

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS/ MUTACIÓN A CONTRATO LABORAL- La suma de diversos contratos en los cuales confluyen los tres elementos esenciales de una relación laboral determinan la existencia de un contrato de trabajo.

La contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes está permitida legalmente para el cumplimiento de los fines estatales cuando la entidad no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requieren. Si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada. (...)

Comparte plenamente la Sala la conclusión a que llegó la a quo de considerar que la vinculación jurídica que hubo entre las partes a través de los diversos contratos ha de tenerse gobernada por contratos de trabajo, desde luego que se conjugaron sus tres elementos esenciales: actividad personal, subordinación o dependencia y contraprestación económica por los servicios salario.

DEVOLUCIÓN DE APORTES - Una vez acreditada la relación laboral resulta procedente la devolución de los aportes efectuados a pensión.

En cuanto a este concepto ha señalado al Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez se encuentre acreditada la existencia de una relación laboral nacen para el trabajador todos los derechos y acreencias laborales que se derivan de ese vínculo jurídico, y que son inherentes a él, por su naturaleza o por disposición de la misma ley, tales como salarios, cesantías, vacaciones, aportes a la seguridad social sin que se tenga en cuenta el comportamiento del empleador como de buena o mala fe, siempre y cuando hayan sido correctamente solicitados. (Sentencia del 13 de noviembre de 2013 rad. 39.010).

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR

DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA MARTA

SALA LABORAL

Magistrado Ponente:

Carlos Alberto Quant Arévalo.

RAD.: 47001-3105-001-2013-00425-01- **2014- 00813**

DEMANDANTE: Luis Segundo Garay Oñoro

DEMANDADO: Instituto de Seguros Sociales en Liquidación

En Santa Marta, a los veinticuatro (24) días del mes de Noviembre de dos mil dieciséis (2016) a las 6:52 p.m, dentro de la audiencia cuyo día y hora fueron anteriormente señalados para dictar sentencia de segunda instancia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio con los Magistrados con quien conforma Sala de Decisión, se constituyeron en AUDIENCIA PÚBLICA, la declaran abierta y proceden a proferir la siguiente:

SENTENCIA:

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES

El señor Luis Segundo Garay Oñoro demandó al Instituto de Seguros Sociales en liquidación, para que se declare la existencia de un contrato de trabajo del 15 de mayo de 1995 al 30 de enero de 2001 y del 12 de mayo de 2004 al 30 de noviembre de 2012, que terminó por causa imputable al demandado y como consecuencia se ordene el reintegro a un cargo igual o superior jerarquía al que venía desempeñando.

Igualmente se condene al reconocimiento de los siguientes

derechos: Cesantía; intereses de cesantías, vacaciones, prima de servicios, prima de servicios convencional, diferencia salarial, bonificación por servicios prestados, prima de vacaciones, prima de navidad, bonificación de recreación, subsidio de alimentación, subsidio de transporte, dotación y calzado de labor, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, devolución del descuento del 6% por retención en la fuente, reintegro de los aportes al sistema de seguridad social.

HECHOS RELEVANTES

Para sustentar esas peticiones, afirmó que fue vinculado al ISS seccional Magdalena, mediante contrato de prestación de servicios, desempeñándose como auxiliar de servicios asistenciales en la Oficina de Atención al pensionado.

Que inició actividades el 15 de mayo de 1995 y fue retirado el 30 de enero de 2001.

Que recibía trato de un servidor público.

Que los elementos de trabajo eran de propiedad del empleador.

Que reinició actividades el 12 de mayo de 2004 y retirado el 30 de noviembre de 2012.

Que devengó como último salario la suma de \$849.787.

Que estaba sujeto a un horario de trabajo de 8:00 a 12:00 P.M y de 2:00 a 6:0 P.M.

Que tienen derecho a los beneficios convencionales.

Que presentó reclamo administrativo el 30 de abril de 2013.

ACTUACIÓN

La demanda fue presentada en la Oficina Judicial el 27 de septiembre de 2013 y admitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, el 8 de octubre de 2013.

Con escrito del 12 de noviembre de 2013, la Procuradora Judicial para Asuntos Laborales propuso la excepción de prescripción.

Al momento de dar contestación la demandada se opuso a las pretensiones teniendo en cuenta que la relación que existió entre las partes se dio en virtud de la Ley 80 de 1993, su naturaleza es netamente civil, comercial y con fundamento en esa normatividad.

Que la vinculación se efectuó en virtud a las capacidades, cualidades y calidades ofrecidas en la propuesta presentada al ISS.

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, inaplicabilidad de la normatividad de carrera administrativa y de la normatividad aplicable a los trabajadores oficiales; cobro de lo no debido, falta de la condición de servidor público y de la condición de trabajador oficial, buena fe, falta de título y causa, compensación y mala fe del demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito dictó sentencia de 29 de mayo de 2014, en la cual se declaró que el actor prestó sus servicios personales al ISS en liquidación a través de varios contratos de trabajo y condenó a la demandada a pagar al promotor de la litis cesantía, prima de servicios, vacaciones, prima de navidad, devolución de aportes a pensión e indemnización moratoria en la suma de \$28.236 diario a partir del 15 de abril de 2013 hasta cuando se realice el pago.

Declaró la prescripción de los derechos causados hasta el 30 de abril de 2010 y absolvió por los otros conceptos.

Para llegar a esa conclusión, argumentó que se presentaron los tres elementos constitutivos del contrato de trabajo y ancló su decisión en el elemento subordinación, a la luz del examen de las pruebas documentales y testimoniales.

Negó el reintegro por cuanto la consecuencia cuando se presenta un despido injusto por causa imputable al empleador no procede el reintegro laboral si no es la indemnización por despido injusto.

Negó los intereses de cesantía y la prima de vacaciones por cuanto no es un derecho legal que este consagrado para los trabajadores oficiales.

El despacho no encontró elementos de juicio para condenar a la entidad demandada a la indemnización por despido injusto pues en el plenario de la demanda no existe prueba alguna que demuestre la existencia de terminación injusta del contrato de trabajo.

Respecto de la devolución por la retención en la fuente se absolvió a la demandada porque la retención practicada se efectuó conforme a la ley por ser ingresos constitutivos de renta y por tanto sujetos a retención en la fuente, son dineros que la entidad retenedora tiene que enviar a la Dirección de Impuestos Nacionales no corresponden al demandado.

RECURSO DE APELACIÓN

Insatisfechas con ese pronunciamiento judicial, tanto la parte demandada como la demandante interpusieron recurso de apelación.

La parte demandada solicita se revoque la sentencia teniendo en cuenta la discrecionalidad que se predica en la ejecución del objeto del contrato por parte de la contratista, la cual no puede ser desconocida por el hecho de organizar con el contratante un horario de trabajo, por ese hecho no se puede concluir que estaba bajo subordinación continuada.

Que es improcedente el actuar del actor cuando prenda la configuración de una relación laboral cuando la referida contratación se realizó bajo parámetros propios de naturaleza civil así se hubiera constituido una prestación de servicio personal ya que cuando las entidades contratan personas naturales normalmente lo hacen con la finalidad que se obliguen a realizar definidas prestaciones a favor de la entidad y el consecuente pago de honorarios a favor del contratista.

Por su lado el apoderado de la parte demandante indicó que la apelación es con respecto al numeral cuarto en cuanto a la prescripción y el numeral quinto específicamente en cuanto a la absolución de las diferencias salariales.

En cuanto a la prescripción señaló que es incuestionable el trato discriminatorio que recibe un contratista frente a un trabajador oficial, pues, no es lo mismo aplicar las prescripciones laborales a personas que cuentan con unos contratos que son a término indefinido y en donde la ley le brinda cierto tipo de garantía que a las personas que se encuentran vinculadas mediante contrato de prestación de servicios que las normas legales le tienen establecidos como contratos que debieran ser autónomos e independiente para su ejercicio o actividad, pero resulta que en la práctica lo que han venido haciendo las entidades del estado es utilizar esta herramienta desfigurando el verdadero contrato de trabajo y no lo hacen sino con un propósito específico que es el de eludir las obligaciones laborales y prestacionales.

Indicó que a la entidad le resulta más económico que al final lo terminen sancionando, declarándole el contrato realidad ya que a la postre le sale mucho más económico porque al trabajador le niegan otras serie de prestaciones económicas bajo el argumento de la prescripción y eso obviamente traduce y es lo que ha dicho la corte constitucional en un quebranto del artículo 53 constitucional, está generando una denegación de una verdadera justicia porque lo verdaderamente justo es que se sancione severamente esa entidad para que sienta el temor de volver a incurrir en el mismo tipo de conducta.

En cuanto al incremento salarial básicamente dijo que es un derecho de todos los trabajadores del estado porque lo que se busca es garantizar una vida digna, de hecho existen antecedentes histórico en nuestro país en donde han existido reclamos laborales, ha habido cese de actividades como en el sector de la educación, salud, y justicia precisamente por no haber efectuados los incrementos salariales.

Es censurable que se castigue a los trabajadores a seguir percibiendo una remuneración fija durante el tiempo por el hecho de devengar unos valores superiores al salario mínimo cuando se sabe que por la economía del país la canasta familiar siempre va a incrementar.

PROBLEMA JURIDICO.

La controversia en el presente asunto se centra en definir la naturaleza de la relación a la cual dieron origen los servicios prestados por el demandante a la demandada en las labores de auxiliar de servicios asistenciales en la Oficina de Atención al

Pensionado del Instituto de Seguros Sociales; relación que el primero califica de contrato de trabajo, y el segundo de contrato de prestación de servicios.

Asimismo determinar si el actor le asiste o no derecho al pago de diferencias pensionales tal como lo alega el apoderado del demandante y si hay o no lugar a declarar la prescripción

CONSIDERACIONES.

En cuanto a los contratos de prestación de servicios, establece el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 3°, lo siguiente: *“Son contratos de prestación de servicios los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad.*

Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dicha actividad no pueda realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, en ningún caso estos contratos generaran relación laboral ni prestaciones sociales y se celebran por un término estrictamente indispensable.”

La contratación de personas naturales por prestación de servicios independientes está permitida legalmente para el cumplimiento de los fines estatales cuando la entidad no cuente con el personal de planta que garantice el conocimiento profesional, técnico o científico que se requieren. Si se demuestra la existencia de una relación laboral que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torna en laboral en razón a la función desarrollada.

El Instituto de Seguros Sociales, a la luz del Decreto 2148 de 1992 y el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, e es una Empresa

Industrial y Comercial del Estado, y de conformidad con los criterios orgánico y funcional de clasificación de servidores públicos, quienes prestan sus servicios a una empresa industrial y comercial del Estado, como lo es el Instituto de Seguros Sociales, tienen por regla general la calidad de trabajadores oficiales, condición que implica que ingresen a la administración mediante la suscripción del respectivo contrato de trabajo.

A su vez el artículo 3° del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, dice que: *“Son trabajadores oficiales los siguientes: a) Los que presten sus servicios a las entidades señaladas en el inciso 1° del artículo 1° *(1) de este decreto, en la construcción y sostenimiento de las obras públicas, con excepción del personal directivo y de confianza que labore en dichas obras, y b) Los que presten sus servicios (en establecimientos públicos organizados con carácter comercial o industrial), en las empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta...”*

El artículo 3° del Decreto reglamentario 2127 de 1945 señala que una vez reunidos los elementos constitutivos de contrato de trabajo, éste no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé.

Partiendo de las anteriores premisas, se debe llegar a la conclusión de que la relación que existió entre las partes debe entenderse como un verdadero contrato de trabajo, porque las labores de una auxiliar de Servicios Asistenciales son del giro ordinario de las actividades y servicios que ejecutaba la entidad demandada, correspondiéndole al actor la calidad de Trabajador Oficial, en razón de la norma general de clasificación que impera frente a aquella clase de entidades oficiales y sus servidores.

Se encuentra acreditado que Luis Segundo Garay Oñoro prestó servicios personales al Instituto de Seguros Sociales en liquidación, como Auxiliar de Servicios Asistenciales, y que éste le pagó una remuneración.

Dicha conclusión emerge espontánea de la certificación de fecha 1 de noviembre de 2012 expedida por el Jefe del Departamento de Recursos Humanos, donde relaciona todos los contratos de prestación de servicios celebrados entre el actor y el ISS, y en donde se puede ver que fueron un total de 36 contratos.

En suma, se dieron 5 relaciones laborales entre las partes: así:

Del 15 de mayo de 1995 al 28 de febrero de 1999

Del 8 de marzo de 1999 al 30 de enero de enero del 2000

Del 13 de abril de 2000 al 30 de enero de 2001.

Del 12 de mayo de 2004 al 30 de julio 2005

Del 30 de diciembre de 2005 al 30 de noviembre de 2012

Así como de los testimonios de Farides Isabel Fernández, quien fue su Jefe inmediata y Armando Rafael Salas compañero de trabajo con quien por mucho tiempo compartieron oficina.

El análisis de la prueba testimonial y los documentos obrantes en el plenario, revela que, en la ejecución de sus servicios, el demandante se encontraba sometido a subordinación o dependencia, pues estaba obligado a cumplir órdenes impartidas del gerente quien era su interventor y de la señora Farides Fernández, quien era su jefe inmediato en la oficina de pensiones, y, además, estaba sujeto a observar un horario tal

como se puede corroborar con la documental que obra a folio 123,

En efecto, estar sometido a un horario de trabajo, exigir su cumplimiento, solicitar permiso e invitación a capacitación son aspectos que afectan notoriamente la independencia o autonomía propia de quien ejecuta una actividad personal en desarrollo de un contrato de prestación de servicios y acaba el amplio margen de discrecionalidad de que goza el prestador del servicio, ya que un trabajador no subordinado decide el horario en que puede realizar su trabajo. (folios 77, 78, 85, 91,123, 187 a 193, 195 a 197)

Se está frente a una orden de obligatorio cumplimiento, que es lo característico de la subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo.

Desaparece la autonomía e independencia propias del contrato de prestación de servicios para dar paso a la subordinación jurídica que distingue el contrato de trabajo.

Comparte plenamente la Sala la conclusión a que llegó la a quo de considerar que la vinculación jurídica que hubo entre las partes a través de los diversos contratos ha de tenerse gobernada por contratos de trabajo, desde luego que se conjugaron sus tres elementos esenciales: actividad personal, subordinación o dependencia y contraprestación económica por los servicios salario. Por lo que se declarará que existió contrato de los siguientes períodos:

Del 15 de mayo de 1995 hasta el 28 febrero de 1999

Del 8 de marzo de 1999 hasta el 30 de enero de 2000

Del 13 de abril del 2000 al 30 de enero de 2001.

Del 12 de mayo de 2004 al 30 de julio de 2005

Del 30 de diciembre de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2012.

PRESCRIPCION

Ahora la Sala observa que la demandada propuso como excepción de fondo la de prescripción, por lo cual se entrará a estudiar la procedencia de la misma por cuanto de ello depende la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

En materia laboral es contemplada en el Artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual señala: *“Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación, se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del trabajo o en el presente estatuto”.*

El Artículo 151 prescribe. *“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 patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

Se encuentra probado que el demandante laboró en el Instituto de Seguros Sociales por varios contratos de trabajo en los siguiente períodos: del 15 de mayo de 1995 hasta el 28 febrero de 1999; del 8 de marzo de 1999 hasta el 30 de enero de 2000; del 13 de abril del 2000 al 30 de enero de 2001; del 12 de mayo de 2004 al 30 de julio de 2005 y del 30 de diciembre de 2005 hasta el 30 de noviembre de 2012.

Que el actor presentó reclamación administrativa el 30 de abril de 2013 (folio 51) y la demanda fue presentada el 27 de septiembre de 2013. (folio 50).

Con lo cual se tiene que la reclamación administrativa interrumpió la prescripción, por lo que todos los derechos causados antes del **30 de abril de 2010**, se encuentran prescritos, por lo que solo podrán tenerse en cuenta para efectos de liquidar prestaciones sociales las causadas desde el 30 de abril de 2010 al 30 de noviembre de 2012.

Ahora bien, varias precisiones se hacen necesarias. La primera con respecto a las cesantías pues como ya ha tenido oportunidad de expresarlo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de que su liquidación sea anual, según lo consagrado en la ley 50 de 1990, la exigibilidad del derecho como tal se presenta cuando termina el contrato de trabajo, razón por la cual los efectos de la prescripción en dicha prestación se contabilizan desde dicha terminación y no antes. Así se pronunció esa Corporación, en sentencia 34.393 del 24 de agosto de 2010, *“En este punto conviene aclarar, como ya se advirtió, que el auxilio de cesantía que no fue consignado en la oportunidad prevista en la ley, esto es, antes del 15 de febrero del siguiente año, no se encuentra afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción en vigencia de la relación laboral, así la ley disponga que su liquidación sea anual, habida consideración que para efectos de su prescripción debe*

contabilizarse el término desde el momento de la terminación del contrato de trabajo, que es cuando verdaderamente se causa o hace exigible tal prestación social, en los términos del artículo 249 del C. S. del T.

Igualmente, entrando en la segunda precisión con relación a las vacaciones, el término de prescripción es de 4 años, si se tiene en cuenta que este descanso remunerado es exigible sólo hasta cuando venza el año que tiene el empleador para concederlo.

Realizando las operaciones de acuerdo al salario pagado en contrato se pudo establecer el promedio de los salarios para cada año de la siguiente forma:

Año 2005 \$686.636

Año 2006 \$686.636

Año 2007 \$686.637

Año 2008 \$750.000

Año 2009 \$797.938

Año 2010 \$815.600

Año 2011 \$843.259

Año 2012 \$849.787

Así las cosas, la Sala entra a liquidar las acreencias laborales.

CESANTÍA.- Tal como lo indicó la a quo sólo tiene derecho al último período laborado, esto del 30 de diciembre de 2005 al 30 de noviembre de 2012, para un total de **\$5.360.947.41** así

Año 2005-- \$ 1.907.00

Año 2006-- \$686.636.00

Año 2007 --\$686.637.00

Año 2008 --\$750.000.00

Año 2009--\$797.938.00

Año 2010 --\$815.600.00

Año 2011 --\$843.259.00

Año 2012 --\$778.971.41

Como el cálculos de la condena de la Sala, es menor a la indicada en primera instancia, se modificará la decisión de la a quo, teniendo en cuenta que se estudia la consulta a favor de ISS.

PRIMA DE SERVICIOS

La condena por prima de servicios, se revocará, por cuanto ni la Ley 6 de 1945 ni el Decreto 1045 de 1978 consagran el derecho a prima de servicios a favor de los trabajadores oficiales.

El Decreto 1042 de 1978, que sí lo contempla, es aplicable solamente a los empleados públicos del nivel nacional, es decir, vinculados mediante una relación legal y reglamentaria, naturaleza del empleo que difiere sustancialmente del reconocido mediante el fallo judicial a favor del actor.

Al respecto, la jurisprudencia del trabajo en la sentencia del 17 de mayo de 2004, radicación 22.357, ha señalado: *“Primas de servicio: Tampoco hay consagración legal de esta prestación para los trabajadores oficiales del ISS. Las disposiciones del Decreto 1042 de 1978*

solo comprenden a los empleados públicos del sector nacional, mientras que las del Decreto 1045 de 1978 no contemplan la prima de servicios”.

En consideración a lo anterior, estima la Sala que el actor no tiene derecho a esta prestación, como el a quo condenó por este concepto se revocará su decisión.

VACACIONES.- Teniendo en cuenta la exigibilidad de las vacaciones no estarían prescritas las vacaciones causadas a **partir del 30 de diciembre de 2008**, por lo tanto las vacaciones causadas desde el 30 de diciembre de 2007, hacía atrás estarían prescritas. Par aun gran total de **\$1.653.292.00**. Así

Las del 30 de diciembre de 2008 al 30 de diciembre de 2009

$$= \frac{\$797.938 \times 360}{720} = \$398.969.00$$

720

Las del 30 de diciembre de 2009 al 30 de diciembre de 2010

$$= \frac{\$815.600 \times 360}{720} = \$407.800$$

720

Las del 30 de diciembre de 2010 al 30 de diciembre de 2011

$$= \frac{\$843.259 \times 360}{720} = \$421.629.50$$

720

Las del 30 de diciembre de 2011 al 30 de noviembre de 2012

$$= \frac{\$849.787 \times 360}{720} = \$ 424.893.50$$

720

Como el cálculos de la condena de la Sala, es menor a la indicada en primera instancia, se modificará la decisión de la a quo, teniendo en cuenta que se estudia la consulta a su favor de ISS.

PRIMA DE NAVIDAD.- Corresponde por prima de navidad sobre los derechos no prescrito, es decir del 30 de abril de 2010 al 30 de noviembre de 2012, la suma de **\$2.097.413**

$$\text{Año 2010} = \frac{\$815.600 \times 241}{360} = \$545.998$$

360

$$\text{Año 2011} = \frac{\$843.259 \times 360}{360} = \$843.259$$

360

$$\text{Año 2012} = \frac{\$849.787 \times 300}{360} = \$708.156$$

360

Como el cálculos de la condena de la Sala, es menor a la indicada en primera instancia, se modificará la decisión de la a quo,

teniendo en cuenta que se estudia la consulta a su favor de ISS.

DEVOLUCIÓN POR APOORTE A PENSIÓN.- En cuanto a este concepto ha señalado al Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez se encuentre acreditada la existencia de una relación laboral nacen para el trabajador todos los derechos y acreencias laborales que se derivan de ese vínculo jurídico, y que son inherentes a él, por su naturaleza o por disposición de la misma ley, tales como salarios, cesantías, vacaciones, aportes a la seguridad social sin que se tenga en cuenta el comportamiento del empleador como de buena o mala fe, siempre y cuando hayan sido correctamente solicitados. (sentencia del 13 de noviembre de 2013 rad. 39.010)

Y de acuerdo con el inciso 8 del artículo 20 de la ley 100 de 1993, corresponde al empleador pagar el 75% de las cotizaciones y al trabajador el 25%.

Como esta pretensión está enfocada a la devolución de los pagos que **realizó a la seguridad social en pensiones, en la proporción que corresponde al** empleador, habida cuenta que durante el tiempo que le prestó servicios al Instituto de Seguros Sociales se afilió a la seguridad como trabajador independiente y se encuentra probado que el actor cotizó como independiente es claro que procede la devolución del porcentaje que le correspondía al empleador cancelar, esto es el 75%, de los siguientes meses o ciclos.

| Mes y año | Folio |
|--|----------------|
| dic-97 | 669 |
| Enero a abril/98 | 666 a 668 |
| marzo, mayo, junio, agosto y septiembre/99 | 627, 636 y 637 |
| Junio a diciembre/00 | 577 a 599 |
| ene-01 | 574 |
| jul-04 | 560 |
| Octubre y noviembre/06 | 482 a 487 |
| Enero a diciembre/07 | 441 a 480 |
| Enero a julio/08 | 236 a 446 |

Al realizar la operación aritmética de rigor da un total pagado por el actor de \$3.166.400, que al aplicarle el 75% que le corresponde al empleador arroja un total a pagar de \$2.374.800.

En vista de que el cálculos de la condena de la Sala, es mayor al indicado por el a quo, se mantendrá la decisión de primera instancia, por cuanto no se le puede hacer más gravosa la situación a la demandada, ya que se estudia la consulta a su favor.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA.

En el caso que nos ocupa, se encontró probada la relación de carácter laboral, y que se desdibujó mediante la suscripción de sendos contratos de prestación de servicios, siendo fehaciente el cumplimiento de órdenes provenientes de los Jefes inmediatos del actor, cumplía horario, pedía permiso. La simple alegación de

que se tratase de una relación regida por los postulados de la ley 80 de 1993, no es excusa suficiente demostrativa de buena fe de la demandada, cuando la realidad imperante era evidente.

En esos términos es procedente la indemnización moratoria, de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, modificado por el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, que da al empleador oficial un término de 90 días para el pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, salarios o indemnizaciones antes de que opere la sanción por el no pago o retardo cuando haya mala fe, y que en el *sub lite* la relación laboral finalizó el 30 de noviembre de 2012. Sentencia de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia del 13 de noviembre de 2013 rad 39.010

Como el monto del último salario mensual devengado por el demandante de \$849.787 y que no fue cuestionado por las partes, se condenará al Instituto por ese concepto, al pago de una suma de \$28.326.00 diarios a partir del 1 de abril de 2013 y hasta que se verifique el pago, teniendo en cuenta como se indicó que el emperador oficial tiene 90 días para el pago de la liquidación.

Como el a quo condenó a pagarla desde el 15 de abril de 2013 y se estudia la consulta a favor del ISS en liquidación, se mantendrá la condena de primera instancia.

Apelación del demandante

DIFERENCIA SALARIAL.- Tiene su fundamento esta súplica en el hecho 18 de la demanda en que no se le efectuaron los incrementos anuales salariales.

Sin desconocer la Sala la pérdida del poder adquisitivo de la moneda por el fenómeno de la inflación y a la devaluación del dinero, considera que esta súplica no tiene vocación de

prosperidad ya que lo compone el mínimo de garantía protegido por el legislador es lo equivalente al salario mínimo por lo que los reajustes anuales ordenados por el gobierno nacional solo se aplican de forma obligatoria a quienes perciban el salario mínimo legal mensual vigente en cada año y en el caso del actor este devengaba suma superior al salario mínimo legal.

Además, que no es dable a un juez del trabajo ni a ningún otro, ordenar un incremento salarial ya que no existe ley que lo obligue o lo faculte a ello, excepto si se trata del salario mínimo; ya que la función de los jueces no es legislar, su deber, al menos en el derecho positivo colombiano, es aplicarla por cuanto los funcionarios judiciales, en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la Ley, como lo pregona el artículo 230 de la Carta Política

En mérito de las consideraciones que anteceden el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. **MODIFICAR el punto segundo** de la sentencia del 29 de mayo de 2014, dictada por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Santa Marta, el cual quedará así:

Condénese al ISS a pagar al actor las siguientes sumas por los siguientes conceptos y valores

- **Cesantías** del 30 de diciembre de 2005 al 30 de noviembre de 2012, por la suma de Cinco Millones Trescientos Sesenta

Mil Novecientos Cuarenta y Siete Pesos con 41/100 M.L.
(\$5.360.947.41).

- **Vacaciones** del 30 de diciembre de 2008 al 30 de noviembre de 2012, por la suma de Un Millón Seiscientos Cincuenta y Tres Mil Doscientos Noventa y Dos Pesos (\$1.653.292.00).
- **Prima de navidad** del 30 de abril de 2010 al 30 de noviembre de 2012, pro la suma de Dos Millones Noventa y Siete Mil Cuatrocientos Trece Pesos (\$2.097.413).

Absolver en cuanto al concepto de primas de servicios por lo expuesto en la parte motiva

SEGUNDO: Se confirma en lo demás

TERCERO: Sin costas en esta instancia

Lo decidido queda notificado a las partes en estrados. No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se declara terminada y, para constancia, se firma el acta por quienes intervinieron.

CARLOS ALBERTO QUANT ARÉVALO

ROBERTO VICENTE LAFAURIE PACHECO

ISIS EMILIA BALLESTEROS CANTILLO