

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: JENNYFER DE JESÚS GRAVENHORST OLMEDO
DEMANDADO: PAR ISS
RADICACIÓN: 76001-31-05-013-2014-00838-01
ASUNTO: Apelación y consulta sentencia de octubre 24 de 2016
ORIGEN: Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali
TEMA: contrato realidad
DECISIÓN: MODIFICA

MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, quince (15) de noviembre 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 DEMANDADA en contra a la sentencia No. 256 del 24 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, así como el grado jurisdiccional de consulta en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **JENNYFER DE JESÚS GRAVENHORST OLMEDO** contra **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO** hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES ISS LIQUIDADO – PAR ISS** administrado por **FIDUAGRARIA S.A.**, con radicado No. **76001-31-05-013-2014-00838-01**.

SENTENCIA No. 265

DEMANDA¹. La promotora de la acción pretende, en lo que interesa a esta instancia, que se condene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy LIQUIDADO al pago de la indemnización convencional por despido injusto, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, incrementos salariales, sanción moratoria y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, expuso que laboró al servicio del extinto ISS desde el 14 de septiembre de 2010 al 30 de marzo de 2013, ocupando inicialmente el cargo de correctora de historia laboral y luego

¹ Fs. 2-12

como coordinadora de la defensa judicial, con un horario de 8 a. m. a 5 p. m. según la programación semanal del personal administrativo, y algunos sábados por necesidades del servicio, devengando como último salario la suma de \$981.000; que le hicieron firmar contrato de prestación de servicios de manera ininterrumpida, a pesar de que era una trabajadora oficial que estaba bajo las órdenes de su jefe inmediato y que nunca se le reconocieron prestaciones sociales legales, ni convencionales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO². La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando en su defensa que la actora fue vinculada a través de la modalidad y ejecución de contratos de prestación de servicios en aplicación de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, rigiéndose por las reglas y principios que regulan la contratación estatal, por lo que prestó sus servicios en calidad de contratista; que la contratación no se terminó de forma unilateral y sin justa causa, sino que se dio por vencimiento del plazo contractual. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Falta de causa por inexistencia de la relación laboral, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de la entidad demandada y la innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 256 del 24 de octubre de 2016, declaró no probadas las excepciones propuestas; declaró que entre el ISS LIQUIDADO como empleador y la demandante como empleada, existió un contrato de trabajo a término indefinido terminado sin justa causa, del 14 de septiembre de 2010 al 30 de marzo de 2013; condenó al PAR ISS administrado por FIDUAGRARIA S.A., a pagar al demandante la diferencia salarial (\$627.201), indemnización por despido injusto (\$5.349.186) que debía ser indexada al momento de su pago, prima de navidad (\$2.751.520), cesantías (\$4.016.532), intereses a las cesantías (\$387.586), vacaciones (\$1.614.943), indemnización por no consignación de cesantías (\$12.333.235), sanción moratoria a partir del 30 de junio de 2013, a razón de \$34.962 diarios por cada día de mora en el pago de los emolumentos adeudados, costas procesales y; absolvió a la parte demandada de las restantes peticiones.

² Fs. 132-135

Como fundamentos de su decisión, el a quo señaló, en síntesis, previa mención del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, de los presupuestos para la declaratoria de un contrato de trabajo en el sector oficial y de relacionar las pruebas practicadas, que no se discutía que la demandante fue contratada por el ISS, primero como correctora de historia laboral y posteriormente como coordinadora del área de defensa judicial, a través de contratos u órdenes de servicios del 14 de septiembre de 2010 al 30 de marzo de 2013, sin que hubiesen existido interrupciones superiores a diez días, por lo que no existió solución de continuidad, de lo que emergía la regla general de clasificación de la actora como trabajadora oficial atendiendo la naturaleza jurídica de la entidad, puesto que no se desvirtuó la presunción del contrato de trabajo, al tratarse de labores propias del rol institucional de la administradora, por lo que la actora tenía derecho a las prestaciones sociales propias de esta clase de servidores, como también las establecidas en la CCT, ya que el sindicato que la suscribió tenía representación mayoritaria en el ISS.

Indicó que procedían las pretensiones relativas a las cesantías, sus intereses, compensación de vacaciones y prima de navidad conforme los artículos 48 y 62 de la convención y el artículo 51 de la Ley 1848 de 1969. Además, que la demandante tenía derecho a la indemnización por despido injusto conforme la tabla del artículo 5 convencional y a la sanción moratoria del Decreto 797 de 1949, pues fue notorio la forma irregular de contratación utilizada por la demandada, a pesar de que mucho tiempo atrás venía siendo condenada en los estrados judiciales por esa misma razón. Asimismo, que procedía el reajuste salarial teniendo en cuenta que en sector oficial los salarios se incrementan año a año con base en el IPC, pero que en este caso sólo procedía para los años 2012 y 2013, ya que en los anteriores si existió incremento salarial. Por último, indicó que no operaba la prescripción, ya que se trataba de acreencias causadas desde el 14 de septiembre de 2010 y la reclamación se efectuó el 12 de septiembre de 2013, presentándose la demanda antes de los tres años, el 1° de diciembre de 2014.

IMPUGNACIÓN Y LÍMITES DEL AD QUEM

La parte **DEMANDADA** presentó recurso de alzada argumentando que los servicios prestados por la demandante se materializaron por un contrato de prestación de servicios que en ningún caso generan relación laboral, pues

los contratos se rigieron por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y por la Ley 1150 de 2007, de ahí que no se generaron prestaciones sociales. Agregó, que los servicios se prestaron de forma independiente sin que hubiese existido el elemento subordinación lo que se confirma con el caudal probatorio.

De otro lado, aduce que FIDUAGRARIA S.A. no fue convocada como sujeto procesal, razón por la que el PAR ISS sólo responderá en los términos del contrato de fiducia mercantil No. 015 de 2015, en donde la entidad fiduciaria actuará como vocera y administradora sin comprometer su propio patrimonio.

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 la tesis del libelo introductorio. La parte demandada guardó silencio. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si éste fue interpuesto en primera instancia.

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, más el grado de consulta en lo que no fue objeto de alzada.

PROBLEMAS JURÍDICOS. En estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, se centran a resolver: (i) si FIDUAGRARIA S.A. debía o no concurrir al proceso; (ii) si la relación contractual que existió entre la señora JENNYFER DE JESÚS GRAVENHORST OLMEDO y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO 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, (iii) determinar la viabilidad o no de las prestaciones sociales legales y convencionales, tales como cesantías e intereses de las mismas, prima de navidad, vacaciones y; (iv) si es procedente condenar a la demandada al pago de la sanción moratoria establecida en el Decreto 797 de 1949.

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

CONSIDERACIONES

Previo a iniciar al estudio de la controversia suscitada entre las partes, se hace necesario pronunciarse en relación con el argumento del recurrente, relativo a que la FIDUAGRARIA S.A., quien es la vocera y administradora del PAR ISS, no concurrió al proceso.

Al respecto, debe señalarse que la concurrencia al proceso de la referida entidad fiduciaria no era necesaria para resolver el presente proceso, como quiera que, como primera medida, no era ésta la persona titular o acreedora de los derechos en litigio, pues como bien se menciona en la alzada, en virtud del contrato de fiducia mercantil No. 015 de 2015, simplemente es la vocera y administradora del patrimonio autónomo que se constituyó con los remanentes que quedaron del proceso de liquidación del ISS.

Ahora, en todo caso, si en gracia de discusión se admitiera que la FIDUAGRARIA S.A. es sucesor procesal del ISS LIQUIDADO, se debe tener en cuenta el apoderado de la pasiva que cuando el proceso inició, el ISS, aunque se encontraba en estado de liquidación, aún existía, por lo que era objeto de derechos y obligaciones y su extinción se produjo en el transcurso de juicio, motivo por el cual debemos remitirnos al inciso segundo del artículo 68 del C.G.P., el cual señala que: *"Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren."*

Nótese que el precepto, el cual se aplica al proceso laboral en virtud de la remisión analógica reglada por el artículo 145 del C.P.T. y S.S., establece que el sucesor podrá comparecer al proceso para que se le reconozca tal carácter, es decir, es una potestad más no un imperativo, pues, en todo caso, la sentencia produce efectos frente a ellos.

En ese sentido, FIDUAGRARIA S.A. no tenía la obligación de concurrir al proceso, sino que, al administrar el patrimonio autónomo que se constituyó con los remanentes de la entidad demandada que actualmente se encuentra extinta, de ser el caso, deberá dar cumplimiento a la sentencia

en los términos del contrato de fiducia y las normas que regulan la materia, tal como lo indica el recurrente.

Ahora, para resolver el segundo de los problemas jurídicos planteados, inicialmente la Sala debe destacar que se encuentra demostrado que la demandante suscribió contratos de prestación de servicios con la INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO, en la forma y periodos que a continuación se relacionan:

#	No. Contrato	Fecha Suscripción	Fecha Vencimiento	Folios
1	5000019798	13 /09/2010	30/11/2010	36
2	5000021814	01/12/2010	31/03/2011	34
3	5000023459	01/04/2011	31/10/2011	32
4	5000025649	01/11/2011	30/06/2012	30
5	5000029431	03/07/2012	30/11/2012	27-28
6	5000032889	03/12/2012	28/02/2013	24-25
7	Otrosí 5000032889	01/03/2013	31/03/2013	23

Los cinco primeros contratos tenían por objeto, entre otros: “COLABORAR Y EFECTUAR PARA LA GERENCIA SECCIONAL PENSIONES LA LECTURA, VERIFICACIÓN, CORRECCIÓN, ENVÍO Y ARCHIVO DE REPORTE DE HISTORIA LABORAL (...) COADYUVAR Y BRINDAR LA INFORMACIÓN REQUERIDA Y NECESARIA A LA – GERENCIA SECCIONAL – PENSIONES DEPARTAMENTO DE HISTORIA LABORAL Y NÓMINA DE PENSIONADOS, PARA DAR PRONTA Y CUMPLIDA RESPUESTA A LOS REQUERIMIENTOS IMPETRADOS POR PETICIONARIOS O ENTIDADES PÚBLICAS (...) COLABORAR EN MATERIA DE CAPACITACIÓN AL SEGURO SOCIAL – GERENCIA SECCIONAL – PENSIONES CUANDO LE SEA REQUERIDO (...) CUMPLIR CON LOS DESPLAZAMIENTOS PROGRAMADOS POR LA VICEPRESIDENCIA A LAS DIFERENTES SECCIONALES DEL PAÍS CUANDO EL NEGOCIO DE PENSIONES LO REQUIERA.” El último contrato se suscribió con el objeto de: “apoyar la gestión, organización y entrega del archivo del área que demanda la necesidad, en el marco de las labores, funciones y políticas de archivo que precise el ISS EN LIQUIDACIÓN.

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES DEL ISS.

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.

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 no corresponden a las catalogadas como de dirección o confianza, sino de apoyo como se desprende de los contratos de prestación de servicios, en caso de comprobarse la existencia del vínculo laboral, la señora JENNYFER DE JESÚS GRAVENHORST OLMEDO, ostentaría la calidad de trabajadora oficial.

DEL CONTRATO REALIDAD. El Decreto 2127 de 1945, en sus artículos 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 destruir la presunción.

En el presente caso, no encuentra margen de duda el hecho que la actora prestó sus servicios personales en la ejecución de los contratos de prestación de servicios referidos en párrafos anteriores, 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, si 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 adoctrinado 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 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. Conforme se dejó sentado al inicio de estas consideraciones, la señora JENNYFER DE JESÚS GRAVENHORST OLMEDO suscribió seis contratos de prestación de servicios con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO, entre 13 de septiembre de 2010 y 31 de marzo de 2013, con el objeto de prestar apoyo en actividades relacionadas con las historias laborales, recolección de información y el archivo, lo cual de entrada permite inferir a este Cuerpo Colegiado que las labores contratadas no eran extrañas, exógenas, ni transitorias dentro la extinta entidad de seguridad social, sino que, por el contrario, correspondían a las del giro ordinario de su actividad como administradora del RPMPD, aspecto que por sí solo se convierte cuando menos en un indicio respecto la inadecuada utilización del contrato de prestación de servicios reglado por la Ley 80 de 1993 y, de contera, del ocultamiento bajo esa modalidad contractual, de una verdadera relación laboral.

Ahora, respecto la forma en que como desarrollaron las labores contratadas por parte de la demandante al interior del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO, rindieron testimonio los señores HANNY ADRIANA CHALARCA (Min. 05:30 – 18:00), quien indicó haber sido su compañera entre 2013 y 2013, y PABLO EMILIO MARTÍNEZ APARICIO (Min. 19:10 – 27:45), quienes señaló haber sido el jefe inmediato de la actora en el área de historia laboral.

Los testigos coincidieron en manifestar que la demandante laboró inicialmente en el Departamento de Historia Laboral y Nómina de Pensionados, desempeñándose como correctora de historia laboral y posteriormente pasó al área jurídica en donde se desempeñó como coordinadora de los abogados externos que ejercían la defensa judicial de la entidad; que cumplía el horario impuesto por la entidad de 8 a. m. a 5 p. m.; que en ocasiones debían trabajar los sábados cuando había retrasos y que para ausentarse debía pedir autorización del jefe inmediato; que el servicio no se podía prestar en otro lugar porque en la entidad estaban los expedientes administrativos y los aplicativos a través de los cuales se manejaba la información; que todos los implementos de trabajo eran proporcionados por el instituto; que tenía jefes inmediatos quienes le impartían ordenes e instrucciones; que en la entidad había personal de planta en el Departamento de Historia Laboral y Nómina de Pensionados que hacía sus mismas funciones, como la señora Janeth Lava y, en el área jurídica, la señora Cruz Elena Gómez; que los empleados de planta ganaban más a pesar de que la actora tenía una carga laboral superior; que la actora se desvinculó de la entidad, ya que no se le renovó el contrato, pero no le dieron explicación alguna.

Analizados los testimonios que se acaban de referenciar, la Sala considera que las dos testigos fueron coherentes en sus relatos, expusieron con claridad las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las cuales tuvieron conocimiento de los hechos objeto de su declaración, es decir, exteriorizaron ante el operador judicial la ciencia de la razón de su dicho.

Analizando los medios de prueba en su conjunto, para la Sala no resultan de recibo los argumentos de la recurrente pasiva, pues atendiendo a las características del contrato de prestación de servicios con el Estado, se tiene que el contratista debe tener 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, situación que aquí no se presenta, ya que resulta contrario a los fines para los cuales se autorizó esta modalidad contractual en la administración pública, que las personas que van a cumplir labores operativas y que dan apoyo en actividades ordinarias y propias del objeto de la empresa, estén vinculadas mediante contrato de prestación de servicios, mientras que sus compañeros y superiores, de quienes reciben órdenes e instrucciones, si hagan parte de la planta de personal.

Debe resaltarse que difícilmente las labores de apoyo y coordinación permitirían a la demandante tener un grado de discrecionalidad para realizar sus funciones, pues dicha labor dependía enteramente del Jefe del Departamento de Historia Laboral y Nómina de Pensionados y del Jefe del Área jurídica, quienes le impartían ordenes; además que la actora debía cumplir un horario establecido por la entidad, aspectos que contradicen la autonomía e independencia con que deben contar los contratistas del Estado.

Por otro lado, como se mencionó en líneas que anteceden, la prestación del servicio de la promotora de la acción no fue de manera temporal, ya que, de acuerdo con los contratos de prestación de servicios suscritos, su labor se extendió por poco menos de tres años, aunando que la demandada no acreditó dentro del proceso las circunstancias que la habilitaron para suscribir los mencionados contratos de prestación de servicios con la demandante en los términos que alega -Ley 80 de 1993-, esto es, que las actividades no podían hacerse con personal de planta o que requerían conocimientos especializados, circunstancias que no se presumen por la suscripción formal del contrato, debido a que son eventos excepcionales los que posibilitan la suscripción de tales contratos, por lo que no pueden ser presumidas y, por ello, deben ser probadas por quien las alegue en su favor.

Así las cosas, considera la Sala que fue acertada la decisión del a quo en cuanto que, en virtud del principio de la realidad sobre las formas, los servicios personales prestados por la señora JENNYFER DE JESÚS GRAVENHORST OLMEDO al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

LIQUIDADO estuvieron mediados por un verdadero contrato de trabajo, razón por la que se confirmará la sentencia en ese sentido.

Atendiendo que la actora durante la vigencia del contrato de trabajo ostentó la calidad de trabajadora oficial del ISS, como se explicó en líneas que anteceden, ha de extenderse a su favor los beneficios y derechos extralegales consagrados en la CCT suscrita entre esa entidad y el sindicato SINTRASEGURIDAD SOCIAL, la cual valga anotar fue aportada al proceso con la respectiva nota de depósito (fs. 43-112), de conformidad con lo consagrado en el numeral 1 del artículo 471 del C.S.T., como quiera que la mencionada organización sindical agrupaba más de la tercera parte de la planta de personal del ISS, tal como se consignó en el artículo 3 de la convención (f. 44).

En lo que respecta al incremento salarial, ha de indicarse que de conformidad con la Ley 6 de 1945, el Decreto 1083 del 2015 y el Decreto 1919 del 2002, los trabajadores oficiales tienen derecho por lo menos a un incremento anual de su remuneración cuando no se haya establecido algo distinto en el contrato de trabajo o en la CCT. En el caso de autos, se extrae de los contratos de prestación de servicios que la promotora de la acción devengó para el año 2010 una suma mensual equivalente a \$956.733 y para los años 2011, 2012 y 2013, su remuneración ascendió a 987.061, de lo que emerge que, para los años 2012 y 2013, tiene derecho a que se le actualice su salario con base en el IPC certificado por el Dane, lo que arroja una remuneración para esas calendas equivalente a \$1.023.878 y \$1.048.860, respectivamente, lo que a su vez da como resultado unas diferencias salariales en su favor por valor de \$627.201, tal como lo consideró el operador judicial de instancia.

EVOLUCIÓN DE SALARIOS						
CALCULADO			PAGADO	DIFERENCIA	# MESES	TOTAL
AÑO	IPC Variación	SALARIO				
2.011	0,0373	987.061	N/A	N/A	N/A	N/A
2.012	0,0244	1.023.878	987.061	36.817	12	\$441.804
2.013	0,0194	1.048.860	987.061	61.799	3	\$185.397
					TOTAL	\$627.201

Ahora, si bien los contratos de prestación de servicios que formalmente suscribió la actora con el extinto ISS tenían un plazo fijo determinado, el artículo 5 de la CCT dispone que todos los trabajadores oficiales de la entidad serán vinculados por regla general a través de

contrato de trabajo a término indefinido y sólo excepcionalmente, para labores accidentales o transitorias se vincularía personal mediante contratos de trabajo a término fijo, pero como quiera que las labores para las cuales fue contratada la señora JENNYFER DE JESÚS GRAVENHORST OLMEDO eran permanentes y hacían parte del giro ordinario de la AFP del RPMPD, ha de entenderse que, por primacía de la realidad y al ser beneficiaria de la convención, su vínculo laboral estuvo regido bajo la modalidad indefinida, lo que le otorga el derecho a la indemnización consagrada en el literal b) de la norma convencional referida, equivalente a 50 días de salario por el primer año y 30 días por los años subsiguientes y proporcional, la cual, liquidada con base en la última remuneración mensual percibida por la actora de acuerdo con las actualizaciones anuales de ley, conforme se realizó con antelación, que ascendía a \$1.048.860, arroja como resultado una indemnización correspondiente a 96,58 días de salario por valor de **\$3.376.630** y no de \$5.349.186 como lo estableció la primera instancia, por lo que se modificará la sentencia en ese puntual aspecto.

El artículo 32 del Decreto 1045 de 1978, consagra una prima de navidad equivalente a un mes de salario y proporcional, para los trabajadores oficiales del sector nacional. Además, conforme el artículo 27 del Decreto 3118 de 1968 en consonancia con el artículo 17 de la Ley 6 de 1945, los servidores públicos tienen derecho a la liquidación anual de sus cesantías. Adicionalmente, a los intereses anuales del 12 % sobre el valor de éstas. De otro lado, el artículo 48 convencional, establece el derecho a 15 días de vacaciones para los trabajadores oficiales del ISS con un tiempo de servicio de hasta 5 años.

De acuerdo con lo anterior, las prestaciones legales y convencionales mencionadas, liquidadas con base en el salario mensual al que se hizo referencia al liquidar la indemnización por despido injusto, corresponden a los valores liquidados por la primera instancia, por lo que también se confirmará el fallo en ese aspecto.

AÑO	SALARIO	PRIMA NAVIDAD	CESANTÍAS	INT. CESANTÍAS	VACACIONES
2010	\$956.733	\$478.366	\$287.020	\$10.332	\$478.366
2011	\$987.601	\$987.601	\$987.601	\$118.447	\$493.530
2012	\$1.023.878	\$1.023.878	\$1.023.878	122.865	\$511.939
2013	\$1.048.860	\$262.215	\$262.215	\$7.866	\$131.107

TOTAL		\$2.751.520	\$2.560.714	\$259.510	\$1.614.943
--------------	--	--------------------	--------------------	------------------	--------------------

Como se observa, la Sala obtuvo montos inferiores frente a las cesantías y los intereses a las cesantías de los que se condenó en primera instancia, debiendo resaltar que el error del a quo estribó en que, para los años 2010 y 2013, liquidó tales prestaciones como si la demandante hubiese laborado los 360 días, sin percatarse que en dichas anualidades el laboreo fue proporcional, ya que la relación laboral inició el 13 de septiembre de 2010 y terminó el 31 de marzo de 2013, por lo que también se modificará la sentencia en ese sentido.

Ahora, en lo que respecta a la sanción moratoria contemplada en el Decreto 797 de 1949, se ha pronunciado la pacífica línea jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentido que su aplicación no es automática, sino que corresponde al operador judicial analizar cada caso en concreto con el fin de verificar si el empleador exteriorizó razones atendibles por las cuales no pago las prestaciones sociales al término del vínculo laboral, es decir, debe el juez verificar si la conducta del demandado estuvo revestida de buena o mala fe (SL2675-2022).

En el presente caso, en criterio de la Sala la demandada no obró de buena fe, puesto que se abstuvo de reconocer y pagar a la demandante las acreencias laborales que le correspondían, sin que pueda tomarse como excusa la vinculación formal bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios porque, como ya se estableció, se hizo un uso indebido de esa forma de contratación estatal para esconder una verdadera relación laboral, sobre todo para la vinculación de personas que deban desempeñar funciones de carácter permanente, es decir, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO actuó en contravía de un mandato legal, de ahí que bajo ninguna óptica puede concluirse que en la conducta laboral de la convocada al pleito existieron razones serias o atendibles configurativas de buena fe que la exoneren de la condena a la sanción moratoria aludida, ni tampoco que estaba invenciblemente convencida de que el contrato era de prestación de servicios, ya que las labores contratadas eran permanentes y propias del giro ordinario de las actividades de la AFP, es decir, debían ser ejecutadas por personal de planta.

No puede perderse de vista que es deber del Juez laboral no tolerar y, por el contrario, censurar actuaciones como las que se estudiaron en el presente caso; en especial, cuando provienen por parte de las entidades que hacen parte de la administración. En este orden de ideas, se confirmará la sentencia en cuanto impuso a la pasiva la obligación de reconocer y pagar la sanción moratoria a partir del 30 de junio de 2013, como quiera que la entidad contaba con noventa días de gracia para realizar el pago de las prestaciones adeudadas, a razón de \$34.962 diarios hasta que se realice el pago de las prestaciones adeudadas.

Así las cosas, la sentencia será modificada en cuanto al monto de la indemnización por despido injusto, las cesantías y sus intereses y se confirmará en todo lo demás. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada por no haber prosperado su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, al momento de su pago.

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: MODIFICAR los numeral **SEGUNDO** y **TERCERO** de la sentencia No. 256 del 24 de octubre de 2016, emitida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **DECLARAR** que la indemnización por despido injusto, las cesantías y los intereses a las cesantías a las que tiene derecho la señora **JENNYFER DE JESÚS GRAVENHORST OLMEDO**, ascienden a la suma de **\$3.376.630, \$2.560.714** y **\$259.510**, respectivamente, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a cargo de la parte **DEMANDADA**, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'María Isabel Arango Secker'. The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath.

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Fabian Marcelo Chavez Niño'. The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath.

FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Carolina Montoya Londoño'. The signature is written in a cursive style with a horizontal line underneath.

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO