia SL194 de 2019 con Ponencia de la Honorable Magistrada Clara Cecilia Dueñas, la sanción moratoria no podrá ir más allá de la extinción de la persona jurídica del Instituto de Seguros Sociales, esto es, hasta el 31 de marzo de 2015, de acuerdo al artículo 8º del Decreto 553 de 2015, publicado en el Diario Oficial del 17 de marzo de 2015; y a partir de esa fecha será indexada a la calenda en que se efectúe el pago de esta sanción moratoria.

sanción moratoria	
ultima asignación básica	\$ 1.911.064,00
valor salario diario	\$ 63.702,13
días de mora	910
total	\$ 57.968.941,33

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍAS

De otro lado, frente a la pretensión sobre la sanción por no consignación del auxilio de cesantías en el fondo, esta sala despachará su petición desfavorablemente toda vez que dicha sanción se encuentra consagrada en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 que es aplicable a los trabajadores particulares, categoría que no corresponde a la señora Marcela Andrea Zuleta, sin embargo con la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, se hizo extensivo para los servidores el sistema de liquidación anualizada del auxilio de cesantías que consagra la ley 50 de 1990, desmontando la retroactividad de las cesantías para las personas que se encontraban vinculadas a los órganos y entidades del Estado, la mencionada ley fue reglamentada por el Decreto 1582 de 1998 el cual dispuso:

“Artículo 1º.– El régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5º y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998 (...).”.

De lo anterior se desprende entonces que el régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial, que se hayan vinculado a partir de diciembre de 1.996 y afiliado a fondos privados de cesantías, sería el previsto por los artículos 99, 102, 104 y demás concordantes de la Ley 50 de 1.990, y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1.998

Visto lo anterior, corresponde ahora precisar la situación del presente caso, la señora Marcela Andrea Zuleta, se vinculó al instituto de seguros sociales ISS, en el cargo de abogada de la oficina jurídica para el año 2008, hasta ahí podríamos inferir que el régimen aplicable sería el contemplado por la Ley 50 del 90, no obstante, la demandante no se encontraba afiliada a ningún fondo privado ni al Fondo Nacional del Ahorro.

La Corte Suprema de Justicia, en su sala de casación laboral sentencia SL 3482-2019 del 31 de julio del año en curso, con ponencia de la Dra. Jimena Godoy se pronunció frente a los regímenes de liquidación y administración de cesantías dando luces para resolver el caso que nos atañe de la siguiente manera:

“...Conforme a lo expuesto, la Sala encuentra que, para los trabajadores del sector público territorial existen tres regímenes de liquidación y administración del auxilio de cesantía, así: (i) liquidación retroactiva; (ii) liquidación anual y definitiva, administrado de conformidad con lo previsto

en los artículos 99, 102, 104 de la Ley 50 de 1990 y demás normas concordantes y, (iii) de los afiliados al Fondo Nacional del Ahorro.

Para empezar, debe advertirse que, el Decreto 1582 de 1998 produce efectos solo a partir de su publicación – 10 de agosto de 1998 – y, diferencia de lo que ocurrió con los trabajadores del sector privado, para quienes la Ley 50 de 1990 prescribió su aplicación obligatoria e inmediata solo para los trabajadores contratados a partir de del 1 de enero de 1991, y para los vinculados antes, la alternativa de acogerse a ese nuevo método de liquidación, de los tres regímenes de liquidación y administración aludidos en precedencia, aplicables a los servidores públicos de orden territorial, entre ellos los trabajadores oficiales, como el demandante, los dos últimos son de libre elección del funcionario, es decir, requieren de la manifestación expresa de voluntad y, consecuente afiliación a una u otra entidad, sea una Administradora de Fondos de Cesantía Privada o el Fondo Nacional del Ahorro...” negrillas y subrayado fuera de texto

Siguiendo las normas enunciadas (ley 50 de 1990, Ley 344 de 1996 y D.R. 1582 de 1998) y lo rescatado de la sentencia, se deduce que para efectos de la liquidación de las cesantías en la forma allí prevista y con las consecuencias allí señaladas se han de reunir los siguientes requisitos:

- a) El empleado ha debido vincularse a partir del 31 de diciembre de 1996, y,
- b) El empleado ha de afiliarse a un fondo privado de cesantías que voluntariamente haya escogido, siendo esto manifestado a su empleador.

Sólo así el empleado puede hacerse acreedor al pago de la sanción moratoria de la ley 50 de 1990.

Como quiera que la señora Marcela Andrea Zuleta no se encontraba afiliada a un fondo de cesantías, hizo bien el juzgado de primera instancia al despachar desfavorablemente la pretensión pedida por la demandante, bajo esas circunstancias no queda otro camino, sino

confirmar la decisión recurrida que desestimó esta pretensión de la demanda.

DEVOLUCIÓN DEL 10% DE LA RETENCIÓN EN LA FUENTE.

Frente a esta petición, será despachada desfavorablemente puesto que en el cuaderno principal no obra ningún documento que acredite o certifique el pago de ese concepto en la DIAN, teniendo en cuenta que así se ha pronunciado la corte suprema de justicia en su sala de casación laboral, radicado: SL2521-2019, de la honorable magistrada Dolly Amparo Caguasango Villota, en donde señala:

“El recurrente le reprocha al Tribunal haber revocado la decisión del juez de primera instancia, quien había condenado al ISS a devolver las sumas de dinero descontadas de su salario a título de pólizas de seguro y retención en la fuente pues, en su criterio, se trata de una circunstancia atribuible a la culpa exclusiva del empleador que no tiene por qué soportar y que implica un detrimento de su patrimonio en tanto parte más débil de la relación laboral.

Sin embargo, la censura olvida que los motivos que tuvo el Tribunal para revocar la condena impuesta por el a quo a ese título, no tuvieron que ver con la legitimidad o no de los pagos que se hicieron en razón de impuestos y las retenciones en la fuente dada su calidad de contratista, sino porque no era este el escenario pertinente para ventilar este tipo de asuntos, al tratarse de aspectos eminentemente tributarios. En ese sentido, los reproches acerca del eventual detrimento patrimonial que sufrió o de la culpa del ISS al suscribir un contrato distinto al laboral resultan intrascendentes pues, al no incluirse en la decisión nada relativo a la procedencia o no de las devoluciones sino, más bien, a la competencia de los jueces laborales para resolver este tipo de pretensiones, sus alegatos resultan desacertados y, por ende, mantienen inalterable el fallo del Tribunal.”

Así mismo reiterada por la sentencia de radicado: SL 2407-2019, del honorable magistrado Martin Emilio Beltrán Quintero en su sala de casación laboral, quien dispone:

“Devolución de la retención en la fuente:

Por tratarse de un asunto de índole tributaria, no le compete a la corte pronunciarse sobre este pedimento, por lo que dicha devolución deberá solicitarse a la dirección de impuestos y aduanas nacionales.”

Por este motivo le asiste razón a la juez de primer grado al negar la devolución de la retención en la fuente, por lo que se confirmará.

PAGO DEL CÁLCULO ACTUARIAL

Dado que está demostrada la relación laboral por medio de un contrato de trabajo, se ha mencionado en el presente caso que, habiendo celebrado dicho contrato como prestación de servicio, la demandada no hacía su respectivo aporte a seguridad social, por lo que para desarrollar esta petición de la demanda, traemos a concordancia la ley 100 de 93 en su artículo 33 del parágrafo 1. C. que indica:

“c) El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley [100](#) de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley [100](#) de 1993.”

Así las cosas la actora tiene derecho al pago de su cálculo actuarial por haber omitido la demandada efectuar las cotizaciones conforme a las vinculación laboral que existió entre ella, por lo mencionado anteriormente, se acogerá la decisión emitida por la juez de primera al ordenar a Colpensiones a determinar el cálculo actuarial y ordenar al ISS a emitir el título pensional por el periodo no cotizado desde el 19 de mayo del 2008 al 30 de julio del 2012, ponerlo a disposición de Colpensiones para que pueda entrar ese tiempo a constituir el histórico de cotizaciones de la demandante.

Conforme lo discurrido, habrá de confirmarse la sentencia de primera instancia con las modificaciones, antes planteadas.

Sin costas en esta sede por tratarse del grado jurisdiccional en consulta.

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 4 de septiembre de 2014 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por Marcela Andrea Zuleta Murgas contra el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 2 de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, mediante fallo del 4 de Septiembre de 2014, los cuales quedarán así:

- A) reajuste salarial: la suma de \$767.025
- B) auxilio de cesantías: la suma de \$6´218.284
- C) intereses de cesantías: la suma de \$746.194
- D) compensación vacaciones: la suma de \$2´488.745,24
- E) prima de servicios extralegal o convencional: la suma de \$5´400.582
- F) sanción moratoria: \$63.702 diario hasta el 31 de marzo de 2015 asciende a \$57´968.941,33, y a partir de esa fecha será indexada a la calenda en que se efectúe el pago de esta sanción moratoria.

TERCERO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia proferida en primera instancia.

CUARTO: NEGAR las demás pretensiones por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: sin costas en esta instancia

Devuélvase el expediente al juzgado de origen una vez cumplidos los tramites propios de esta instancia. Déjense las constancias del caso en el sistema justicia siglo XXI.

DECISIÓN NOTIFICADA EN ESTADOS.



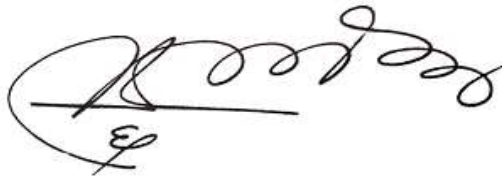
ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Magistrado Ponente



ALVARO LÓPEZ VALERA

Magistrado



JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

Magistrado