

**REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL**



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

**DEMANDANTE:** SANDRA MILENA TORO USMA  
**DEMANDADO:** PAR ISS  
**RADICACIÓN:** 76001-31-05-008-2015-00368-01  
**ASUNTO:** Apelación y Consulta sentencia de mayo 19 de 2016  
**ORIGEN:** Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali  
**TEMA:** contrato realidad  
**DECISIÓN:** Revoca parcialmente y modifica

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintinueve (29) 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. 198 del 19 de mayo de 2016, proferida por el Juzgado Octavo 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 **SANDRA MILENA TORO USMA** contra **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO** hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES ISS LIQUIDADO – PAR ISS** administrado por **FIDUAGRARIA S.A.**, con radicado No. **76001-31-05-008-2015-00368-01**.

**SENTENCIA No. 285**

**DEMANDA<sup>1</sup>.** La promotora de la acción pretende, en lo que interesa a esta instancia, que se declare que entre ella y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy LIQUIDADO, existió un contrato de trabajo a término indefinido en el que ostento la calidad de trabajadora oficial y que es beneficiaria de la CCT; como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio convencional, vacaciones, sanción moratoria, indemnización por no consignación de cesantías y las costas del proceso.

---

<sup>1</sup> Fs. 193-206

Como sustento de sus pretensiones, expuso que se vinculó al ISS el 26 de enero de 2010 a través de un contrato de prestación de servicios por el término de tres meses para realizar labores de apoyo en la gestión administrativa del Departamento de Pensiones directamente relacionadas con el objeto social del instituto; que suscribió posteriormente otros contratos de forma sucesiva, completando un total de 2 años, 10 meses y 4 días de vinculación con la entidad; que no se le cancelaron prestaciones sociales, ni vacaciones, como tampoco los beneficios contemplados en la CCT; que elevó reclamación administrativa solicitando el reconocimiento y pago de dichos conceptos, pero recibió respuesta negativa.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

**PAR ISS<sup>2</sup>.** 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 y la innominada.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 198 del 19 de mayo de 2016, declaró que entre la señora SANDRA MILENA TORO USMA y el ISS hoy LIQUIDADO existió un contrato de trabajo del 26 de enero de 2010 al 30 de noviembre de 2012; condenó al PAR ISS administrado por FIDUAGRARIA S.A., a pagar a la demandante primas legales y convencionales (\$4.785.748), cesantías (\$2.392.874), intereses a las cesantías (\$272.733), vacaciones (\$1.210.946), indemnización por no consignación de cesantías (\$17.985.415), sanción moratoria (\$35.832.685) que se continuaría causando hasta la fecha efectiva del pago de las prestaciones sociales a razón de \$28.326,23 diarios; ordenó la indexación de los valores reconocidos por vacaciones e intereses a las cesantías; condenó a la pasiva en costas procesales y la absolvió de las restantes peticiones.

---

<sup>2</sup> Fs. 235-243

Como fundamentos de su decisión, la 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 los contratos de prestación de servicios que la actora suscribió con el ISS quedaron desvirtuados debido que se demostraron los elementos constitutivos de una relación laboral, como son la prestación personal del servicio del 26 de enero de 2010 al 30 de noviembre de 2012; la subordinación al no haberse desvirtuado la presunción prevista en la Ley 6 de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año, estar probado el cumplimiento de un horario de trabajo y que la demandante recibía órdenes e instrucciones de empleados de planta de la entidad y; la remuneración, ya que recibía una contraprestación económica mensual por sus servicios, por lo que se debía declarar el contrato de trabajo en el cual la accionante ostentó la calidad de trabajadora oficial. Agregó, que, por dicha calidad, tenía derecho a beneficiarse de la CCT, ya que el sindicato que la suscribió tenía representación mayoritaria en el ISS.

Indicó que no procedía la pretensión relativa a la nivelación salarial debido que la demandante no acreditó que existiera una la planta auxiliar de servicio grado 16 que devengaran una remuneración superior a ella para el reconocimiento de diferencias salariales, pero que sí procedían las peticiones de prestaciones sociales como la prima de servicios del artículo 50 convencional; la prima de navidad consagrada en el Decreto 1045 de 1978; las vacaciones del artículo 48 del acuerdo convencional; las cesantías de conformidad con los Decretos 3118 de 1968 y 1160 de 1947 y las leyes 6° de la 1945 y 1344 de 1996; los intereses a las cesantías según el artículo 62 de la CCT. Además, que la demandante tenía derecho a la indemnización por no consignación de cesantías de la Ley 50 de 1990 y a la sanción moratoria del Decreto 797 de 1949, pues quedaron sin fundamento los argumentos de la demandada para no reconocer acreencias laborales, ya que la demandante fue contratada para desempeñar una labor propia del giro ordinario de la entidad, por lo cual no era valedera la contratación administrativa de la Ley 80 de 1993 por no tratarse de actividades transitorias o accidentales.

### **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 como quedó demostrado con la declaración de la testigo Diana María Mosquera, pues los contratos celebrados con el ISS en desarrollo de su objeto social se rigieron por el numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, de ahí que no se generaron prestaciones sociales.

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, 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 SANDRA MILENA TORO USMA 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 servicios, prima de navidad, vacaciones y; (iv) si es procedente condenar a la demandada al pago de la indemnización

por no consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y 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 el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO, en la forma y períodos que a continuación se relacionan:

| # | No. Contrato | Fecha<br>Suscripción | Fecha<br>Vencimiento | Folios |
|---|--------------|----------------------|----------------------|--------|
| 1 | 5000017633   | 18 /01/2010          | 30/06/2010           | 5 y 38 |
| 2 | 5000018266   | 01/07/2010           | 30/11/2010           | 6      |
| 3 | 5000021874   | 01/12/2010           | 31/03/2011           | 7      |
| 4 | 5000023518   | 01 /04/2011          | 31/10/2011           | 8      |
| 5 | 5000025725   | 01/11/2011           | 30/06/2012           | 9      |
| 6 | 5000029515   | 03/07/2012           | 30/11/2012           | 10     |

Los anteriores contratos tenían por objeto, entre otros: “PRESTAR APOYO A PREPENSIONADOS SUMINISTRANDO INFORMACIÓN RESPECTO DE TRÁMITES DE: INVALIDEZ, VEJEZ, MUERTE, AUXILIOS FUNERARIOS E INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA (...) NOTIFICAR ACTOS ADMINISTRATIVOS DE RECONOCIMIENTO O NEGACIÓN DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CUANDO HAYA LUGAR A ELLO (...) RECEPCIONAR ADECUADAMENTE LAS SOLICITUDES PENSIONALES CUANDO HAYA LUGAR A ELLO (...) PRESTAR APOYO EN NOVEDADES EN LA NÓMINA (...) CUMPLIR CON LOS DESPLAZAMIENTOS PROGRAMADOS POR LA VICEPRESIDENCIA A LAS DIFERENTES SECCIONALES DEL PAÍS.”

**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 SANDRA MILENA TORO USMA, 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 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 SANDRA MILENA TORO USMA suscribió seis contratos de prestación de servicios con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO, entre 26 de enero de 2010 y 30 de noviembre de 2012, con el objeto de prestar apoyo en actividades como la atención a las personas próximas a pensionarse, recibir las solicitudes de reconocimiento pensional y notificar el acto administrativo que las resolvía, entre otras, 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 como desarrollaron las labores contratadas por parte de la demandante al interior del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO, rindió testimonio la señora DIANA MARÍA MOSQUERA MURILLO (Min. 06:54 – 18:31), quien manifestó haber sido compañera de la promotora de la acción en la entidad desde el 18 de agosto de 2010 hasta el 30 de noviembre de 2012, cuando ambas fueron desvinculadas.

La testigo coincidieron expuso que la demandante laboró en el CAP Norte y en la sede de Bellavista en el área de atención al pensionado realizando la radicación de los auxilios funerarios, recibiendo documentos y posteriormente fue pasada al programa de atención al pre pensionado donde le correspondía atender al público y realizar la corrección de historia laboral cuando era solicitado; que cumplía el horario impuesto por la entidad de 8 a. m. a 5 p. m. de lunes a jueves y viernes de 8 a. m. a 4 p. m., que en ocasiones debían trabajar los sábados y que para ausentarse debía pedir autorización del jefe inmediato; que el servicio no se podía prestar en otro lugar; que los jefes inmediatos de la actora y quienes le impartían órdenes e instrucciones eran Adriana Patricia Barco que era la jefe de atención al pensionado, Tomas Joaquín Reyes que era el jefe de pensiones y la doctora Carolina, sin recodar el apellido, que era la jefe de nómina e historia laboral.

Examinado el testimonio que se acaba de referenciar la Sala considera que la testigo fue coherente en su relato, expuso con claridad las circunstancias de modo, tiempo y lugar por las cuales tuvo conocimiento de los hechos objeto de su declaración, es decir, exteriorizó 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 operativas y de apoyo permitirían a la demandante tener un grado de discrecionalidad para realizar sus funciones, pues dicha labor dependía enteramente del jefe de atención al pensionado y del jefe de pensiones, quienes le impartían órdenes; 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, aunado a 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 de la a quo en cuanto que, en virtud del principio de la realidad sobre las formas, los servicios personales prestados por la señora SANDRA MILENA TORO USMA 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 demandante durante la vigencia del contrato de trabajo ostentó la calidad de trabajadora oficial del ISS, como se explicó en líneas que anteceden, han de extenderse a su favor los beneficios y derechos

extralegales consagrados en la CCT suscrita entre esa entidad y la el sindicato SINTRASEGURIDAD SOCIAL, la cual valga anotar fue aportada al proceso con la respectiva nota de depósito (fs. 61-132), 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. 63).

Ahora, el artículo 50 de la CCT establece dos primas de servicios anuales equivalente a 15 días que se pagarían en la primera quincena de junio y la primera quincena de diciembre. Por su parte, 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.

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, la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de las prestaciones legales y convencionales mencionadas, las cuales se liquidarán con el salario que para cada anualidad devengó la actora de conformidad con el valor de cada contrato de prestación de servicios suscrito dividido con base en el número de meses establecido como plazo contractual a fin de establecer el monto mensual de la remuneración, equivale a **\$823.676** para el año 2010 y **\$849.787** para los años 2011 y 2012.

| AÑO          | SALARIO   | PRIMA<br>NAVIDAD   | PRIMA<br>SERVICIOS | CESANTÍAS          | INT.<br>CESANTÍAS | VACACIONES         |
|--------------|-----------|--------------------|--------------------|--------------------|-------------------|--------------------|
| 2010         | \$823.676 | \$766.476          | \$766.476          | \$766.476          | \$85.590          | \$424.893          |
| 2011         | \$849.787 | \$849.787          | \$849.787          | \$849.787          | \$101.974         | \$361.159          |
| 2012         | \$849.787 | \$776.611          | \$776.611          | \$776.611          | \$85.168          | \$424.894          |
| <b>TOTAL</b> |           | <b>\$2.392.874</b> | <b>\$2.392.874</b> | <b>\$2.392.874</b> | <b>\$272.733</b>  | <b>\$1.210.946</b> |

Hay que anotar que ninguna de las prestaciones reconocidas se encuentra afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, comoquiera que la señora SANDRA MILENA TORO USMA elevó reclamación

administrativa reclamando su pago, el 1 de octubre de 2012 (fs. 11-13), la cual fue resuelta negativamente por el extinto ISS el 26 de noviembre de 2012 (f. 14), mientras que la demanda que dio origen al proceso fue presentada el 19 de junio de 2015 (f. 1), es decir, antes de que trascurrieran los tres años indicados en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S.

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 consignó las cesantías y 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 hoy 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 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, pero se modificará el fallo en el entendido que la

sanción corre a partir del 1° de marzo de 2013, a razón de \$28.326 diarios como quiera que la entidad pública contaba con noventa días de gracia para proceder al pago de las acreencias laborales adeudadas. Adicionalmente, tratándose de entidades de derecho público que han desaparecido, la sanción moratoria solo opera hasta que se suscribe el acta final de liquidación, que para el caso del ISS lo fue el 31 de marzo de 2015, pues a partir de ese momento se configura el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, tal como lo ha establecido en diversas sentencias la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre las que se puede destacar la SL2304-2023. En ese sentido, la sanción moratoria en este caso se aplica del 1° de marzo de 2013 al 31 de marzo de 2015, la cual equivale a la suma de **\$21.244.500.**

Frente a la indemnización por no consignación de cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se tiene que ésta sólo cobija a los trabajadores particulares y a los servidores públicos del orden territorial, categoría en la que no encuadra la promotora de la acción, como quiera que ostentaba la calidad de trabajadora oficial de una entidad del orden nacional como lo era el extinto ISS, por lo cual también se revocará la sentencia en ese puntual aspecto y con esta providencia la Sala recoge la postura expuesta en asuntos conocidos con antelación en contra de esta misma entidad.

Así las cosas, la sentencia será revocada parcialmente y modificada. 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: REVOCAR PARCIALMENTE y MODIFICAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia No. 198 del 19 de mayo de 2016, emitida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **ABSOLVER** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO** hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES ISS LIQUIDADO – PAR ISS** administrado

por **FIDUAGRARIA S.A.** del pago de la indemnización por no consignación de cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y **DECLARAR** que la sanción moratoria del Decreto 797 de 1949 a la que tiene derecho la señora **SANDRA MILENA TORO USMA**, asciende a la suma única de **\$21.244.500**, 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,



**MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**



**FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO**



**CAROLINA MONTOYA LONDOÑO**