

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

DEMANDANTE: KELLY CAROLINA MENDOZA CAMACHO
DEMANDADO: COLPENSIONES
INT. LITIS: PAR ISS
RADICACIÓN: 76001-31-05-007-2018-00645-01
ASUNTO: Apelación sentencia de julio 23 de 2019
ORIGEN: Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali
TEMA: Contrato realidad
DECISIÓN: Confirma.

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDANTE en contra a la sentencia No. 276 del 23 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido por **KELLY CAROLINA MENDOZA CAMACHO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-007-2018-00645-01**, dentro del cual se integró como litis consorte necesario por pasiva al **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES ISS LIQUIDADO – PAR ISS**.

SENTENCIA No. 253

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido del 4 de mayo de 2009 al 19 de diciembre de 2018, el cual terminó por decisión injustificada de la demandada o, en su defecto, que se declare que el contrato de trabajo fue a término fijo que finalizó por vencimiento del plazo pactado cuando aún se mantenían las condiciones que le dieron origen; que entre el otrora ISS y COLPENSIONES se presentó una sustitución patronal; que el ISS hoy COLPENSIONES pretendió simular el contrato de trabajo

¹ Fs. 645-672

mediante contratos sucesivos de prestación de servicios; como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de salarios; cesantías; intereses a las mismas; primas de servicios; vacaciones; indemnización por la no consignación de cesantías; sanción moratoria; indemnización por despido injusto liquidada como un contrato a término fijo toda vez que las causas que le dieron origen no han desaparecido y se contrató a otra persona o, subsidiariamente, liquidada como un contrato a término indefinido; los aportes a seguridad social; la indexación y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, expuso que se desempeñó como abogada del ISS hoy COLPENSIONES, mediante contratos de trabajo sucesivos inferiores a un año desde el 4 de mayo de 2009 hasta el 19 de diciembre de 2015; que dentro de las obligaciones que le tocaba desempeñar estaba su actividad personal que no se podía sustituir y no gozaba de autonomía técnica ni administrativa; que a partir del mes de marzo de 2014 fue asignada al Juzgado Noveno de Pequeñas Causas Laborales de Cali en donde debía responder por los procesos que le fueran asignados; que debía elaborar proyecciones de las contestaciones conforme a las directrices impartidas por su empleador, atender audiencias, vale decir ejercer todas las acciones de defensa de la entidad COLPENSIONES; que el horario de trabajo que se le impuso correspondía al de los despachos de juzgados laborales de 8:00 am a 12:00 pm y de 2:00 pm a 6:00 pm y luego de 8: 00 am a 12:00 pm y de 1:00 pm a 5:00 pm de lunes a viernes, debiendo estar disponible para cualquier requerimiento, en especial los solicitado por la Contraloría a la entidad; que el 21 de diciembre de 2012 el ISS modificó mediante otrosí el contrato de trabajo celebrado el 17 de abril de 2009, cediéndolo a COLPENSIONES, fue así que ella continuó realizando las mismas funciones y obligaciones para las que había sido contratada; que el ISS hoy COLPENSIONES quiso evadir sus obligaciones laborales denominando los verdaderos contratos de trabajo como prestación de servicios, pero que en el clausulado de tales contratos se pueden establecer con claridad los elementos del contrato de trabajo, pues se consignan directrices y se señala la remuneración percibida; que la demandada incurrió en irregularidades como no consignar las cesantías y no efectuar el pago de las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a la seguridad social; que el contrato de trabajo fue terminado injustificadamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

COLPENSIONES² Se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que entre las partes nunca existió un vínculo laboral, pues con la demandante suscribió dos contratos de prestación de servicios profesionales en virtud de los cuales, actuando con plena autonomía técnica y administrativa, sin estar sujeta a ningún tipo de subordinación, ejecutó su profesión de abogada en la defensa judicial de la entidad. Agregó, que antes de la cesión del contrato que hizo el ISS el 15 de enero de 2013, no tuvo ninguna clase de vínculo con la actora. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación.

PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES ISS LIQUIDADO³. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que con la demandante suscribió una serie de contrato de prestación de servicios profesionales de abogados de conformidad con los postulados normativos de la Ley 80 de 1993 y el Código Civil. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Innominada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción sin que ello implique confesión o aceptación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no es una extensión de la personalidad jurídica del fiduciante, al PAR como sujeto de derechos y obligaciones, buena fe de la entidad demandada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 276 del 23 de julio de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuestas por las demandadas; absolvió a COLPENSIONES y al PAR ISS de todas las pretensiones incoadas en su contra y; condenó en costas a la parte actora.

Como fundamentos de su decisión, el a quo señaló, en síntesis, previa mención del principio de la primacía de la realidad sobre las formas y de los presupuestos para la declaratoria de un contrato de trabajo en el sector oficial, que es una realidad el cúmulo de procesos que reposan en los despachos judiciales en contra del ISS hoy COLPENSIONES, por lo que estas entidades se vieron en la necesidad de ejercer las acciones pertinentes tendientes a lograr su defensa jurídica con la contratación de profesionales

² Fs. 781-801

³ Fs. 717-724

del derecho externos, tal como fue vinculada la demandante según los contratos y ofertas de servicios profesionales cuyo objeto era la representación jurídica de las entidades en los procesos que le fueran asignados, reconociendo la actora en su interrogatorio que no se encontraba sometida al cumplimiento de un horario y que no contaba con espacio físico dentro de las empresas demandadas, por lo que, si bien en principio, de acuerdo con la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 se podría decir que la relación que existió entre las partes estuvo mediada por un contrato de trabajo al haberse probado la prestación personal del servicio, lo cierto es que dicha presunción fue desvirtuada, ya que lo demostrado es que la demandante fungió siempre como mandataria judicial, en razón a que el hecho de que se le exigiera que contestara la demanda, presentara recursos, solicitara copias y realizara informes, no implica un factor representativo de subordinación, puesto que todas esas son actividades implícitas en el mandato para la defensa de su prohijado en desarrollo del litigio y los informes no son ajenos a la labor independiente de un abogado, aunado que la labor contratada era ajena al giro ordinario de las actividades de las demandadas, que no era otra que administrar los recursos del RPMPD.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La parte **DEMANDANTE** presentó recurso de alzada argumentando que el despacho no realizó una correcta valoración de las pruebas documentales y testimoniales practicadas, pues sí está demostrada la existencia del contrato de trabajo con la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. por haberse probado la prestación personal del servicio y la remuneración, la cual no fue aplicada por el juez y la demandada no presentó prueba alguna para derrumbar dicha presunción y no bastaba que alegara la existencia de un contrato de prestación de servicios. Agregó, que las labores se pueden cumplir en cualquier lugar, sin que ello desvirtuó la existencia del contrato de trabajo, ya que lo que se exige es que se cumpla con las obligaciones laborales contratadas, las que en este caso eran defender a las demandadas ante la jurisdicción laboral, como tampoco lo desvirtúa el hecho de que no se entregaran herramientas de trabajo debido que un abogado puede trabajar sólo con un computador. Asimismo, que el representante legal no acudió a la audiencia de conciliación, por lo que se debe tener en cuenta el artículo 77 del C.P.T. y S.S., puesto que la presencia de las partes a la

audiencia no se suple con un concepto del comité de conciliación y por ello se debió declarar la confesión sobre los hechos susceptibles de la demanda.

Expone que las labores de la actora no sólo comprendían la defensa de los derechos litigiosos de las demandadas, sino realizar conceptos jurídicos y asesorías cuando se le solicitaba, como se puede corroborar de los contratos suscritos y además era convocada mediante correo electrónico a distintas reuniones con los gerentes, lo que es indicativo de que se le impartían órdenes, lo cual no fue tenido en cuenta por el despacho y con lo cual se prueba que se prestó un servicio remunerado y subordinado conforme los artículos 22 y 23 del C.S.T. Además, que, si el juez hubiese seguido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional que constituyen doctrina probable, otra hubiera sido su decisión en este asunto, pues la única carga probatoria que tenía la demandante era la de demostrar la prestación personal del servicio, lo que en efecto hizo. Por último, afirma que en virtud de la sustitución patronal es COLPENSIONES quien debe responder por todos los derechos laborales de conformidad con los artículos 67, 68 y 69 del C.S.T. y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante reiteró los argumentos del recurso de apelación. Las integrantes del extremo pasivo insistieron en la tesis de defensa expuesta al contestar la demanda.

Surtido el trámite correspondiente, procede la Sala a desatar la alzada, al tenor del artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en el sentido de limitar expresamente la competencia del juez de segundo grado a "...las materias objeto del recurso de apelación..." de conformidad con el principio de consonancia.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centran a resolver: (i) si la relación contractual que existió entre las partes puede encuadrarse dentro de las reguladas por el artículo 32 de la ley 80 de 1993, o por el contrario, constituye un verdadero contrato de trabajo, y de ser procedente, (ii) determinar la viabilidad o no de las prestaciones sociales legales, tales como cesantías e intereses de las mismas, prima de servicios y vacaciones, pagos de aportes a seguridad social e indemnización moratoria establecida en el Decreto 797

de 1949 iii) en caso de resultar avante las pretensiones si la llamada a responder es COLPENSIONES por haber operado la sustitución patronal respecto del ISS liquidado.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Inicialmente es necesario destacar que no es objeto de discusión dentro del presente asunto que la señora KELLY CAROLINA MENDOZA CAMACHO suscribió varios contratos de prestación de servicios con el Instituto de Seguros Sociales liquidado para desempeñarse como abogada profesional u abogada externa (fs. 674-708), siendo el primero el identificado con No. 4400000171 con fecha de suscripción 28 de abril de 2009 (fs. 674-678), y el último el No. 44000001986 del 10 de julio de 2012 (fs. 705-708), el cual fue cedido a COLPENSIONES mediante otrosí modificatorio celebrado el 21 de diciembre de 2012 (fs. 36-37), el cual, de acuerdo con su cláusula Trigésima se prorrogó hasta el 30 de marzo de 2013, según se extrae de la certificación expedidas por el ISS en liquidación (fs. 33-35). Asimismo, que la actora continuó prestando sus servicios para esta última entidad conforme las aceptaciones de ofertas de servicios que presentó a la nueva AFP del RPMPD, teniendo como término final el 18 de diciembre de 2015 (fs. 46-74).

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES DEL ISS y COLPENSIONES. A efectos de precisar la naturaleza de los servidores del ISS, es pertinente acudir al Decreto 2148 de 1992, que contempla que: *“El Instituto de Seguros Sociales funcionará en adelante como una empresa industrial y comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad”*, carácter que mantuvo con la expedición de la Ley 100 de 1993.

En el mismo sentido, el Decreto 1151 de 2007 en su artículo 155 creó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES como una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente y

el decreto ley 4121 de 2011 la cambió a empresa industrial y comercial del Estado, organizada como empresa financiera de carácter especial, vinculada al Ministerio de Trabajo.

Ahora, quienes prestan sus servicios a una Empresa Industrial y Comercial del Estado tienen, en principio, la calidad de trabajadores oficiales, de conformidad con lo establecido por el artículo 5° del decreto 3135 de 1.968, artículo 3° del decreto 1848 de 1.969 y el artículo 3° del decreto 1950 de 1.973, salvo las personas que desarrollan actividades de dirección o confianza, situación que requiere que en los estatutos de la respectiva empresa se establezca qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por empleados públicos.

Como quiera que las funciones desarrolladas por la actora como abogada externa, no fueron objeto de controversia, en caso de comprobarse la existencia del vínculo laboral, la señora KELLY CAROLINA MENDOZA CAMACHO, ostentaría la calidad de trabajadora oficial.

DEL CONTRATO REALIDAD. El Decreto 2127 de 1945, en sus artículo 1, 2 y 20 regula los elementos del contrato de trabajo frente a los trabajadores oficiales, compendio normativo que fue compilado en el Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública en su título **normas relativas al trabajador oficial** artículos 2.2.30.2.1, 2.2.30.2.2, y 2.2.30.2.3, dispone que se configura una relación laboral por ende un contrato de trabajo ante la concurrencia de los siguientes elementos: i) la prestación personal del servicio; ii) la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto del empleador; y, iii) un salario como retribución; el cual no dejará de serlo por virtud del nombre que se le dé; ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago, ni de otras circunstancias cualesquiera. Así mismo, que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha y corresponderá a este último derruir la presunción.

En el presente caso viene aceptada la prestación personal del servicio de la demandante por lo que opera en su favor la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, ergo activada dicha presunción es al presunto empleador quien le corresponde desvirtuar los elementos del contrato de trabajo, sí desea librarse de las consecuencias de su declaratoria. Así lo ha dicho la Corte Constitucional desde antaño en sentencia de constitucionalidad C-665 de 1998, donde precisó:

“La presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza implica un traslado de la carga de la prueba al empresario. El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente. Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción.”

El mismo criterio lo expone la Corte Suprema de Justicia desde sus principios y es el criterio que se mantiene pacífico en su jurisprudencia como en la SL2080-2022 que rememora lo dicho por esa Corporación en la sentencia SL4537-2019, reiterada, entre otras, en la SL825-2020, frente al marco de los contratos de prestación de servicios previstos en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, así:

“1º) Sobre la presunción del contrato de trabajo. Esta Corporación, en providencia CSJ SL, del 1º de jul. de 2009, rad. 30.437, recordó que desde sus orígenes, tiene adocinado que, como cabal desarrollo del carácter tuitivo de las normas sobre trabajo humano, para darle seguridad a las relaciones laborales y garantizar la plena protección de los derechos laborales del trabajador, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 consagra una importante ventaja probatoria para quien invoque su condición de trabajador, consistente en que, con la simple demostración de la prestación del servicio a una persona natural o jurídica se presume, iuris tantum, el contrato de trabajo sin que sea necesario probar la subordinación o dependencia laboral.

De tal suerte que, en consecuencia, es carga del empleador o de quien se alegue esa calidad, demoler dicha subordinación o dependencia.

Importa por ello citar, como ejemplo de lo que ha sido la abundante jurisprudencia de la Sala sobre el tema, lo que se expuso en la providencia de la extinta Sección Primera del 25 de marzo de 1977 (Gaceta Judicial No 2396, páginas 559 a 565), en los siguientes términos:

Se ve claro, por lo anterior, que el sentenciador entendió de manera correcta el aludido precepto legal, pues fijó su alcance en el sentido de que el hecho indicador o básico de la presunción lo constituye la prestación de un servicio personal, y que el indicado o presumido es el contrato de trabajo. O sea que, si el demandante logra demostrar que prestó un servicio personal en provecho o beneficio de otra persona o entidad, debe entenderse que esa actividad se ejecutó en virtud de un vínculo de la expresada naturaleza. Pero advirtió también que la cuestionada regla tiene el carácter de presunción legal y que, por lo tanto, admite prueba en contrario y puede ser desvirtuada o destruida

por el presunto patrono mediante la demostración de que el trabajo se realizó en forma independiente y no subordinada, bajo un nexo distinto del laboral. Dejó sentado, pues, -como lo tienen admitido la doctrina y la jurisprudencia- que la carga de la prueba del hecho que destruya la presunción corresponde a la parte beneficiaria de los servicios.”

Se encuentra entonces, que el juez no debe limitar su estudio a lo plasmado en los documentos allegados al proceso y en las afirmaciones expresadas por las partes. El deber del juez es indagar en los hechos, abstraer y relacionar las pruebas aportadas de manera razonable, con el fin de hallar en el entretejido probatorio la verdad real de las cosas, y no la verdad ficta que se presenta superficialmente.

CONTRATO DE TRABAJO VS CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS. El contrato de prestación de servicios se diferencia del contrato laboral por cuanto la persona que es contratada, llámese contratista, es independiente y autónoma de quien la contrata. En consecuencia: 1) tiene conocimientos especializados para llevar a cabo una tarea específica que no es afín al objeto social que ejecuta el empleador. Por esta razón se precisa su contratación de manera externa, y no interna a la planta; 2) maneja sus propios horarios; 3) generalmente desarrolla la actividad requerida en sus propias instalaciones y con sus propios medios técnicos y científicos; y principalmente 4) no recibe órdenes ni está sujeta a los reglamentos de quien solicita sus servicios; de manera que no puede ser objeto de sanciones.

CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON ENTIDAD DEL ESTADO. Por otra parte, el contrato de prestación de servicios con el Estado tiene características específicas al ser regulado por disposición especial. En efecto, el numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que sólo de manera excepcional y en los casos previstos en la Ley, la función pública podrá ser desarrollada por personas externas que se vinculan a las entidades estatales a través de la modalidad de contrato de prestación de servicios. La norma expresa:

“3. Contrato de prestación de servicios. Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.

En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable”.

Se desprende entonces de la norma en cita, que las funciones pactadas a través de esta modalidad contractual deben cumplir con dos requisitos: 1) que sean relacionadas con la administración y el funcionamiento de la entidad contratante; y 2) que no puedan ser ejecutadas por el personal de planta o interno de la entidad o por requerir, como se venía diciendo, un conocimiento especializado.

Tenemos, entonces, que el contrato de prestación de servicios es:

“...un acto reglado, cuya suscripción debe responder a la necesidad de la administración y a la imposibilidad de satisfacer esa necesidad con el personal que labora en la entidad pública respectiva pues si esto es posible o si en tal personal concurre la formación especializada que se requiere para atender tal necesidad, no hay lugar a su suscripción. (Corte Constitucional C-094 de 2003)”.

Además de los elementos anteriores, la Corte Constitucional ha adicionado otros puntos a tener en cuenta para determinar la existencia efectiva del contrato de prestación de servicios y no la posible simulación de un real contrato de trabajo. En este sentido, ha considerado que la propia naturaleza del contrato que se estudia exige que éste sea temporal, celebrándose por el término estrictamente indispensable para ejecutar el objeto acordado. Pues en caso contrario, *“será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente”.*

Ahora bien, en Sentencia C-154 de 1997, la Corte estudió la exequibilidad de algunos apartes del numeral 3° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, y como producto de este examen, puntualizó las características que definen e integran el contrato de prestación de servicios entre una persona natural y el Estado, la cuales se transcriben a continuación:

“a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.” (Énfasis fuera del texto).

Conforme todo lo expuesto, la Sala examinará a continuación qué presupuestos o requisitos se cumplen en el caso objeto de estudio.

CASO CONCRETO. Como primera medida, debe acotarse que, del análisis hecho en precedencia, se extraen a grandes rasgos, tres características esenciales de los contratos de prestación de servicios, es decir, una obligación de hacer en cabeza del contratista, la temporalidad de la vinculación (no es permanente) y la autonomía e independencia con que se ejecuta la labor contratada.

La parte demandante para demostrar sus afirmaciones acompañó al proceso, como se dejó sentado al inicio de estas consideraciones, los diferentes contratos de prestación de servicios y certificaciones sobre los mismos que le expidió la entidad contratante, es así que en la certificación del 5 de marzo de 2013, expedida por el Gerente Seccional ISS en Liquidación, se menciona que la señora KELLY CAROLINA MENDOZA CAMACHO, de acuerdo al contrato de prestación de servicios profesionales

44000001986: “...se comprometió para con el INSTITUTO a la prestación del servicio de representación jurídica del INSTITUTO como abogado profesional en orden de defender sus intereses dentro de los procesos asignados, previa entrega del respectivo poder...”, además: “...se comprometió a elaborar conceptos jurídicos y a prestar la asesoría que le solicitó el Gerente Seccional y la Directora Jurídica Seccional del Valle de EL INSTITUTO y se obligó de acuerdo a la cláusula quinta a a) actuar como apoderado judicial de EL INSTITUTO desde el momento en que se expida el poder correspondiente hasta que se presente la sustitución autorizada por la Dirección Jurídica Seccional Valle o la revocatoria del poder(...) b) Asumir con toda atención y diligencia profesional a la adecuada defensa de los intereses de EL INSTITUTO c) obtener la condena y liquidación de costas en favor de EL INSTITUTO(...) d) Efectuar a su costa los gastos de notificaciones, desgloses, desarchivo de expediente, expedición de copias y transportes y aquellos necesarios para el correcto cumplimiento de los procesos (...) e) presentar el último día hábil de cada mes por escrito a la Dirección Jurídica Seccional informes y a la Dirección Jurídica Nacional, cuando esta lo requiera informes de avances y de gestión sobre el estado de los procesos a su cargo, impreso directamente desde el aplicativo que EL INSTITUTO disponga para el efecto. Lo anterior sin perjuicio de los informes extraordinarios que se le soliciten o que el contratista considere conveniente presentar. f) entregar copias de las actuaciones procesales tales como contestaciones de la demanda, recursos alegatos etc. (...) g) actuar en coordinación con la dirección jurídica seccional Valle de EL INSTITUTO y de conformidad con las directrices impartidas por la Unidad de Procesos de la Dirección Jurídica Nacional, respecto de la política a seguir para la correcta atención de los procesos a su cargo, sin perjuicio de su responsabilidad profesional...” (Subraya la Sala).

En cada uno de los contratos se pueden ver cláusulas relacionadas con este tipo de funciones que debía cumplir la demandante, esto es a propender la defensa jurídica del ISS y posteriormente COLPENSIONES, en procesos judiciales adelantados contra dichas entidades.

Militan en el expediente requerimientos del Presidente Delegado ante el Comité de Defensa Judicial y Conciliaciones ISS para gerentes seccionales y directores jurídicos ISS, de Jefe de Unidad de Procesos Directora Jurídica del Valle, jefe de departamento del pensionado, entre otros, relacionado con el cumplimiento de las obligaciones que se debe adelantar por los abogados de COLPENSIONES en cada uno de los escenarios judiciales acorde con la

defensa nacional del Estado, entre ellos, obra el dirigido para *abogados externos* ISS del 29 de septiembre de 2011, el cual no tiene firma de quien lo suscribe, sin embargo en el encabezado se lee ISS y se señala como asunto obligatoriedad cumplimiento contractual, en los que se le recuerda que la defensa judicial no consiste solo en contestar la demanda sino contestarla con calidad y dentro del término legal, así como asistir a las audiencias programadas por los diferentes despachos judiciales (f. 218).

Se observan correos electrónicos masivos relacionados con asuntos como capacitación defensa judicial, así como para la aplicación de la aplicación litigob, concernientes con temas laborales, como remitir demandas y contestaciones de demandas, celebración de novenas, solicitudes de mandamientos de pagos y liquidación de crédito, reiteración de informes, procesos sin bajar, entre otros trámites relacionados con la defensa jurídica del ISS (fs. 241-309 y 312-482).

Ahora, la parte demandante convocó al proceso a rendir testimonio a las señoras JENNIFER DE JESÚS GRAVENTHORST, quien manifestó haber estado vinculado en el extinto ISS desde el año 2009 y haber sido la coordinadora del área de defensa judicial de la entidad desde inicios de 2012 (Min. 18:12 – 53:21); JADILLY ROMAITI CIFUENTES, quien expuso haberse desempeñado como abogada externa del ISS desde agosto de 2009 y haber pasado a COLPENSIONES de acuerdo con la cesión del contrato a la que se hizo referencia en líneas que anteceden (Min. 54:30 – 1:41:05) y; MYRIAM GARCÍA MOLINA, quien también dijo haber sido abogada externa del ISS desde septiembre de 2006 y posteriormente de COLPENSIONES (Min. 1:41:35 – 2:12:00).

Todas las testigos mencionadas expusieron y apoyaron de forma casi textual todos los planteamientos de la demanda relativos a que la señora KELLY CAROLINA MENDOZA CAMACHO estaba sometida al cumplimiento de un horario de trabajo, al cumplimiento de órdenes por parte del director jurídico de ISS y, en general, que no gozaban de autonomía en el desempeño de su labor. Sin embargo, la Sala observa serias y protuberantes contradicciones en sus versiones entre sí e incluso con lo manifestado y reconocido por la promotora de la acción al absolver el interrogatorio de parte (Min. 09:14 – 16:50).

La primera testigo, manifestó que la demandante y todos los abogados externos del ISS estaban sometidos al cumplimiento del horario del instituto que era de 8 a. m. a 5 p. m., durante el cual debían permanecer en la entidad para la entrega de poderes, de las demandas y para rendir los informes, pero posteriormente, al ser cuestionada al respecto por el Juez, señaló: “...no ellos no estaban obligados a ir en el horario de 8 a 5, pero ese era el plazo para asistir...”. También dijo la deponente que en el ISS no existían abogados de planta que ejercieran la defensa jurídica de la entidad ante los estrados judiciales, ya que todos eran externos. Por su parte, la segunda testigo manifestó, tal como lo había dicho la demandante en su interrogatorio, que el horario que debían cumplir era el de los juzgados de acuerdo a la programación de audiencias de cada despacho judicial, pero también dijo la testigo, que después de las 5 p. m. debían ir a la entidad a recibir los poderes, las demandas y a resolver consultas, versión completamente contraria a la de la primera declarante.

Asimismo, la testigo JADILLY ROMAITI dijo que debían estar todos los días de 8 a. m a 12 m. y de 1 p. m. a 5 p. m. en el juzgado asignado; sin embargo, debe resaltarse que, aparte de que la declarante no especifica a ciencia cierta que labor o labores desempeñaban al interior del despacho judicial, no se explica entonces en qué momento iban, ya fuera al ISS o COLPENSIONES, a recibir los procesos asignados o a asistir a las reuniones a las que se hace referencia en el recurso de alzada. También dijo esta deponente que en el ISS los abogados externos tenían su propia oficina con un locker y que en COLPENSIONES tenían un espacio donde se contestaban las demandas y que ella había visto a la actora ahí realizando esa labor; no obstante, la propia demandante dijo en su interrogatorio que en el ISS había un espacio donde “*si querían*” podían ir a realizar alguna labor, pero que en COLPENSIONES no tenían ningún lugar porque el espacio de la entidad era muy reducido, aspecto también referido por la tercera testigo. Señaló igualmente la segunda deponente que en el ISS si había abogados de planta que ejercían la defensa jurídica de la entidad, contradiciendo así lo expuesto por la primera testigo, quien se itera, dijo ser la coordinadora del área de defensa judicial del antiguo instituto.

De otro lado, las testigos manifestaron que para contestar las demandas era una obligación seguir el lineamiento de la entidad so pena de sanciones o llamados de atención, pero al indagárseles a fondo sobre ese aspecto, todas reconocieron que no les constaba que por ese hecho se hubiese sancionado

o llamado la atención a algún abogado y muchos menos a la promotora de la acción.

Por su parte, COLPENSIONES convocó como testigo a la señora CLAUDIA MELISSA RENGIFO ORTIZ quien dijo estar vinculada como profesional senior en esa entidad desde junio de 2015 y haber conocido a la actora como abogada externa de la misma. la deponente mencionó la que dijo que a la demandante, ni a ningún abogado externo se le imponía horarios, sino que debían ejercer la defensa judicial en el tiempo que el juzgado les fijara las audiencias y que ellos podían disponer del tiempo y el lugar donde contestarían las demandas; que en la entidad no se hacían llamados de atención, ni se imponían sanciones, pues lo que se hacía en caso de que algún abogado externo dejara de contestar una demanda era presentar la respectiva queja ante el Consejo Superior de la Judicatura; que en la entidad no existía ningún instructivo para contestar las demandas, sino que lo que había era un compendio de jurisprudencia que se les entregaba para que lo tuvieran en cuenta, pero que precisamente a los abogados externos se les contrataba de acuerdo a sus conocimiento y experticia (Min. 2:12:40 – 2:25:47).

Valorado los anteriores medios probatorios, concluye esta Sala que tal como lo razonó el a quo y contrario a lo aducido por el recurrente, si bien la demandante acredita la prestación del servicio primeramente al ISS y posteriormente a COLPENSIONES, con los elementos de juicio que reposan en el plenario se desvirtuó la presunción establecida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 compilado en el Decreto 1083 de 2015, por las razones que se pasan a explicar:

Al observar detenidamente los diferentes contratos de prestación de servicios suscritos, se puede establecer que cumplen el criterio de necesidad contemplado en el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y de la conveniencia en su momento para el ISS y COLPENSIONES de realizar su defensa jurídica ante los estrados judiciales, la cual no podía ser realizada con personal interno debido al hecho conocido a nivel nacional del alto cúmulo de procesos en contra de las AFP del RPMPD, y lo cual se refuerza con prueba testimonial arrimada, donde se dejó claro que a la demandante se le asignaba un número determinado de procesos sobre los que debía elaborar la correspondiente defensa y, posteriormente, todos los procesos

en contra del ISS o COLPENSIONES que fueran repartidos al despacho asignado.

Del mismo, se tiene que la coordinación con la dirección jurídica seccional Valle del antiguo ISS y de conformidad con las directrices impartidas por la Unidad de Procesos de la Dirección Jurídica Nacional, señalada en los contratos que se suscribieron con esa administradora, hacen parte de los medios que pueden utilizar las Entidades Estatales para el cumplimiento de los fines de la contratación dispuesta en el numeral 1 del artículo 14 de la misma Ley 80 de 1993, esto es la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, pero que en nada se asemeja a subordinación por parte de la entidad pública sobre el contratista. Acorde con este punto, la testigo traída por COLPENSIONES, CLAUDIA MELISSA RENGIFO ORTIZ, indicó que la actora no recibía directrices sobre la forma en que debía contestar las demandadas, sino que lo que existía era una especie de compendio de jurisprudencia que debían tener en cuenta, lo cual no es contrario al documento que le puso de presente el apoderado de la parte actora dentro de la diligencia (fs. 84-179).

Se refuerza aún más que la actora no estaba subordinada, cuando quedó plenamente identificado con el testimonio de la profesional senior traída por COLPENSIONES que la litigante no cumplía horarios, que asumía la defensa jurídica de la entidad en el tiempo que ella dispusiera acorde con la agenda de programación de las diferentes diligencias de los respectivos juzgados laborales, por lo que no puede colegirse un cumplimiento de horarios como se pretende en la demanda ligada al de los estrados judiciales, teniéndose en cuenta la naturaleza misma de la profesión de la actora -abogada- que hace imposible identificar el cumplimiento de las tareas en un espacio de tiempo determinado cuando se labora de forma externa, aunado que, las reglas de la experiencia enseñan que, en principio, la labor litigiosa de los profesionales del derecho está supeditada a la hora judicial, sin que por ello pueda llegar a colegirse que se trata de un horario impuesto por el mandante.

Aunado a lo anterior, después de haber sido ampliamente interrogadas por el operador judicial, todas las testigos convocadas por la parte actora terminaron reconociendo que todos los trámites de la defensa se hacían en la casa o donde el abogado externo dispusiera,

teniendo la posibilidad, “*si querían*”, de acudir a una sala ubicada en el ISS, pero no en COLPENSIONES, como lo dijo la demandante, sin que por ello implique una imposición de las demandadas.

De los contratos se informa también que la abogada asumía todos los costos de gastos de notificaciones, desgloses, desarchivo de expediente, expedición de copias y transportes y aquellos necesarios para el correcto cumplimiento de los procesos, por lo que se cumple con otra de las subreglas expuestas por la Corte Constitucional relativas al contrato de prestación de servicios con el Estado y es que el contratista disponga de autonomía administrativa, y que contenga un amplio margen de discrecionalidad respecto a los métodos y medios que tiene a su disposición para ejecutar el objeto contractual, de manera que éste no está sujeto a superiores o jefes inmediatos que le indiquen en su devenir diario el adecuado ejercicio de sus labores, dado que se debe a su conocimiento especializado, el cual no ostenta ningún otro de los empleados de planta, que se han contratado sus servicios, sin que se configure, como pretende hacerlo ver el recurrente, que esa autonomía se pierde por el hecho de que ocasionalmente se convoque al contratista a reuniones, pues contrario a lo argumentado, no existe prueba de que la asistencia fuera obligatoria o, en su defecto, que se aplicara alguna consecuencia disciplinaria por la no asistencia.

Sobre este último aspecto, la testigo JENNIFER DE JESÚS GRAVENTHORST advirtió que los abogados internos del ISS no ejercían la defensa jurídica de la entidad en procesos litigiosos, de lo que se colige que las funciones realizadas por los abogados de planta no son equiparables a los de los abogados externos contratados precisamente por su especialidad y experiencia en litigio, fue así que también la testigo de COLPENSIONES ilustró que para la contratación de profesionales externos se toman en cuenta requisitos mínimos de conocimientos y de experiencia y con base a ella realizan por sus propios medios la defensa.

No menos relevante resulta para este asunto que las testigos manifestaron que no había cláusula de exclusividad de la litigante para con las entidades públicas y que la actora por la prestación de sus servicios presentaba cuentas de cobro, acompañadas de la última pieza para lograr el respectivo pago.

Así las cosas, como bien lo reflexionó la juez de primera instancia la demostración en el presente proceso de la prestación de un servicio y su

remuneración son elementos concomitantes en uno y otro tipo de contratación sea laboral o de prestación de servicios, no obstante el elemento determinante como es el de la subordinación quedó derruido, al verificarse que la labor de abogada desempeñada por la señora KELLY CAROLINA MENDOZA CAMACHO era ejercida de manera independiente y autónoma, de tal forma, que de acuerdo a lo considerado en precedencia, los mencionados contratos de prestación de servicio no perdieron su esencia y por tanto no es posible declarar la primacía de la realidad sobre las formas contenida en el artículo 53 de la Constitución Nacional.

Colofón de lo anterior, la Sala descarta la existencia de una indebida valoración de los elementos de prueba denunciados por el recurrente en su alzada; comoquiera que lo que resulta palmario de tales probanzas es que desvirtúan la presunción del artículo del Decreto 2127 de 1945 compilado en el Decreto 1083 de 2015, en tanto de ellos, valorados de manera conjunta emerge la prestación no subordinada de los servicios contratados, ergo acertó la instancia al no declarar la existencia del contrato realidad, quedando incólume la conclusión del juzgado, por lo que se CONFIRMARÁ la sentencia.

Por sustracción de materia la Sala se releva del estudio del segundo y tercer problema jurídico al no existir condena alguna en contra de las convocadas, resulta inane estudiar sobre la sustitución patronal deprecada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente, por no haber prosperado su recurso de apelación.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

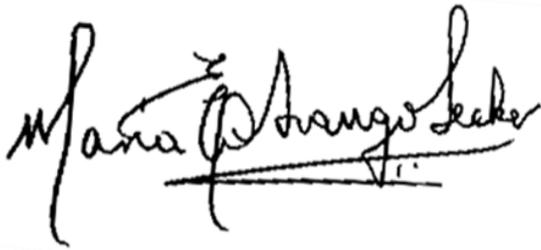
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 276 del 23 de julio de 2019, emitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Cali

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de la parte **DEMANDANTE**, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Isabel Arango Secker', enclosed in a thin black rectangular border.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

A stylized handwritten signature in black ink, consisting of a large loop and a long tail.

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

A handwritten signature in black ink, clearly legible as 'Carolina Montoya Londoño'.

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO