

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL



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

DEMANDANTE: *PATRICIA VÉLEZ GARCÍA*
DEMANDADO: *PAR ISS*
RADICACIÓN: *76001-31-05-004-2014-00334-01*
ASUNTO: *Apelación y Consulta sentencia de marzo 15 de 2017*
ORIGEN: *Juzgado Cuarto 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, quince (15) de diciembre 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 los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia No. 036 del 15 de marzo de 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandada, en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **PATRICIA VÉLEZ GARCÍA** contra **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **LIQUIDADO**, hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES ISS LIQUIDADO – PAR ISS** administrado por **FIDUAGRARIA S.A.**, con radicado No. **76001-31-05-004-2014-00334-01**.

SENTENCIA No. 291

DEMANDA¹. 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 del 22 de enero de 2010 al 30 de noviembre de 2012, el cual fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por el empleador; como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de la nivelación salarial conforme los salarios correspondientes al cargo de profesional

¹ Fs. 4-14

universitario, reajuste salarial anual, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, prima de vacaciones, prima de navidad, indemnización por despido injusto, sanción moratoria, indemnización por no consignación de cesantías y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, expuso que prestó sus servicios personales en el extinto ISS del 22 de enero de 2010 al 30 de noviembre de 2012, cumpliendo las funciones propias del cargo de profesional universitario bajo la subordinación y control permanente de sus superiores jerárquicos, sometida al cumplimiento de la jornada máxima legal, por lo cual recibía una remuneración; que a pesar de desempeñar las mismas funciones del profesional universitario, su remuneración ascendió a \$1.824.345 sin variación en los tres años, mientras que la del cargo de planta devengó en 2010 la suma de \$2.553.083, en 2011 la suma de \$2.634.016 y para 2012 la suma de \$2.765.717; que nunca se le reconocieron prestaciones sociales, ni derechos de origen convencional y; que el vínculo fue terminado de forma unilateral por la demandada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

PAR ISS². 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: Innominada, falta de causa para demandar, prescripción, contrato de prestación de servicios ausencia de relación laboral, pago, mala fe de la demandante, y las declarables de oficio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, mediante Sentencia No. 036 del 15 de marzo de 2017, declaró que entre la señora PATRICIA VÉLEZ GARCÍA y el ISS hoy LIQUIDADO existió un contrato de trabajo del 22 de enero de 2010 al 30 de noviembre de 2012; condenó al PAR ISS

² Fs. 120-127

administrado por FIDUAGRARIA S.A., a pagar a la demandante diferencia salarial (\$19.822.876), prima navidad (\$6.850.485), vacaciones y prima de vacaciones (\$8.296.035), cesantías (\$6.850.485), intereses a las cesantías (\$981.173), devolución de aportes a la seguridad social en salud y pensiones conforme las facultades ultra y extra petita (\$4.078.431), sanción moratoria a razón de \$91.178 diarios desde el 5 de abril de 2013 hasta que se verifique el pago de la obligación; absolvió a la pasiva de las restantes pretensiones y la condenó en costas procesales.

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 existía discusión que la actora prestó servicios como asesora en el ISS del del 22 de enero de 2010 al 30 de noviembre de 2012, recibiendo una contraprestación económica a título de honorarios, por lo que tenía en su favor la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual no logró ser desvirtuada por la parte demandada, por el contrario, los testigos dijeron que a la demandante como abogada le correspondía tomar la decisión sobre el reconocimiento de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte, recibiendo órdenes del jefe de atención al pensionado y cumpliendo el horario de 8 a. m. a 5 p. m., con una hora de descanso para almorzar y que si no se cumplía se le hacían llamados de atención, lo que demostraba que el servicio prestado fue subordinado, por lo cual había lugar a declarar la existencia del contrato de trabajo, siendo por tanto la actora una trabajadora oficial beneficiaria de la CCT, por tener el sindicato que la suscribió una representación mayoritaria en el ISS.

Indicó que el salario real que debió devengar la demandante era el certificado para el cargo de profesional universitario grado 27 en aplicación al principio de a trabajo igual, salario igual, razón por la que existían diferencias salariales en su favor. Asimismo, que procedían las cesantías y sus intereses de conformidad con el artículo 62 de la convención; que no procedía la prima de servicios legal por no estar consagrada esa prestación para los trabajadores oficiales de la EICE; que tenía derecho a las vacaciones y prima de vacaciones conforme el artículo 48 convencional y los artículos 8 del Decreto 3135 de 1968, 47 y 48 del Decreto 1848 de 1969, 1° de la Ley

995 de 2005 y 24 y siguientes del Decreto 1848 de 1969; también a la prima de navidad según lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968.

Sostuvo, que la demandante no tenía derecho a la indemnización por despido injusto, pues, aunque el artículo 5 de la CCT establece la estabilidad laboral, al trabajador le correspondía demostrar el hecho del despido, el cual no se probó dentro del proceso, sino que el vínculo se terminó al vencer el plazo del último contrato de prestación de servicios suscrito. Que tampoco tenía derecho a la indemnización por no consignación de cesantías, pues las normas que rigen las cesantías para los trabajadores oficiales del orden nacional no prevén la aplicación del artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Que, si bien no se había solicitado en la demanda la devolución de los aportes a salud y pensión, condenaría a la misma en virtud de las facultades ultra y extra petita, pues no podía desconocer que una proporción de esos aportes le correspondía hacerlos al empleador y en este caso los había sufragado totalmente la demandante de su propio peculio. Por último, que procedía la sanción moratoria del Decreto 797 de 1949 a partir del vencimiento de los 90 días de gracia que tenía el empleador para el pago de las prestaciones, pues quedó desvirtuada la buena fe de la demandada al 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 **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación sobre tres puntos a saber; el primero, la prima de servicios que se debe ordenar con fundamento en el artículo 50 de la CCT; el segundo, relativo a la indemnización por despido injusto, pues la actora ostentó la calidad de trabajadora oficial y beneficiaria de la convención, por lo cual se debe acudir al artículo 5 de la misma, sin tener en cuenta la terminación del contrato de prestación de servicios, ya que fue precisamente con ese que se fictició (SIC) la relación laboral y; el tercero, frente a la indemnización por no consignación de cesantías, que debe imponerse desde el 15 de febrero de 2011, conforme la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1998 que remiten al artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

La parte **DEMANDADA** también presentó recurso de alzada que sustentó exponiendo que los servicios prestados por la demandante se materializaron por un contrato de prestación de servicios regido por la Ley 80 de 1993, de ahí que no se generó una relación laboral, ni prestación social alguna, lo que se apoya en lo dicho por los testigos traídos por la propia parte actora. Agregó, que no procede la sanción moratoria en los términos en que fue decretada en la sentencia, toda vez que el ISS extinguió su personalidad jurídica el 31 de marzo de 2015, siendo esa la fecha hasta la cual operaría esa condena en caso de confirmarse su imposición.

ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Las partes guardaron 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 la relación contractual que existió entre la señora PATRICIA VÉLEZ GARCÍA 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, (ii) determinar si la demandante tiene derecho a la nivelación salarial conforme el cargo de profesional universitario; (iii) si resultan viables o no de las acreencias laborales legales y convencionales, tales como cesantías e intereses de las mismas, prima de servicios, prima de navidad, vacaciones, prima de vacaciones y la indemnización por despido injusto 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

Para resolver el primero 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 periodos que a continuación se relacionan:

#	No. Contrato	Fecha Suscripción	Fecha Vencimiento	Folios
1	5000017634	22 /01/2010	30/06/2010	52 y 54
2	5000018273	01/07/2010	30/11/2010	55
3	5000021883	01/12/2010	31/03/2011	56
4	5000023528	01 /04/2011	31/10/2011	57
5	5000025736	01/11/2011	30/06/2012	58
6	5000029529	03/07/2012	30/11/2012	59

Los anteriores contratos tenían por objeto, entre otros: “ASESORAR JURÍDICAMENTE AL SEGURO SOCIAL – GERENCIA SECCIONAL – PENSIONES EN LA TOMA DE DECISIONES SOBRE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS A RECONOCER A LOS ASEGURADOS Y/O BENEFICIARIOS DE LAS MISMAS, PROYECTAR LA DECISIÓN CORRESPONDIENTE SEGÚN EL ASUNTO A ASESORAR, EN LA DECISIÓN DE PRESTACIONES DE PRIMERA INSTANCIA Y RECURSOS DE REPOSICIÓN (...) COADYUVAR Y BRINDAR LA INFORMACIÓN REQUERIDA Y NECESARIA A LA GERENCIA SECCIONAL – PENSIONES – SEGURO SOCIAL PARA DAR PRONTA Y CUMPLIDA RESPUESTA A LOS REQUERIMIENTOS IMPETRADOS POR LOS PETICIONARIOS O ENTIDADES PÚBLICAS (...) FOLIAR EL EXPEDIENTE CUANDO HAYA LUGAR A ELLO (...) COLABORAR EN MATERIA DE CAPACITACIÓN AL SEGURO SOCIAL – GERENCIA SECCIONAL – VICEPRESIDENCIA DE PENSIONES CUANDO LE SEA REQUERIDO (...) COLABORAR EN LA REALIZACIÓN DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS PARA ADELANTAR Y CULMINAR LA DECISIÓN DE PRESTACIONES ECONÓMICAS.”

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 PATRICIA VÉLEZ GARCÍA, 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 PATRICIA VÉLEZ GARCÍA suscribió seis contratos de prestación de servicios con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO, entre 22 de enero de 2010 y 30 de noviembre de 2012, con el objeto principal de resolver en primera instancia las solicitudes

de prestaciones económicas que elevaran los afiliados de la AFP, lo que incluía prestar apoyo en la realización de la investigación administrativa, manejo del expediente administrativo y recolección de información, 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 MARÍA DEL PILAR TORRES MEDINA (Min. 07:35 – 29:01) y ALBEIRO MARTÍNEZ GALLEGU (Min. 31:11 – 55:25), quienes manifestaron haber sido compañeros de trabajo.

Los testigos coincidieron en manifestar que la demandante laboró en la sede de bellavista, en el área de pensiones, desempeñándose como una de las abogadas encargadas de resolver las solicitudes de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte; que le entregaban una cuota diaria de solicitudes de prestaciones a resolver; cumplía el horario impuesto por la entidad de 8 a. m. a 5 p. m., con una hora de almuerzo; que en ocasiones debían trabajar los sábados cuando había cierre de nómina de pensionados o existía represa; 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 la intranet 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 abogados de planta, como la señora Ana Odilia Hoyos, quien se encargaba de resolver los recursos de apelación contra los actos administrativos; que los empleados de planta ganaban más a pesar de que los contratistas tenían una carga laboral superior; que el 30 de noviembre de 2012 desvincularon a varios contratistas, incluida la demandante.

Escuchados los testimonios que se acaban de referenciar, la Sala considera que los 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.

Analizados los medios de prueba en su conjunto, para la Sala no resultan de recibido 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 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.

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 el 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 quo en cuanto que, en virtud del principio de la realidad sobre las formas, los

servicios personales prestados por la señora PATRICIA VÉLEZ GARCÍA 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, ha 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. 15-51), 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. 15 vto.).

Previo a estudiar la procedencia de las prestaciones legales y convencionales reclamadas, debe pronunciarse la Sala frente a la nivelación salarial con el cargo de profesional universitario grado 27, a la cual accedió el a quo en aplicación del principio de a trabajo igual, salario igual.

Para resolver esa cuestión, se tiene que el artículo 53 de la C.P. establece, entre otros, el principio de remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo, del que emerge que a trabajo desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia iguales, debe corresponder salario igual, sin que sea posible establecerse diferencias por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales, y que todo trato diferenciado en materia salarial, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación.

Frente a la aplicación de este principio, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su pacífica jurisprudencia, reiterada, entre otras, en la sentencia SL2376-2023, tiene adoctrinado que:

“La Sala tiene consolidado el criterio, según el cual, quien pretende la nivelación salarial por haber desempeñado otro cargo «tiene la carga probatoria de demostrar el puesto que desempeña y la existencia de otro trabajador que se desempeña o desempeñó el mismo puesto o

cargo con similares funciones y eficiencia», para con base en ello trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia remuneratoria.”

Conforme lo anterior, para acceder a la nivelación salarial pretendida, era carga demostrativa de la parte actora, acreditar que desempeñó las funciones del cargo de profesional universitaria grado 27, aspecto que brilla por su ausencia dentro de caso de autos, ya que ni siquiera se aportó al proceso el manual de funciones propios de ese cargo, mucho menos se acreditó que la señora Ana Odilia Hoyos, referida por los testigos en sus declaraciones, ostentara el cargo en mención, pero, en todo caso, si así hubiese sido, tampoco resultaría procedente acceder a la nivelación salarial pretendida, como quiera que los declarantes indicaron que la citada señora era la encargada de resolver los recursos de apelación contra los actos administrativos que resolvían las solicitudes de las prestaciones económicas, mientras que la demandante, según las mismas declaraciones y los propios contratos de prestación de servicios, se encargaba de resolver las solicitudes en primera instancia, es decir, la persona de planta en referencia tenía una jerarquía superior en la resolución de las solicitudes de las prestaciones, conforme lo cual, enseñan las reglas de la lógica y la experiencia, debía contar con una capacitación superior y experiencia que el trabajador que resolvía las reclamaciones en primera oportunidad.

Bajo esa óptica, lo que resulta del análisis del asunto, es que la promotora de la acción, no sólo no demostró haber desempeñado las funciones propias del cargo de profesional universitario grado 27, sino que tampoco demostró que la persona señalada como referente de la nivelación hubiera ostentado dicho cargo o que hubiese ejercido las mismas labores que ésta en idénticas circunstancias de calidad y cantidad de trabajo, aspecto que, contrario a lo considerado por el a quo, hace improcedente la nivelación salarial deprecada, por lo cual se revocara la sentencia en ese aspecto.

Sin embargo, no puede pasar por alto la Sala que la parte demandante también elevó como pretensión el reajuste anual de la remuneración frente a la cual no se pronunció el a quo al haber accedió a la nivelación salarial. Al respecto, 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 desde el inició de su vinculación al extinto ISS en el año 20120 y durante todo su permanencia en la entidad, siempre devengó como contraprestación a sus servicios la suma de \$1.842.345, de lo que emerge que, tiene derecho a que se le actualice su salario para los 2011 y 2012 con base en el IPC certificado por el DANE, lo que arroja una remuneración para esas calendas equivalente a \$1.900.747 y \$1.971.645, respectivamente, lo que a su vez da como resultado unas diferencias salariales en su favor por valor de **\$2.123.124**, a las cuales será condenada la demandada, sin que ello implique desmejorar su situación, como quiera que se está revocando la condena por nivelación salarial que ascendía a la suma de \$19.822.876.

EVOLUCIÓN DE SALARIOS						
CALCULADO			PAGADO	DIFERENCIA	# MESES	TOTAL
AÑO	IPC Variación	SALARIO				
2010	0,0317	1.842.345	N/A	N/A	N/A	N/A
2011	0,0373	1.900.747	1.842.345	58.402	12	\$700.824
2012	0,0244	1.971.645	1.842.345	129.300	11	\$1.422.300
					TOTAL	\$2.123.124

Ahora, frente a la prima de servicios, le asiste razón a la recurrente activa, pues, en efecto, 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, el artículo 62 convencional establece que, a partir de enero de 2002, se reconocerán los intereses anuales del 15 % sobre el valor de éstas. De otro lado, el artículo 48 de la convención, establece el derecho a 15 días de vacaciones para los trabajadores oficiales del ISS con un tiempo de servicio de hasta 5 años. No obstante, contrario a lo argüido por el a quo, la demandante no tiene derecho

a la prima de vacaciones, pues, por un lado, el artículo 24 del Decreto 1048 de 1978 expresamente señala que esa prestación solo es para los empleados públicos y, por otro lado, el artículo 49 de la CCT consagra esa prestación en favor de los trabajadores que tengan como mínimo cinco años de servicios, los cuales no logra acreditar la actora, por lo que también se revocará la decisión en ese aspecto.

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 lo indicado en párrafos anteriores:

AÑO	SALARIO	PRIMA NAVIDAD	PRIMA SERVICIOS	CESANTÍAS	INT. CESANTÍAS	VACACIONES
2010	\$1.842.345	\$1.729.757	\$1.729.757	\$1.729.757	\$243.607	\$864.878
2011	\$1.900.747	\$1.900.747	\$1.900.747	\$1.900.747	\$285.112	\$950.373
2012	\$1.971.645	\$1.807.341	\$1.807.341	\$1.807.341	\$248.509	\$903.670
TOTAL		\$5.437.845	\$5.437.845	\$5.437.845	\$777.228	\$2.718.921

Hay que anotar que ninguna de las prestaciones reconocidas se encuentra afectada por el fenómeno extintivo de la prescripción, comoquiera que la señora PATRICIA VÉLEZ GARCÍA elevó reclamación administrativa reclamando su pago, el 29 de octubre de 2012 (fs. 60-62), mientras que la demanda que dio origen al proceso fue presentada el 28 de mayo de 2014 (f. 102), 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 relacionado con la indemnización por despido injusto también apelada por la recurrente activa, la Sala no comparte los argumentos esgrimidos por el a quo para absolver por dicha pretensión, pues 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 PATRICIA VÉLEZ GARCÍA 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 \$1.971.645, arroja como resultado una indemnización correspondiente a 105,75 días de salario por valor de **\$6.950.049**, por lo que se revocará la sentencia en ese puntual aspecto.

En lo relacionado con el reintegro de los valores pagados por la demandante por conceptos de aportes con destinos al SGSSI, condena que profirió el a quo con base en las facultades ultra y extra petita al no ser una pretensión de la demanda, la Sala no comparte lo considerado por el operador judicial de instancia, en razón a que no se trata del aporte que se hubiese dejado de realizar en favor de la promotora de la acción, sino la devolución de una parte de los valores sufragados por la trabajadora, lo que equivale a un perjuicio del orden patrimonial que debe resarcirse mediante la acción indemnizatoria que debía ser objeto de petición expresa dentro de la demanda, al no tratarse de un derecho mínimo e irrenunciable del trabajador, se itera, porque no se trata de la cotización al sistema, aunado que el reintegro de tales sumas de dinero nunca fue objeto de discusión dentro del proceso, razón por la cual ese aspecto también será revocado. No obstante, lo que si resulta ser un derecho fundamental, mínimo e irrenunciable que habilita al juez colegiado a proferir una decisión ultra y extra petita, es el derecho de la señora PATRICIA VÉLEZ GARCÍA al pago de la diferencia resultante entre el aporte a pensión realizado en vigencia de la relación laboral declarada y el aporte con base en el salario reajustado año a año conforme lo efectuó la Sala, por lo cual se condenará a la demandada al pago de esa proporción de la cotización tomando como IBC los salarios liquidados dentro de esta sentencia, con destino al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliada la promotora de la acción, incluyendo los intereses por mora que liquide la entidad.

En lo que respecta a la indemnización a la sanción moratoria contemplada en el Decreto 797 de 1949, se ha pronunciado la pacífica línea

jurisprudencial 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 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, pero se modificará el fallo en cuanto al valor del salario diario según lo resuelto frente al tópico de la remuneración y, además, como acertadamente lo refiere el recurrente pasivo, 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 5 de abril de 2013 al 31 de marzo de 2015, a razón de \$65.721 diarios, la cual equivale a la suma de **\$45.347.490.**

Finalmente, frente a la indemnización por no consignación de cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 reclamada por la parte actora, no le asiste razón en sus argumentos, como quiera esta 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, ya que ostentaba la calidad de trabajadora oficial de una entidad del orden nacional como lo era el extinto ISS, por lo cual se confirmará la sentencia en ese puntual aspecto.

Así las cosas, la sentencia será revocada parcialmente y modificada. Sin costas en esta instancia por haber prosperado parcialmente ambos recursos 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: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia No. 036 del 15 de marzo de 2017, emitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de **DECLARAR** que el último salario devengado por la señora **PATRICIA VÉLEZ GARCÍA** ascendió a la suma de **\$1.971.645**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE y **MODIFICAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia, para en su lugar **CONDENAR** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO** hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES ISS LIQUIDADO - PAR ISS** administrado por **FIDUAGRARIA S.A.** a pagar a la señora **PATRICIA VÉLEZ GARCÍA**, únicamente las sumas de dineros y los conceptos que a continuación se relacionan:

- Diferencias Salariales **\$2.123.124**
- Cesantías **\$5.437.845**
- Intereses a las Cesantías **\$777.228**
- Prima de Servicios **\$5.437.845**
- Prima de Navidad **\$5.437.845**
- Vacaciones **\$2.718.921**
- Indemnización por Despido Injusto **\$6.950.049**
- Sanción Moratoria **\$45.347.490**
- Diferencia resultante entre el aporte a pensión pagado y el calculado tomando como IBC para cada año la evolución de los salarios indicada en la parte motiva de la providencia, por el periodo transcurrido del 22 de enero de 2010 al 30 de noviembre de 2012, con destino a la AFP a la que se encuentre afiliada la **DEMANDANTE**, incluyendo los intereses moratorios que liquide la entidad de seguridad social.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

Firma electrónica
MARÍA ISABEL ARANGO SECKER
Ponente



FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO



CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Firmado Por:

Maria Isabel Arango Secker

Magistrada

Sala 013 Laboral

Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0810ad5ed2306dd2fa02f4eedf88cc3bcfaf9fc18d5bcfd5ca4604c932c0f035**

Documento generado en 08/12/2023 03:28:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>