



República de Colombia
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali
Sala Laboral

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada ponente

PROCESO	ORDINARIO LABORAL
RADICADO	760013105 00920140090201
DEMANDANTE	CLEMENCIA MORENO MONTAÑO
DEMANDADO	INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
ASUNTO	Apelación Sentencia
TEMA	Contrato Realidad
DECISIÓN	Modificar

En Cali, a los catorce (14) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), la Magistrada Ponente en asocio con los demás integrantes de la Sala de Decisión Quinta, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, resuelve el recurso de apelación que interpuso la demandada **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** contra la sentencia proferida por la Jueza Novena Laboral del Circuito de Cali el 14 de julio de 2016, en el proceso que instauró **CLEMENCIA MORENO MONTAÑO** en su contra, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la recurrente, en los aspectos no apelados.

I. ANTECEDENTES

Clemencia Moreno Montaña solicitó el «*reintegro al mismo cargo o a otra igual o superior categoría*» y, en consecuencia,

requirió el pago de salarios y prestaciones legales y convencionales dejados de percibir desde el momento del despido hasta el reintegro, así como la indexación, indemnización moratoria y las costas del proceso.

En subsidio, solicitó el pago de: (i) prestaciones sociales legales y convencionales, (ii) seguridad social, (iii) vacaciones, (iv) incrementos salariales establecidos en las convenciones, (v) indemnización por despido injusto, (vi) indemnización establecida en el Decreto 797 de 1949 y la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, (vii) trabajo dominical y festivos, (viii) el reintegro de 10% por concepto de retención en la fuente, (ix) auxilio de alimentación, (x) subsidio familiar, (xi) dotación, (xii) auxilio de transporte, (xiii) reintegro de los aportes a seguridad social, (xiv) perjuicios morales y (x) la indexación.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que laboró para el Instituto de Seguros Sociales desde el 2 de febrero de 2001 hasta el 31 de marzo de 2013, en el cargo de *«Profesional Universitario Grado 27 – Contadora Pública - Contratista»*.

Manifestó que cumplía un horario de lunes a jueves de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. y los viernes de 8:00 a.m. a 4:00 p.m. de acuerdo con la programación semanal establecida por la demandada, que recibía órdenes y suscribió contratos de prestación de servicio personales de manera ininterrumpida.

Indicó que el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social suscribieron las siguientes convenciones colectivas: (i) desde el 1.º de noviembre de 1996 hasta el 31 de octubre de 1999 y (ii) desde 1.º de noviembre de 1999 hasta el 31 de octubre de 2004, última que fue prorrogada automáticamente y que establece la acción de reintegro, cuando el despido se haya efectuado pretermitiendo el

procedimiento establecido en la convención y refirió que fue desvinculada el 31 de marzo de 2013 sin justa causa.

Expuso que el Instituto de Seguros Sociales fue suprimido por medio del Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012 y que la Fiduciaria La Previsora S.A. fue designada como liquidador; asimismo, añadió que la Administradora Colombiana de Pensiones fue creada en reemplazo del Instituto de Seguros Sociales y que continuó desarrollando las mismas funciones para esta entidad, por lo que son solidariamente responsables en el reconocimiento y pago de las prestaciones legales y convencionales y demás pretensiones solicitadas (f.º 2 a 12, Cuaderno de Primera Instancia).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Instituto de Seguros Sociales en Liquidación** se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante prestó los servicios personales a su entidad de manera autónoma e interrumpida conforme al objeto de los contratos de prestación de servicios y la Ley 80 de 1993, así como la existencia de la convención colectiva. Frente a los demás hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaba.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito las de *«la innominada, prescripción, falta de causa para demandar, contrato de prestación de servicio ausencia de relación laboral, pago, mala fe de la demandante y declarable de oficio»* (f.º 190 y 197, cuaderno de primera instancia).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Novena Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia del 14 de julio de 2016, resolvió (f.º 320 a 326, Cuaderno Primera Instancia):



1.-DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN, formulada oportunamente por la Agente del Ministerio Público.

2.- DECLARAR que entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY LIQUIDADO, en su condición de empleador y la señora CLEMENCIA MORENO MONTAÑO, como trabajadora oficial, se verificó un contrato de trabajo a término indefinido, por el periodo comprendido entre el 1.º de julio de 2003 y el 31 de marzo de 2013, el cual terminó por decisión unilateral e injusta por parte del empleador.

3.- CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY LIQUIDADO, representado legalmente por la sociedad liquidadora FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., Apoderado Liquidador, doctor CARLOS ALBERTO PARRA SATIZABAL, o quien haga sus veces, y por sucesión procesal, al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – P.A.R. I.S.S., administrado por la sociedad FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIO S.A., representada legalmente por el doctor GABRIEL ANTONIO MANTILLA DÍAZ, o por quien haga sus veces, a pagar a favor de la señora CLEMENCIA MORENO MONTAÑO, mayor de edad, vecina de esta ciudad y de condiciones civiles conocidas en el proceso, dentro de los CINCO (05) días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, las siguientes sumas de dinero y por los conceptos que a continuación se detallan:

- a.- \$15.057.047, por concepto de auxilio de cesantía.
- b.- \$1.732.924, por concepto de intereses de cesantía.
- c.- \$14.296.966, por concepto de primas de servicios convencionales.
- d.- \$ 7.338.504, por concepto de vacaciones, debidamente indexadas al momento del pago.
- e.- \$6.338.100, por concepto de auxilio de transporte.
- f.- \$19.191.094, por concepto de indemnización por despido injusto, debidamente indexada al momento del pago.

4.- CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY LIQUIDADO, representado legalmente por la sociedad liquidadora FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. apoderado liquidador, doctor CARLOS ALBERTO PARRA SATIZABAL, o quien haga sus veces, y por sucesión procesal, al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – P.A.R. I.S.S., administrado por la sociedad FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA S.A., representada legalmente por el doctor GABRIEL ANTONIO MANTILLA DÍAZ, o por quien haga sus veces, a pagar a favor de la señora CLEMENCIA MORENO MONTAÑO, por concepto de sanción moratoria, consagrada en el artículo 1.º del Decreto 797 de 1949, la suma de \$61.411,50 diarios, a partir del vencimiento del término previsto en el numeral tercero de la parte resolutive de este fallo, por cada día de retardo, hasta que se verifique el pago de las prestaciones establecida en esta sentencia.

5.- ABSOLVER al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY LIQUIDADO, representado legalmente por la sociedad liquidadora FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., apoderado liquidador, doctor CARLOS ALBERTO PARRA SATIZABAL, o quien haga sus veces, y por sucesión procesal, al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – P.A.R. I.S.S. administrado por la sociedad FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. – FIDUAGRARIA ., representada legalmente por el doctor GABRIEL ANTONIO MANTILLA DÍAZ, o por quien haga sus veces, de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

Para respaldar tal determinación, la *a quo* comenzó por indicar que el problema jurídico consistía en determinar si había

lugar a declarar la existencia de un contrato realidad, surtido lo cual, analizar la procedencia de las pretensiones solicitadas.

Para el efecto, explicó que con independencia de la denominación que las partes le otorguen a la vinculación, si en la ejecución del contrato se advierte la existencia de una prestación personal del servicio, bajo la continuada subordinación, dependencia y remuneración se está bajo la existencia de un contrato de trabajo.

Así, en aras de resolver el problema jurídico planteado hizo referencia a los testimonios de María Omaira Mera Rosero, Ruby Stella Lara Álvarez y Pablo Emilio Martínez Aparicio pues todos coincidieron en que la demandante realizaba funciones propias de la entidad, cumplía horario, recibía órdenes e instrucciones de los jefes inmediatos, debía solicitar permiso para ausentarse del trabajo, realizaba las mismas funciones que el personal de planta, las herramientas de trabajo eran suministradas por el ISS y recibía una remuneración mensual.

Asimismo, trajo a colación las pruebas documentales aportadas, para declarar la existencia de un contrato laboral desde el 1.º de julio de 2003 hasta el 31 de marzo de 2013, tiempo en el que se desempeñó como asistente contable público, asistente de prestaciones, asistente de historia laboral contratista y contadora pública, además la *a quo* advirtió que las funciones desempeñadas por la actora eran actividades propias de la entidad, que debía seguir los reglamentos del ISS y recibía órdenes e instrucciones de los jefes de los departamentos donde trabajó.

Además, indicó que la actora era beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita el 31 de octubre de 2001 y que no operaba la excepción de prescripción en el reconocimiento de las prestaciones económicas legales y

convencionales solicitadas, debido a que la sentencia era de carácter constitutiva.

Posteriormente, se refirió a cada una de las pretensiones solicitadas en el libelo introductorio. Frente a la pretensión de *reintegro* dispuesta en el artículo 5.º de la Convención Colectiva de Trabajo, dijo que la procedencia de esta figura estaba supeditada a la ocurrencia de un despido injusto, que en el presente caso no ocurrió, debido a que la terminación del contrato obedeció a la liquidación definitiva de la entidad que constituye una causal de terminación del contrato de trabajo de acuerdo con el artículo 47 del Decreto 2127 de 1940, aunado a la imposibilidad jurídica y material de emitir esta orden.

La *a quo* declaró que era procedente el reconocimiento y pago del auxilio de cesantías, los intereses a la misma y el auxilio de transporte y las liquidó anualmente, conforme al salario devengado por la actora. Las vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa, fueron liquidadas conforme lo dispuesto del artículo 48 y 5.º de la Convención Colectiva de Trabajo, respectivamente.

En cuanto a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 1.º del Decreto 797 de 1949 indicó que era procedente porque no se demostró la buena fe en el actuar del ISS y la condenó a pagar el valor de \$61.411,50 diarios desde la ejecutoria de la sentencia hasta que se efectuó el pago de las prestaciones sociales e indemnizaciones reconocidas en el fallo de instancia.

Por su parte, indicó que no era procedente el reconocimiento de la prima de servicio, ni la indemnización dispuesta en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por tratarse de un trabajador oficial; el incremento al salario, porque no demostró que el salario devengado no tenía incluido los incrementos; los perjuicios morales porque no se demostró que se hubiesen causado ni el

pago de trabajo dominical y festivo por falta de precisión del tiempo en que lo hizo.

A su vez, indicó que tampoco era procedente el reintegro del 10% por concepto de retención en la fuente, porque era un asunto de naturaleza tributaria; ni el subsidio de alimentación ni el familiar por no haberse acreditado su procedencia de conformidad con las normas convencionales, tampoco la compensación en dinero por la falta de entrega de la dotación y uniformes, por existir prohibición expresa en la ley.

Asimismo, indicó que, a pesar de ser viable el reintegro de los valores pagados a las entidades de seguridad social en el porcentaje que le corresponde al empleador, en el presente caso no era procedente, porque no demostró el pago de los mismos, igualmente, tampoco era procedente la orden de pago aportes a pensión, pues estos se efectuaron y no hay lugar a ordenar el pago nuevamente.

Finalmente, indicó que las condenas que no están cobijadas por la sanción moratoria deben ir indexadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el **Instituto de Seguros Sociales en Liquidación** apeló la sentencia y solicitó su revocatoria. Para sustentar sus reparos, indicó que siempre actuó de buena fe, bajo el convencimiento de que se trataba de un contrato de prestación de servicios regido por la Ley 80 de 1993 y que no puede la actora reclamar derechos laborales cuando en ejercicio pleno de la autonomía de la voluntad suscribió los contratos de prestación de servicios.

Asimismo indicó que en caso de prosperar las pretensiones debe aplicarse la prescripción trienal dispuesta en el artículo 41

del Decreto 3135 de 1968, desde el 1.º de julio de 2003 hasta febrero de 2010 y, además indicó que no era procedente el pago de intereses moratorios con posterioridad a la orden de liquidación que inició con el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012, por configurarse la causal de fuerza mayor o caso fortuito.

V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Por medio de auto de 31 de octubre de 2022, este Tribunal corrió traslado a las partes para que formularan alegatos de conclusión de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

En el término concedido a las partes para tal efecto, presentaron los alegatos de conclusión.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo previsto en los artículos 66 A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, a este Tribunal le corresponde determinar: (i) si se acreditan los elementos para declarar la existencia de un contrato de trabajo entre Clemencia Moreno Montaña y el Instituto de Seguros Sociales; y en caso afirmativo, (ii) dilucidar los extremos laborales. Cumplido lo anterior, establecer si la demandada debe al promotor acreencias laborales y la procedencia de la indemnización moratoria.

Para tal efecto, se analizarán en primer lugar los aspectos normativos pertinentes y, a continuación, se revisará el caso concreto.

i. Contrato de trabajo

El artículo 20 de Decreto 2127 de 1945, norma que contempla lo relativo al contrato de trabajo de los trabajadores oficiales, dispone *«el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción»*.

La presunción dispuesta en el artículo 20 *ibidem* constituye una ventaja probatoria para quién la invoque, pues solo le basta con demostrar la prestación personal del servicio, para que se presuma la existencia de un contrato laboral, de modo que, el trabajador se releva del deber de probar la subordinación o dependencia laboral.

En lo atinente a la presunción legal en comento, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 965-2021 explicó:

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.

De este modo, le corresponde al empleador demostrar que quien alega tal calidad no lo hizo bajo el elemento de subordinación o dependencia, sino, por el contrario, la prestación del servicio se realizó con independencia y autonomía.

ii. Teoría del acto propio

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado la teoría del acto propio y ha indicado que esta se sustenta en el hecho de que las relaciones de trabajo deben ejecutarse de buena fe, lo que implica que,

no es permitido que una persona vaya en contra de sus propios actos o los contradiga y se valga de ellos para alterar la confianza que los mismos generaron o irradiaron en el entorno, exhibiéndose una cristalina incoherencia en su proceder, es decir, que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos (CSJ SL2080-2022).

Sin embargo, la misma Corporación, en sentencia CSJ SL2080-2020 indica que la figura del acto propio no es válida para desconocer verdaderas relaciones laborales, pues, en primer lugar, las normas son de orden público y obligan a los contratantes por encima de la voluntad privada y, en segundo lugar, el cumplimiento de lo pactado se pregona de actos que estén conformes con la ley, más aún cuando se trate de derechos laborales, pues en caso de que se pretenda desconocer los derechos mínimos e irrenunciable de los trabajadores a través de pactos entre partes, la ley prima sobre la autonomía privada de la voluntad de los contratantes.

En este sentido en la sentencia antes referenciada se indicó:

Desde esa perspectiva, nótese que si bien esta Corporación ha sostenido que los acuerdos a los que lleguen los trabajadores y los empleadores en observancia de las garantías y derechos mínimos e irrenunciables de aquellos, son válidos y deben ser honrados, y ello implica no solo el cumplimiento de lo pactado (*pacta sunt servanda*), sino también su ejecución de buena fe (artículo 55 del CST en armonía con el 1603 del CC), es decir, su desarrollo conforme a la seriedad, colaboración y lealtad que debe regir en cualquier disciplina social y jurídica, como la laboral (SL5469-2014), es claro que ese respeto de lo acordado, se pregona, única y exclusivamente cuando se realicen conforme a la ley laboral, toda vez que no siempre las partes pueden decidir libremente, «el orden público laboral limita la voluntad de las partes».

Entonces, todo lo asentado se puede sintetizar en que la declaración de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de la relación respecto de la cual se proclama su carácter laboral, entraña el desplazamiento de la voluntad de las partes por la de la ley, en todas las materias en las que no tienen libertad de consenso por tratarse de derechos mínimos e irrenunciables y, en tal

medida, las cláusulas que se opongan directamente a la regulación laboral, serán ineficaces (CSJ SL5523-2016, CSJ SL986-2019).

iii. Existencia de una única relación de trabajo

En referencia a los extremos laborales se ha indicado que para que exista solución de continuidad que impida la declaración de la unidad contractual se debe acreditar que las interrupciones son amplias y significativas, de modo que, si las interrupciones que se dieron entre la celebración de cada contrato son inferiores a un mes, estas deben ser consideradas *aparentes o meramente formales*.

Así las cosas, las interrupciones breves no conllevan a interrumpir la continuidad del contrato de trabajo y, por ende, no desvirtúa la unidad contractual, en tal sentido la CSJ SL 5595 de 2019 que reiteró CSJ SL4816-2015 y CSJ SL981-2019 señaló:

En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:

(...) esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos.

iv. Sanción Moratoria

De manera pacífica y reiterada, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que el reconocimiento de la

indemnización moratoria no es automático y que para efectos de determinar si es o no procedente, corresponde al juez abordar, en cada caso, los aspectos relacionados con la conducta que asume quien se sustrae del pago de las obligaciones laborales, esto es, si la falta de pago ha estado o no revestida de buena fe (CSJ SL5595-2019).

v. Caso Concreto

La señora Clemencia Moreno Montaña manifestó que prestó los servicios personales al Instituto de Seguros Sociales en liquidación para lo cual aportó una serie de contratos de prestación de servicios suscritos con la demandada que no fueron objeto de reparo. Por su parte, el Instituto de Seguros Sociales en liquidación en la contestación de la demanda aceptó que el actor prestó tales servicios a su favor, aunque insistió en que se trató de una prestación de servicios regida por la Ley 80 de 1993.

Así las cosas, en el plenario obran los siguientes contratos de prestación de servicios:

Contrato n.º	vigencia		Servicio Contratado	Honorarios	Inter.	Folio
	inicio	fin				
VA011872	1/07/03	30/11/03	Asistente Contable Público	\$1.082.260		96 a 97
VA025538	9/12/03	31/03/04	Asistente Contable Público	\$ 1.082.260	8 días	95
VA026427	1/04/04	31/07/04	Asistente Prestaciones	\$ 1.082.260	0	94
VA027637	2/08/04	30/11/04	Asistente Prestaciones	\$ 1.082.260	1	93
VA031716	1/12/04	31/03/05	Asistente Prestaciones	\$ 1.082.260	0	92
VA034716	1/04/05	30/07/05	Asistente Prestaciones	\$ 1.082.260	0	91
P037792	1/08/05	30/11/05	Asistente Historia Laboral	\$ 1.141.784	1	90
P041301	1/12/05	31/03/06	N/A	\$ 1.141.784	0	89
P044591	25/01/06	31/08/06	N/A	\$ 1.141.784	0	87 Y 84
P047751	1/09/06	31/10/06	N/A	\$ 1.141.784	0	83
P049376	1/11/06	31/03/07	N/A	\$ 1.141.784	0	81
P054648	2/04/07	30/11/07	N/A	\$ 1.141.784	0	79 y 77
P060374	3/12/07	31/03/08	Contadora Pública	\$ 1.626.008	2	76
5000002075	1/04/08	30/11/08	Contadora Pública	\$ 1.626.008	0	73 a 74
6000101755	30/12/08	28/02/09	Contadora Pública	\$ 1.626.008	29	71

5000012438	2/03/09	31/05/09	Contadora Pública	\$ 1.750.723	1	69
5000014569	1/06/09	15/10/09	Contadora Pública	\$ 1.750.723	0	67 y 65
5000017128	16/10/09	30/06/10	Contadora Pública	\$ 1.750.723	0	64
5000018239	1/07/10	30/11/10	Contadora Pública	\$ 1.785.737	1	62
5000021840	1/12/10	31/03/11	Contadora Pública	\$ 1.785.737	0	60
5000023483	1/04/11	31/10/11	Contadora Pública	\$ 1.842.345	0	58
5000025680	1/11/11	30/06/12	Contadora Pública	\$ 1.842.345	0	56
5000029465	3/07/12	30/11/12	Contadora Pública	\$ 1.842.345	2	54
5000032912	3/12/12	31/03/13	Contadora Pública	\$ 1.842.345	2	52 y 50

De lo anterior se desprende que la demandada se desempeñó como asistente de prestaciones - contratos N.º VA011872, VA025538, VA026427, VA027637 y VA031716 - y cumplió las siguientes funciones:

PRIMERO: OBJETO. - EL CONTRATISTA se obliga para con el INSTITUTO a prestar los servicios requeridos por la Entidad y que se concretan en: 1. Asistir a la Gerencia Seccional Pensiones en forma verbal o escrita frente a la liquidación de prestaciones económicas, imputación de pagos y cálculo de tiempos cotizados en la decisión de prestaciones económicas, proceso de cobro, pago y verificación de cuotas partes pensionales, liquidación y cobro de bonos pensionales A y B. 2. Asistir al SEGURO SOCIAL en la realización el proceso de revisión, análisis y control a las liquidaciones y cobros de cuotas partes pensionales y bonos pensionales. 3. Asistir en la realización de investigaciones de trabajo social, administrativas para adelantar y culminar la decisión de prestaciones económicas.
[...]

Asimismo, cuando se desempeñó como asistente historia laboral – Contratos n.º P037792, P041301, P044591, P047751, P049376, P054648 – realizó las siguientes actividades.

PRIMERA: OBJETO. - EL CONTRATISTA se obliga para con el INSTITUTO a prestar los servicios requeridos por la Entidad y que se concretan en: 1. Colaborar y efectuar para la Gerencia Seccional – Pensiones- en la lectura, verificación, corrección, envío y archivo de reporte de historia laboral Seguros Social. 2. Coadyuvar y brindar información requerida y necesaria a la Gerencia Seccional – Pensiones – para dar pronta y cumplida respuesta a los requerimientos impetrados por peticionarios o entidades públicas. 3. Recepcionar las solicitudes de novedades realizadas por los pensionados y realizadas en el sistema. 4. Brindar información verbal o escrita a los pensionados sobre procesos relacionados con la nómina.

[...]

LAS METAS A CUMPLIR SERÁN: Realizar y procesar todos los requerimientos que se le asignen, evacuar en un término no superior a 15 días, salvo las novedades de nómina y radicación de expedientes que se debe realizar el mismo día.

Y, finalmente, en el cargo de contadora pública – Contratos n.º P060374, 5000002075, 6000101755, 5000012438, 5000014569, 5000017128, 5000018239, 5000021840, 5000023483, 5000025680, 5000029465 y 5000032912 – realizó las siguientes funciones:

Elaborar, procesar y dar respuesta a los peticionarios de las diferentes novedades que afectan la nómina de pensionados de forma verbal o escrita. 2. Coadyuvar y brindar información requerida y necesaria a la Vicepresidencia de Pensiones – Gerencia Seccional – área de pensiones, para dar pronta y cumplida respuesta, a los requerimientos impetrados por peticionarios o entidades públicas. 3. Recibir y/o elaborar las novedades de ingreso manual de los expedientes del Departamento de Atención al pensionado, para la inclusión a nómina mensual. 4. Inclusión individual y masiva de todas las novedades de no valores y de valores (activaciones, embargos, hijos estudiantes, reintegros – cargue y pagos - , pagos a herederos, novedades de terceros, incrementos anteriores Ley 100 y Sentencias por incrementos, cambio documento, datos básicos, notas débitos, notas crédito, valores girados después del fallecimiento, las demás) que lleguen mensualmente al grupo de nómina y que sean asignadas para el proceso mensual. [...]

8. Manejar y administrar adecuadamente las claves de usuario personal e intransferibles, asignados para las diferentes aplicaciones de nómina y consulta (AFE) [...]

De lo antes citado, se desprende que la demandante realizó funciones propias de la naturaleza de la entidad, hasta el punto que atendía público, le fue asignado usuario y claves para acceder a las aplicaciones de la entidad, podía ingresar las novedades en la nómina de pensionados entre otras funciones, que dan cuenta de que la demandante formaba parte de la estructura de la organización y desarrollaba actividades propias de su naturaleza.

A su vez, de los testimonios rendidos por – María Omaira Mera Rosero, Ruby Stella Lara Álvarez y Pablo Emilio Martínez Aparicio – se desprende que la demandante cumplía horario, recibía órdenes de los jefes inmediatos representantes de la empresa, debía solicitar permiso para ausentarse, ejercía las mismas funciones de los empleados de planta y utilizaba las herramientas de cómputo e instalaciones de la demandada, última aseveración que se comprueba con las actas de inicio de los contratos, pues en estos documentos se relacionaron las herramientas suministradas a la demandante para ejecutar sus funciones, tales

como computador, escritorio, archivador, calculadora, silla ergonómica y caneca de basura (f.º 55,57,59,61,66,68,70,72,75,78,80,82,86 y 88), circunstancias que, sumadas a que las funciones que ejecutó la demandante estaban directamente relacionadas con la actividad misional del ISS, demuestran la existencia de un contrato laboral.

De este modo, se advierte que la actora, probó la prestación personal del servicio conforme lo dispone el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, por lo que activó a su favor la presunción legal consistente en que la vinculación estuvo regida por un contrato laboral, por lo cual, a la demandada le correspondía desvirtuar tal presunción; sin embargo, no logró desvirtuarla y la sola presencia de los contratos de prestación de servicios, así como la referencia a la validez de tales actos propios, no es suficiente para derruirla, como lo pretende en el presente caso.

Adicionalmente, también se acreditó que la demandante no fue contratada para realizar una labor con independencia y autonomía técnica, sino para realizar labores propias de la entidad, bajo las órdenes e instrucciones de los representantes de ésta y no sobra mencionar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha aplicado la presunción de la existencia de un contrato de trabajo en profesionales liberales, sin distinción en cuanto al sector público o privado, la naturaleza de las funciones y sin exigir requisitos adicionales más que la demostración de la prestación personal del servicio (CSJ SL2080-2022).

En estas condiciones, a pesar de que se pactó formalmente que la prestación personal del servicio se regía por medio de un contrato de prestación de servicios, lo que se vislumbra claramente es que dicha estipulación fue aparente, pues en realidad, lo que existió fue una relación laboral, de conformidad

con el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia.

De este modo, al advertirse la existencia de una verdadera relación laboral, se desplaza la voluntad de las partes plasmada en los contratos de prestación de servicios y, a pesar de que el proponente durante la vinculación con la demandada nunca reclamó sus derechos laborales, esto no impide de manera alguna que en sede judicial los reclame, *«pues ello no es indicativo ni constituye un supuesto suficiente para inferir su aceptación sobre la forma en que se estaba llevando a cabo la prestación de sus servicios»* (CSJ SL965-2021 y CSJ SL9156-2015).

Ahora bien, con respecto a los extremos laborales estudiados en atención al grado jurisdiccional de consulta, se tiene que la demandante comenzó a prestar sus servicios personales a favor de la demandada a partir de **1.º de julio de 2003**, conforme se desprende del contrato n.º VA011872, sin embargo, para determinar el extremo final de la relación laboral, se debe tener en cuenta que la demandante suscribió varios contratos de prestación de servicios con la entidad demandada; sin embargo, las interrupciones que se dieron entre uno y otro contrato no fueron superiores a un mes, por lo que deben ser consideradas como *aparentes o meramente formales*, de ahí que, no tengan la entidad suficiente para inferir una solución de continuidad y se tenga como fecha de finalización de la vinculación laboral el **31 de marzo de 2013** conforme se desprende del contrato n.º 5000032912 que fue prorrogado por medio del otrosí n.º 1.

En ese contexto, los elementos de persuasión señalados dan cuenta de que entre la señora Clemencia Moreno Montaña y la demandada existió un vínculo de trabajo oficial, conforme al artículo 12 de la Ley 314 de 1996, que se mantuvo vigente, por lo menos, en dichos extremos temporales – 1.º de julio de 2003 hasta el

31 de marzo de 2013 -, de modo que, se confirmará la decisión del juez de primer grado en cuanto declaró la existencia de dicho contrato laboral en los extremos antes indicados.

Así las cosas, debido a que la demandante tiene la calidad de trabajadora oficial, se hace extensivo los beneficios convencionales consagrados en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004, pues conforme al artículo 1.º y 3.º el sindicato actúa como un sindicato mayoritario y, por ende, el acuerdo beneficia a todos los trabajadores oficiales vinculados a la plata de personal del ISS, así la relación se declare judicialmente (CSJ SL2736-2020, CSJ SL1018 y CSJ SL1379-2022).

Claro lo anterior, la Sala entra analizar la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada y que la *a quo* declaró no probada.

En efecto, la Jueza declaró no probada la excepción de prescripción bajo el argumento de que la sentencia que declara el contrato realidad es constitutiva de la situación jurídica, no obstante, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia CSJ SL5401-2021 ha indicado que la sentencia que reconoce la existencia de un contrato realidad es de índole declarativa, lo que quiere decir que, reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda, por ende, aplica el término de prescripción trienal.

De ahí que, es procedente la aplicación parcial de la excepción de prescripción, pues el término trienal comienza a correr a partir de que se hace exigible cada prestación económica, interrumpiéndose únicamente con la reclamación administrativa que realizó la demandante el 12 de septiembre de 2013, conforme lo dispone el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo en

armonía con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Luego entonces, como la reclamación se presentó el 12 de septiembre de 2013 (f.º 16 a 19) y la demanda se interpuso el 2 de diciembre de 2014 (f.º174), se colige que el fenómeno prescriptivo tuvo lugar frente a las acreencias laborales anteriores al **12 de septiembre de 2010** y, en este sentido habrá de modificarse la sentencia de primera instancia.

Surtido lo anterior, se procederá a estudiar la procedencia de las acreencias laborales impuestas por la Jueza de primer grado, en atención al grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la entidad.

Al respecto las prestaciones sociales legales y convenciones que la Jueza de primer grado condenó a la convocada fueron: (i) auxilio de cesantías, (ii) intereses a la misma, (iii) prima de servicios convencionales, (iv) vacaciones convencionales, (v) auxilio de transporte, (vi) indemnización por despido injusto convencional y (vii) sanción moratoria consagrada en el artículo 1.º del Decreto 797 de 1949.

vi. Auxilio de cesantías e intereses a la misma

Sobre el particular, es oportuno precisar que no existe norma legal que reconozca los intereses al auxilio de cesantías para los trabajadores oficiales del sector nacional, pues el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, modificado por el precepto 3.º de la Ley 41 de 1975, los consagra a cargo del Fondo Nacional del Ahorro – CSJ SL1012-2015, reiterada en CSJ SL236-2023 – ; por tanto, el a quo se equivocó al condenar a la demandada al referido concepto, de modo que se revocará tal decisión.

Con respecto al auxilio de cesantías de este tipo de trabajadores se hace exigible desde el momento de finiquito contractual, porque es cuando el trabajador puede acceder a las cesantías y disponer libremente de ellas (CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 34393; CSJ SL, 23 oct. 2012, rad. 41005), por lo que en el presente asunto no se ha extinguido este derecho, pues como quedó visto, el contrato finalizó el 31 de marzo de 2013 y radicó la demanda el 2 de diciembre de 2014.

Al momento de liquidar esta prestación, se tuvo en cuenta que el salario fijo varió en los años 2007 y 2009, por lo que se promedió el salario devengado en ese año y al realizar los respectivos cálculos, arrojan la suma de \$13.927.491, por lo que se procederá a modificar la sentencia en este aspecto.

FECHAS		DÍAS	SALARIO	CESANTÍAS
INICIO	FIN			
1/07/03	31/12/03	184	\$1.082.260	\$553.155
1/01/04	31/12/04	360	\$1.082.260	\$1.082.260
1/01/05	31/12/05	360	\$1.141.784	\$1.141.784
1/01/06	31/12/06	360	\$1.141.784	\$1.141.784
1/01/07	31/12/07	360	\$1.182.136	\$1.182.136
1/01/08	31/12/08	360	\$1.626.008	\$1.626.008
1/01/09	31/12/09	360	\$1.729.937	\$1.729.937
1/01/10	31/12/10	360	\$1.785.737	\$1.785.737
1/01/11	31/12/11	360	\$1.842.345	\$1.842.345
1/01/12	31/12/12	360	\$1.842.345	\$1.842.345
1/01/13	31/03/13	90	\$1.842.345	\$460.586
TOTAL				\$13.927.491

vii. Prima de Servicios Convencionales

El artículo 50 de la convención colectiva (f.º 115) dispone:

En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos (2) primas de servicio al año, equivalente cada una de ellas a quince (15) días de salario, pagaderas así: Quince (15) días de salario, en los primeros quince (15) días del mes de junio y quince (15) días de salario en los primeros quince (15) días del mes de diciembre.

[...]

PARAGRAFO 2º

Tendrán derecho a la prima de servicios los Trabajadores oficiales que hayan laborado durante todo el semestre o a una suma proporcional al tiempo trabajado, siempre y cuando sea éste, por lo menos, la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos por justa causa.

[...]

Al realizar los respectivos cálculos, arrojan la suma de **\$4.651.921**, valor que será modificado y se condenará a la convocada a cancelarle a la demandante la suma indicada conforme al siguiente cuadro:

FECHAS		DÍAS	ÚLTIMO SALARIO	PRIMA DE SERVICIO
INICIO	FIN			
12/09/10	31/12/10	99	\$1.842.345	\$506.645
1/01/11	30/06/11	180	\$1.842.345	\$921.173
1/07/11	31/12/11	180	\$1.842.345	\$921.173
1/01/12	30/06/12	180	\$1.842.345	\$921.173
1/07/12	31/12/12	180	\$1.842.345	\$921.173
1/01/13	31/03/13	90	\$1.842.345	\$460.586
TOTAL				\$4.651.921

viii. Vacaciones Convencionales

El artículo 48 del acuerdo extralegal, señala:

El Instituto reconocerá y pagará a sus Trabajadores oficiales un despacho remunerado por cada año completo de labores teniendo en cuenta el tiempo de servicio así:

Quienes tengan hasta cinco (5) años de servicio se les reconocerá quince (15) días hábiles.

A quienes tengan más de cinco (5) años de servicio y no más de diez (10) años de servicio, dieciocho (18) días hábiles.

A quienes tengan más de diez (10) años de servicio, veinte (20) días hábiles.

Para determinar los días de vacaciones que corresponde a cada trabajador, se tendrá en cuenta su tiempo de servicio en el momento que se cause el derecho.

Se debe tener en cuenta, que conforme al artículo 45 del Decreto 1848 de 1969, las vacaciones causadas *«deben concederse por quien corresponda, oficiosamente o a petición del interesado, dentro del año siguiente a la fecha en que se cause el derecho»*, supuesto fáctico del que se infiere, que, causadas las vacaciones, el empleador tiene un año para concederlas.

Por su parte el artículo 46 de la citada normatividad, establece que, luego de transcurrido el año con que cuenta la entidad para conceder las vacaciones, el empleado tiene un plazo de 30 días para solicitarlas, a partir del cual «comenzará a correr el término de prescripción de las mismas», el cual es de 3 años, según lo previsto en el precepto 10 del Decreto 3135 de 1968.

En conclusión, el término prescriptivo para los trabajadores oficiales del ISS, se debe contabilizar luego de 1 año y 1 mes de la causación del respectivo periodo. A la luz de lo anterior, únicamente estarían prescritas las vacaciones causadas con anterioridad al 10 de abril de 2010.

Al realizar los respectivos cálculos, estos arrojan la suma de **\$4.393.993**, por lo que será objeto de modificación pues no puede perderse de vista que también se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta.

FECHAS		DIAS	SALARIO	VALOR DE LA PRIMA DE VACACIONES 18 DÍAS DE SALARIO
INICIO	FIN			
10/04/09	31/12/09	261	\$ 1.842.345	\$ 801.420
1/01/10	31/12/10	360	\$ 1.842.345	\$ 1.105.407
1/01/11	31/12/11	360	\$1.842.345	\$ 1.105.407
1/01/12	31/12/12	360	\$1.842.345	\$ 1.105.407
1/01/13	31/03/13	90	\$1.842.345	\$ 276.352
TOTAL				\$ 4.393.993

ix. Auxilio de Transporte

De conformidad con la Ley 15 de 1959 el empleador tiene la obligación de pagar el auxilio de transporte a los trabajadores que devengan *hasta dos salarios mínimos mensuales*, de manera que, si el trabajador devenga más de esos dos salarios, no hay lugar al pago del dicho concepto.

En el presente caso se tiene que la demandante devengó durante la vinculación laboral más de 2smlmv, por ende, no tenía

derecho al reconocimiento del auxilio de transporte legal y se procederá a revocar la sentencia de instancia en este aspecto.

x. Indemnización Convencional por Despido Injusto.

El artículo 5.º de la Convención Colectiva de Trabajo dispone:

El Instituto garantiza la estabilidad en el empleo de sus Trabajadores Oficiales y en consecuencia no podrá dar por terminado unilateralmente un contrato individual de trabajo sino tan solo por alguna de las justas causas debidamente comprobadas y establecidas en el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, con previo cumplimiento de lo contemplado en el artículo 1.º del mismo Decreto y de lo establecido en el inciso 16 del artículo 108 ésta Convención Colectiva. No producirá efecto alguno la terminación unilateral de un contrato de trabajo que se efectúe pretermitiendo lo estipulado anteriormente y en consecuencia, el trabajador, mediante sentencia judicial, tiene derecho al restablecimiento del contrato mediante el reintegro en las mismas condiciones de empleo que gozaba anteriormente sin solución de continuidad y con el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, o la indemnización prevista en esta Convención a opción del trabajador.

Cuando el Instituto de por terminado un contrato de trabajo de manera unilateral sin justa causa, deberá reconocer y pagar al Trabajador Oficial afectado una indemnización por despido así:

- a) Cincuenta (50) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor a un año.
- b) Si el trabajador tuviera más de un (1) año de servicio continuo y mes de cinco (5), se le pagaran (30) días de salario adicional sobre los cincuenta (50) básicos del literal a) por cada uno de los años de servicios subsiguientes y proporcionalmente por fracción.
- c) Si el trabajador tuviera cinco (5) años o más de servicios continuos y menos de diez (10), se le pagaran treinta y cinco (35) días adicionales de salario sobre los cincuenta (50) básicos del literal a), por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

Como se desprende del artículo referenciado, el trabajador que haya sido despedido unilateralmente sin justa causa puede optar por el reintegro, el cual debe ser reconocido por sentencia judicial o la indemnización prevista en este artículo.

En el caso concreto, la *a quo* no reconoció el reintegro y la decisión no fue objeto de apelación, adicionalmente, es menester indicar que tal como lo manifestaron en sede de instancia el

reintegro al cargo resulta materialmente imposible de cumplir debido a que la entidad se liquidó.

Ahora bien, con respecto al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa, se procederá al cálculo de conformidad con los parámetros dispuestos en el artículo referenciado.

FECHAS		TIEMPO TOTAL DE SERVICIO	SALARIO	VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN
INICIO	FIN			
1/07/03	31/03/13	3510	\$ 1.842.345	\$ 21.877.847

Así las cosas, después de realizar la respectiva cuenta, se obtuvo como resultado la suma de **\$21.877.847** por concepto de indemnización moratoria computada desde el 1.º de julio de 2003 hasta el 31 de marzo de 2013. En consecuencia, se modificará la sentencia de primer grado en este concepto.

xi. Indemnización moratoria

Por último, en lo que respecta a la indemnización moratoria, se concluye que la misma es procedente, toda vez que no es suficiente argüir la suscripción de contratos de prestación de servicios para exonerarse de esta sanción y no existe una razón que justifique a la demandada haberse sustraído de las obligaciones como empleador.

En consecuencia, como no obran justificaciones válidas del proceder del ISS, es acertada la condena que, por concepto de sanción moratoria, impuso el *a quo*, pero a partir del día siguiente al vencimiento de los 90 días de gracia que tenía esta entidad para satisfacer las prestaciones e indemnizaciones de la demandante y hasta la fecha de liquidación de la entidad.

En ese sentido, dado que el contrato de trabajo terminó el 31 de marzo de 2013, el plazo de gracia de 90 días comienza a

contarse a partir del día siguiente, (CSJ SL981-2019) término que se cumplió el 29 de junio de la misma anualidad.

Por lo anterior, y sobre un último salario de \$1.842.345, se condenará al Instituto a pagar \$61.411,5 diarios, a partir del **30 de junio de 2013** y hasta la liquidación definitiva de la entidad pública, lo que en el presente caso ocurrió el **31 de marzo de 2015**, conforme a lo establecido en el Decreto 553 del 27 de marzo de 2015 (CSJ SL3479-2022).

Así las cosas, después de realizar la respectiva cuenta, se obtuvo como resultado la suma de **\$38.750.657** por concepto de indemnización moratoria computada desde el 30 de junio de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015, tal como se aprecia a continuación:

FECHAS		MORA	SALARIO	VALOR DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA
INICIO	FIN			
30/06/13	31/03/15	631	\$ 1.842.345	\$ 38.750.657

Por tanto, se revocará la sentencia del *a quo* en este aspecto y, en su lugar, se condenará a la demandada a pagar por dicho concepto la suma de **\$38.750.657**.

Finalmente, teniendo en cuenta que la deuda por concepto de sanción moratoria es susceptible de sufrir deterioro económico por el transcurso del tiempo, es necesario indexarla para traerla a valor actual y, así, preservar su valor real, aunado a que tal condena como se dijo en precedencia, lo fue hasta la fecha en que se liquidó el ISS (Tal como lo tiene decantado la Sala Laboral de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, entre otras en las CSJ SL 3142-2021, 4633-2021, CSJ SL1174-2023 y CSJ SL1031-2023).

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando

justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. Revocar el numeral primero de la sentencia de instancia y, en su lugar declarar probada parcialmente la excepción de prescripción de las vacaciones convencionales y la prima de servicio convencional.

SEGUNDO. Revocar el numeral tercero de la sentencia de instancia y, en su lugar, **condenar** a la **FIDUAGRARIA S.A** como vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES EN LIQUIDACIÓN P.A.R I.S.S. DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** al pago de las siguientes sumas y conceptos:

- Por concepto de cesantías la suma de \$13.927.491.
- Por concepto de prima de servicio convencional la suma de \$4.651.921.
- Por concepto de vacaciones convencionales la suma de \$4.393.993.
- Por concepto de indemnización convencional por despido sin justa causa el valor de \$21.877.847.

TERCERO. Revocar el numeral cuarto de la sentencia de instancia y, en su lugar, **condenar** a la **FIDUAGRARIA S.A** como vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES EN LIQUIDACIÓN P.A.R I.S.S. DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** al pago de la indemnización moratoria dispuesta en el artículo 1.º del Decreto 797 de 1949 por el valor de \$38.750.657 desde el 30 de junio de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015. Suma que deberá indexarse a la fecha de pago.

CUARTO. Confirmar en los demás puntos la sentencia apelada.



QUINTO. Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

CAROLINA MONTOYA LONDOÑO

Magistrada ponente

MARÍA ISABEL ARANGO SECKER

Magistrada

FABIAN MARCELO CHÁVEZ NIÑO

Magistrado