

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA TERESA ORGANISTA DE QUIJANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE.**

EXP. 11001 31 05 022 2016 00134 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia absolutoria proferida el 27 de mayo de 2019, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes, como consecuencia de la muerte del afiliado Laurencio Quijano Organista, acaecida el 6 de marzo de 1996, junto con los respectivos reajustes anuales e intereses moratorios (f.º 16, 17).

Sustentó sus pretensiones, en que el 19 de abril de 1958 se casó con Laurencio Quijano Organista (Q.E.P.D.), quien cotizó al extinto I.S.S. durante 673 semanas y al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, contaba con más de 300 semanas de cotizaciones; el causante falleció el 6 de marzo de 1996, fecha hasta la cual convivieron en forma singular, estable y permanente; solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pero el extinto I.S.S. la negó mediante Resolución n.º 382 de 1999, con el argumento de que el causante no cotizó 26 semanas en el último año de vida, por lo que el 1.º de septiembre de 2015, solicitó la revocatoria directa de dicho acto administrativo, sin obtener respuesta a la fecha de presentación de la demanda (f.º 17, 18).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 17 de mayo de 2016, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 26), quien contestó con oposición con el argumento de que el causante no cotizó 26 semanas en el último año de vida, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 original; propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe,, no configuración del derecho al pago del I.P.C., indexación,

reajuste, intereses moratorios ni moratoria, y carencia de causa para demandar (f.º 29-34).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 28).

En audiencia del artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se modificó la fijación del litigio en establecer si la demandante tiene derecho al pago del retroactivo con los correspondientes reajustes legales, e intereses moratorios, teniendo en cuenta que mediante Resolución n.º GNR121166 del 26 de abril de 2016 le fue reconocida la pensión de sobrevivientes desde el 1.º septiembre de 2012 (f.º 55-59, 62-65); decisión frente a la que guardaron silencio las partes.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 27 de mayo de 2019, declaró probada las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante, tras considerar que en la Resolución n.º 07653 de 6 de marzo de 1980, las partes pactaron que la pensión de jubilación convencional otorgada al causante antes del 17 de octubre de 1985, tendría el carácter de compartible con la reconocida por el Instituto de Seguro Social, siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la prestación que otorgaría el I.S.S., y la que venía siendo pagada por el empleador (f.º 136, 137).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, insiste en que tiene derecho al pago del retroactivo pensional por sobrevivencia causado desde el 6 de marzo de 1996, por cuanto resulta compatible con la sustitución de la pensión de jubilación convencional, que le reconoció el ex empleador de su difunto esposo, Idema, en la Resolución n.º 499 de 1996, ya que el causante falleció antes de que el ISS le reconociera la pensión de vejez, por lo que desde esa data ha elevado múltiples peticiones para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes ante la demandada, las cuales fueron infructuosas hasta el año 2016 cuando le reconocieron la prestación; aunado a que las dos prestaciones tienen vocaciones, naturaleza jurídica y situación de causación, distintas, pues por un lado, la sustitución pensional se da con ocasión a la pensión de jubilación reconocida al causante en Resolución n.º 07653 de 1980.

Por otro lado, la pensión que otorgó Colpensiones, es consecuencia del cumplimiento de los requisitos legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por el principio de la condición más beneficiosa [sic], y por haber realizado aportes en su vida laboral al régimen de prima media con prestación definida; agregó que no ha autorizado expresamente a Colpensiones para que gire recursos al Ministerio de Agricultura, ni existe norma legal que la obligue a hacerlo, en favor del ex empleador de su esposo fallecido, al margen de la temporalidad con la que se le pudo haber reconocido la pensión de jubilación convencional, para posteriormente subrogar el riesgo en cabeza de la entidad de seguridad social. Arguyó que se debe acceder al pago de los intereses moratorios de las mesadas pensionales causadas entre los años 1996 y 2012; finalizó, su exposición, solicitando que, en forma subsidiaria, no le impongan condena en costas, pues se deben

tener en cuenta todas las gestiones que tuvo que hacer para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, que se decidió hasta este momento.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y en concordancia con la fijación del litigio realizada en la audiencia de que trata el artículo 77 ídem (f.º 63, 64), por cuestiones de método, la Sala verificará inicialmente, si la pensión de sustitución de la pensión de jubilación convencional, que se le reconoció a la demandante en el año 1996 es compatible con la pensión de sobrevivientes que reconoció la demandada en el año 2016, para determinar si es viable ordenar el reconocimiento del retroactivo pensional respectivo en su favor; posteriormente se estudiará la procedencia de los intereses moratorios de las mesadas pensionales causadas entre los años 1996 y 2012, así como la imposición de costas procesales en cabeza de la accionante.

Para dar solución al problema jurídico aquí planteado, sea lo primero precisar que, para definir la validez o eficacia de las cotizaciones pensionales realizadas por un empleador que ha reconocido una pensión de jubilación extralegal o convencional a su extrabajador, el juzgador debe necesariamente verificar si esta prestación fue causada con anterioridad o posterioridad a la vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, en razón a que, es desde allí que puede determinarse si se configuran los fenómenos de compatibilidad y compartibilidad.

Está al margen de la discusión, porque así se encuentra probado, que: **i)** el causante Laurencio Quijano Organista, nació el 1.º de febrero de 1931 (f.º 3); **ii)** se casó con la demandante el 19 de abril

de 1958 (f.º 4); **iii)** prestó servicios al Idema, entre el 4 de septiembre de 1955 y el 30 de noviembre de 1979, por lo que le fue reconocida una pensión de jubilación convencional a partir del 1.º de diciembre de 1979, mediante Resolución n.º 7653 de 1979, la cual sería reducida en una suma igual al valor de la pensión de vejez que le reconozca el ISS, a partir del 1.º de febrero de 1991 (f.º 73, 74); **iv)** El causante falleció a sus 65 años de edad, el 6 de marzo de 1996 (f.º 2).

v) Mediante Resolución n.º 499 de 1996 el Idema, le reconoció a la demandante la sustitución pensional a partir del 1.º de marzo de 1996, con la obligación de tramitar la pensión de sobrevivientes ante el ISS, y de reintegrar al Idema el retroactivo que por dicho concepto le sea entregado por parte de Colpensiones (f.º 75, 76); y **vi)** que a pesar de que la demandante solicitó en varias ocasiones la pensión de sobrevivientes ante el ISS, desde el 1.º de junio de 1998 y fue negada (f.º 6), lo cierto es que se la reconocieron, a partir del 1.º de septiembre de 2012 mediante Resolución n.º GNR121166 de 2016, en la que se aplicó la prescripción y se ordenó el pago del retroactivo causado hasta el 26 de abril de dicho año, en favor del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural – Idema, al tener en cuenta 726 semanas por los tiempos públicos laborados por el causante en favor de dicha entidad, entre el 1.º de enero de 1967 y el 30 de noviembre de 1979, así como cotizaciones efectuadas por el Idema a nombre del causante entre el 1.º de febrero de 1995 y el 30 de septiembre de 1996 (f.º 44-50, 55-59).

Frente al tema en discusión, debe decirse, que la jurisprudencia ordinaria laboral ha sostenido que si la pensión de jubilación extralegal fue reconocida con anterioridad al 17 de octubre de 1985, cuando por **regla general** operaba el fenómeno de la compatibilidad pensional, por ser precisamente compatible tal prestación con la de vejez que posterior o eventualmente pueda reconocer el ISS, hoy Colpensiones, las cotizaciones que se realicen con posterioridad a

dicho status de jubilado serían ineficaces o inválidas para efectos de contabilizarlas a fin de acreditar la densidad mínima de cotizaciones exigidas para obtener el derecho a la pensión de vejez legal, toda vez que los aportes realizados en dicho interregno se sufragarían por quien ya no podría tener la condición de afiliado al sistema pensional.

Empero, en el presente caso, la pensión reconocida al aquí causante por el extinto Idema, al ser una prestación extralegal de la que no se acreditó en forma idónea tener la vocación de compatibilidad con la que le pudiera haber reconocido a dicho trabajador el ISS, hoy Colpensiones, sino todo lo contrario, del acto administrativo de reconocimiento se deduce la compartibilidad, al quedar allí plasmado que *«sólo hasta el 31 de enero del mismo año [1991] será efectiva la pensión que se reconoce en esta providencia y, posteriormente el 'IDEMA' únicamente pagará al señor LAURENCIO QUIJANO ORGANISTA la diferencia entre el valor de la pensión de vejez que le reconozca el Instituto de Seguros Sociales y el de la pensión de jubilación que para esa época legalmente le corresponda en su calidad de extrabajador oficial.»* (texto entre corchetes de la Sala).

Nótese además, que justamente por esa razón, la ex empleadora efectuó cotizaciones a nombre del causante entre el 1.º de enero de 1967 y el 30 de noviembre de 1979, del 1.º de febrero de 1995 y el 30 de septiembre de 1996, aunado a que según la constancia emitida el 11 de julio de 2018 por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se verifica que a la demandante, se le ha venido cancelando en su totalidad la sustitución pensional desde el 1.º de enero de 2000, por lo menos hasta el 1.º de enero de 2018 (f.º 72, vto), de ahí que al haber sido reconocida la pensión de sobrevivientes por parte de Colpensiones a partir del 1.º de septiembre de 2012 (f.º 44-50), le corresponda en su totalidad, el retroactivo reconocido en Resolución n.º GNR121166 de 2016, a la entidad que efectuó los pagos

consignados en la reseñada constancia, y que se constatan en todo caso, con los desprendibles emitidos a nombre de la aquí demandante por dicha Cartera Ministerial, visibles de f.º 78 a 130.

En consecuencia, le asiste la razón al *a quo* por cuanto la parte demandante no acreditó la vocación de compatibilidad de la sustitución pensional que hoy percibe, teniendo la carga de hacerlo al tenor de lo dispuesto en los artículos 164 y 167 del Código General del Proceso, aplicables en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

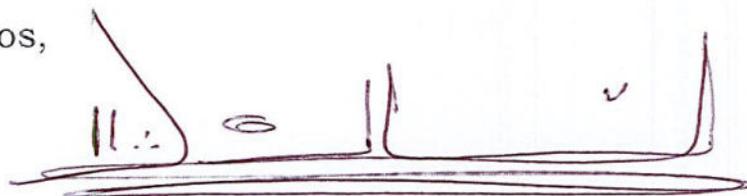
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de mayo de 2019, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
22.2016-134-01

(Con impedimento aceptado)

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Quinta de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MILTON ANTONIO CASTAÑEDA ORTIZ** contra **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN.**

EXP. 11001-31-05 026 2012 00637 01

Bogotá D.C., (30) treinta de noviembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia AL2050-2020, y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido como trabajador oficial con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre el 14 de agosto de 2007 y el 31 de marzo de 2011, sin solución de continuidad, que fue terminado de manera unilateral e injusta por parte del empleador; que su última asignación básica mensual fue de \$2.098.917 y que se le descontaron ilegalmente el 10% de su asignación básica mensual; que como consecuencia del despido injusto, se condene al ISS a reintegrarlo al cargo que desempeñaba o su equivalente, y a pagarle los salarios y prestaciones sociales legales y convencionales, así como los aportes a la seguridad social, como son: el reajuste salarial como profesional universitario, el auxilio de cesantía (artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo), los intereses a la cesantía doblados, la compensación en dinero de las vacaciones, la prima de vacaciones, la prima de servicios y las adicionales de junio y diciembre, la prima de antigüedad, la prima de navidad, la prima técnica para profesionales o médicos, la indemnización moratoria, la devolución del 10% descontados sin su autorización, la devolución de los aportes a la seguridad social, el valor pagado por póliza por cada uno de los contratos y su afiliación o convalidación de la historia laboral como trabajador dependiente.

De manera subsidiaria al reintegro, pretendió la indemnización por despido injusto según el artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo, o en su defecto, la legal.

Manifestó que mediante contrato de prestación de servicios se vinculó con el ISS el 24 de agosto de 2007, como profesional

universitario en la Gerencia Nacional de Bienes y Servicios, cargo que existe en la planta de personal de la entidad; que el 31 de marzo de 2011 fue despedido de maneras unilateral e injusta y que durante la vigencia de su contrato laboral, siempre estuvo bajo las directrices, órdenes e instrucciones del ISS, pues en realidad fue un verdadero contrato de trabajo el que tuvo con el ISS (f.º.3-22).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 15 de mayo de 2013, ordenándose su notificación y traslado al demandado (f.º 65).

El **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - I.S.S.** se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamentos en que la vinculación se dio mediante contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, que terminaron en las fechas pactadas. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del contrato de trabajo, pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, buena fe, cobro de lo no debido y pago, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, compensación, autonomía de profesión u oficio e inexistencia y falta de requisitos de la convención colectiva de trabajo (f.º. 311-324).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para dar cumplimiento a lo ordenado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia AL - 2050 de 2020 del 12 de agosto de 2020, mediante la cual declaró nulidad de lo actuado ante ella, declaró improcedente por anticipado el recurso extraordinario de casación y ordenó que regresaran las diligencias a este tribunal por no haber surtido la consulta obligatoria en favor del

instituto liquidado, se procede a desatar la apelación interpuesta por la parte demandante y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del liquidado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - I.S.S., representado en este proceso por el PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR I.S.S, administrado por FIDUAGRARIA.

El juzgado señaló que el I.S.S. es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, que fue liquidado y suprimido mediante Decreto 2013 de 2012.

Citó el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945 que contiene los elementos del contrato de trabajo, y el artículo 20 del mismo decreto que consagra la presunción de la subordinación cuando hay una prestación personal del servicio.

Con la documental aportada por el actor (f.º 29 - 214), encontró acreditada la prestación personal del servicio y señaló que de acuerdo con la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios no pueden prolongarse indefinidamente, además de que la documental demuestra llamados de atención, memorandos y capacitación, entre otros, de la demandada al demandante. De los testimonios de Nelfy Alcid Gutiérrez Riveros y Alexander Cruz, extrajo que el actor esta sometido a órdenes e instrucciones de parte de funcionarios del I.S.S., ya que el demandante estaba sometido a horario y fue objeto de llamados de atención verbales, por lo que no había autonomía en la prestación de servicios, y el propio demandante en su interrogatorio de parte afirmó que trabajaba con los elementos de trabajo que le suministraba el I.S.S.

Concluyó, entonces, que el I.S.S. no había desvirtuado la subordinación y que en consecuencia las partes estuvieron vinculados mediante contrato de trabajo.

En relación con el reintegro y el despido injusto, afirmó que no existían fundamentos legales ni fácticos para acceder a esa pretensión, pues no hubo despido sino terminación del contrato por expiración del plazo pactado.

Las condenas las impuso con fundamento en la convención colectiva de trabajo, del cual el demandante era beneficiario por ser el sindicato mayoritario y no haber cotizado por culpa de la demandada.

Dijo que no había lugar a la indemnización moratoria, por cuanto el ISS había actuado de buena fe al creerse amparado por la Ley 80 de 1993.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia, así:

En cuanto absolvió del reintegro, porque no se tuvieron en cuenta la convención colectiva de trabajo, que consagra que todos los trabajadores del ISS están vinculados mediante contrato de trabajo a término indefinido y que no podía dar por terminado los contratos de trabajo sin seguir el procedimiento allí estipulado.

Sobre la prescripción, dijo que no tenía cabida frente a los intereses de la cesantía, pues si el derecho al auxilio de cesantía no prescribe conforme lo ha dicho la Corte, igual suerte corren los intereses sobre la cesantía, que es accesoria del auxilio.

Frente a la indemnización moratoria, la presenta como subsidiaria si no hay reintegro, e igualmente también está en desacuerdo con la absolución por despido injusto, que también debe despacharse favorablemente sino hay reintegro.

V. CONSIDERACIONES

Para dar cumplimiento a lo ordenado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 12 de agosto de 2020, mediante la cual declaró nulidad de lo actuado ante ella, declaró improcedente por anticipado el recurso extraordinario de casación y ordenó que regresaran las diligencias a este tribunal por no haber surtido la consulta obligatoria en favor del instituto liquidado, se procede a desatar la apelación interpuesta por la parte demandante y a surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del liquidado **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, representado en este proceso por el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES -PAR ISS**, administrado por **FIDUAGRARIA**.

PROBLEMA JURÍDICO: Consiste en determinar: *i)* la naturaleza jurídica del vínculo que existió entre el demandante y el extinto ISS, del 14 de agosto de 2007 y el 31 de marzo de 2011 sin solución de continuidad; *ii)* si hay lugar al pago de las acreencias laborales ordenadas y con qué normativa se estudian; *iii)* si alguno de estos conceptos está afectado del fenómeno prescriptivo y desde cuándo se produce su exigibilidad; y *iv)* la viabilidad de condenar a las indemnizaciones por despido y moratoria por falta de pago de las acreencias laborales.

DE LA RELACIÓN LABORAL Y SUS EXTREMOS

El art. 2º del Decreto 2127 de 1945 establece que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos a saber:

la prestación personal del servicio, la continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto al empleador y un salario como retribución al servicio.

El art. 3º *ibidem* prevé que reunidos esos tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni por las condiciones peculiares del empleador, persona jurídica o natural, ni por 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.

Y el artículo 20 *ibidem*, establece que el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, correspondiéndole a la demandada derruir dicha presunción, desvirtuando para ello el elemento de subordinación para desacreditar la relación laboral.

En este asunto, se acreditó la prestación personal del servicio y la contraprestación fijada bajo el concepto de «*honorarios*» con los contratos de prestación de servicios profesionales de folios n.º 30 a 105; la certificación expedida por la asesora presidencia ISS (f.º.29) y demás documentos aportados con la demanda, que permiten colegir que el demandante ejecutó labores personales para el I.S.S. en la Gerencia Nacional de Bienes y Servicios entre el 14 de agosto de 2007 y el 31 de marzo de 2011, recibiendo como última asignación mensual la suma de \$2.098.917, período en los cuales dictó y recibió cursos de capacitación a nombre del I.S.S., fue beneficiario de descansos compensatorios, asistió a las diferentes seccionales del I.S.S. en comisión en funciones de elaboración de cuenta fiscal y estaba sometido a horario.

Así mismo, los compañeros de trabajo del demandante, Nelfy Alcid Gutiérrez Riveros y Alexander Cruz, dieron cuenta en forma clara, directa y coherente, de las funciones que desempeñó en forma ininterrumpida el demandante en la gerencia nacional de bienes y servicios, en la cual estuvo sometido a horario, órdenes e instrucciones por parte de directivos del I.S.S., ratificando lo relatado por el demandante en su interrogatorio de parte.

Por lo anterior, la Sala les otorga todo el mérito probatorio al ser compañeros de trabajo del demandante y exponer las razones de la ciencia de sus dichos en las condiciones de modo, tiempo y lugar, como lo exige el artículo 221 del Código General del Proceso.

De esta manera, las pruebas recaudadas permiten establecer válidamente, tal como lo coligió el *a quo*, que el demandante no solo prestó sus servicios personales al extinto I.S.S., sino además, que ejerció de manera continuada la subordinación y que las vinculaciones efectuadas, en este caso en específico, a través de contratos de prestación de servicios profesionales de manera directa, no reflejaban la realidad de la contratación, como quiera que el demandante ejecutó la misma función de manera continua del 14 de agosto de 2007 al 31 de marzo de 2011, y que siempre ejecutó cumpliendo un horario, en contravía de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 6.º de 1945 (CSJ SL829-2015 y SL1148-2016).

En consecuencia, se acreditó la existencia de una verdadera relación de trabajo en la modalidad de contrato realidad, en virtud de lo cual, los acuerdos suscritos carecen de validez por contrariarla, pues se tornan en insuficientes para concluir que el servicio se prestó de manera autónoma.

En atención a la naturaleza jurídica de la entidad, EICE, según lo dispuesto en los artículos 5.º del Decreto 3135 de 1968, y 12 de la Ley 314 de 1996, MILTON ANTONIO CASTAÑEDA ORTIZ tuvo la calidad de trabajador oficial.

Respecto de la apelación de la parte demandante, la Sala estudiará lo relativo a la indemnización por terminación injusta del contrato de trabajo y al reintegro. Igualmente, en lo que tiene que ver con la parte demandada, la consulta en su favor.

En el artículo 3.º de la Convención Colectiva de Trabajo (f.º 218-291), suscrita entre el I.S.S. y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, dicha entidad reconoció a este sindicato su representación mayoritaria.

Por su parte, el artículo 5.º de la misma convención, dispone que el I.S.S. garantiza la estabilidad de todos sus trabajadores y por tanto, no podrá dar por terminados los contratos de trabajo sino por alguna de las justas causas comprobadas del artículo 7.º del Decreto 2351 de 1965, con previo cumplimiento de lo estipulado en el artículo 1.º del Decreto y del procedimiento establecido en el inciso n.º 16 del artículo 108 de la convención. Si no se cumple ese procedimiento, el trabajador tiene derecho al restablecimiento del contrato mediante el reintegro con el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir, o la indemnización por despido allí prevista, a opción del trabajador. Este mismo artículo 5.º determina que todos los trabajadores se vinculan al I.S.S. mediante contrato de trabajo escrito a término indefinido, el cual tendrá vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen.

En ese orden, es claro que el demandante era beneficiario de las disposiciones convencionales del I.S.S. por ser el sindicato que la

suscribió mayoritario en los términos del artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo.

Sin embargo, el último inciso del artículo 5.º de la convención (f.º220), dice:

“Los servidores del Instituto vinculados a la firma de la presente Convención, no clasificados como Empleados Públicos en los estatutos del I.S.S. son Trabajadores Oficiales con contrato de trabajo a término indefinido; a estos servidores no se les aplica el período de prueba ni el plazo presuntivo: No obstante, aquellos servidores del Instituto que se vincularon a partir del 1 de enero con antiguo nombramiento provisional y se vinculen o se hayan vinculado a partir del 20 de noviembre de 1996 como Trabajadores Oficiales en su contrato de trabajo se incluirá el período de prueba de dos meses y el plazo presuntivo” (Se resalta).

La Convención Colectiva de Trabajo que se aportó al expediente, señaló en su artículo 2.º que su vigencia sería de tres años contados entre el 1.º de noviembre de 2001 y el 31 de octubre de 2004 (f.º220).

En ese orden, es claro que como el demandante se vinculó al I.S.S. el 14 de agosto de 2007, su vinculación laboral contractual queda regida por el inciso convencional transcrito, de manera que tiene aplicación aquí el plazo presuntivo que no es otro que el contenido en los artículos 8.º de la Ley 6 de 1945 y 40 y 43 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945.

El artículo 8º de la Ley 6.ª de 1945, reza:

“El contrato de trabajo no podrá pactarse por más de cinco años. Cuando no se estipule término, o este no resulte de la naturaleza misma del servicio contratado, como en los casos de rocerías, recolección de cosechas, etc., se entenderá celebrado por seis meses, a menos que las partes se reserven el derecho a terminarlo unilateralmente mediante aviso a la otra con antelación no inferior al período que regule los pagos del salario, de acuerdo con la costumbre, y previa

cancelación de todas las deudas, prestaciones e indemnizaciones a que haya lugar.”

Y los artículos 40 y 43 del decreto 2127 de 1945, son del siguiente tenor:

ARTICULO 40. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales.

ARTÍCULO 43. El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo de terminado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses.

Sobre la vigencia del plazo presuntivo para los trabajadores oficiales, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1497 de 2014, radicación 39773, cuyas orientaciones fueron reiteradas en la SL2717 de 2018, radicación 55961, sostuvo:

“Ahora bien, en el fondo de las reflexiones del cargo también existe un cuestionamiento por la existencia, la validez y la constitucionalidad de las normas que regulan el plazo presuntivo, no solo ante el establecimiento de plazos indefinidos, sino ante la emisión de la sentencia de la Corte Constitucional CC C-003/98.

En torno a dicho punto, esta Sala de la Corte ha sido enfática en señalar que las normas que regulan el plazo presuntivo se encuentran vigentes, además de que no han sido declaradas contrarias a la Constitución Política, por lo que deben ser aplicadas irrestrictamente. Ha dicho también que ese panorama no se desfiguró tras la expedición de la sentencia de la Corte Constitucional CC C-003/98, en la

que el censor apoya sus reflexiones, pues dicha decisión se refería a la «cláusula de reserva» y al fenómeno jurídico del despido unilateral del trabajador, en cualquier momento y sin el pago de indemnización, que es diferente del que aquí se analiza, de terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo presuntivo. En la sentencia CSJ SL, 21 feb. 2005, rad. 24028, reiterada en CSJ SL, 21 feb. 2005, rad. 27682; y CSJ SL 385-2013, la Corte sostuvo al respecto:

Como primera medida, es de anotar que para los trabajadores oficiales se mantiene en vigor la regulación sobre la vigencia semestral de los contratos a término indefinido o de aquellos sin fijación de término, los que se entienden celebrados con una duración de seis en seis meses.

En efecto, dentro de las disposiciones que introdujeron el denominado plazo presuntivo en los contratos de trabajo del sector oficial, el artículo 2º de la Ley 64 de 1946 que modificó el artículo 8 de la Ley 6 de 1945, en su parte vigente reza “...El contrato de trabajo no podrá pactarse por más de dos (2) años. Cuando no se estipule término o éste no resulte de la naturaleza misma del servicio contratado, como en los casos de rocerías, recolección de cosechas, etc, se entenderá celebrado por seis (6) meses...”, y el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945 consagra “..El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales...” (resalta la Sala).

La sentencia en que se apoya el censor, esto es, la C-003 del 22 de enero de 1998, lo que declaró inexecutable fue el fragmento del artículo 2º de la Ley 64 de 1946 que autorizaba la cláusula de reserva en los contratos, en lo que tenía que ver con la posibilidad de terminar el vínculo contractual por parte del empleador oficial en forma unilateral y sin pago de indemnización “mediante aviso a la otra con antelación no inferior al período que regule los pagos de salario, de acuerdo con la costumbre”, pudiendo prescindir del aviso pagando igual período.

De suerte que, el plazo presuntivo de los seis (6) meses se mantuvo invariable, así en la citada sentencia, al declararse la executable de la primera parte de la norma en cuestión, la Corte Constitucional hubiera agregado que lo dispuesto en el aludido artículo 2º de la Ley 64 de 1946 “no impide la celebración de contratos de trabajo a término indefinido con la Administración Pública, cuando así lo estipulen expresamente las partes”, pues ello lo hizo para significar que no hay razón para estar liquidando periódicamente el contrato a término indefinido, si las partes acuerdan proseguir con su ejecución, eso si respetando el plazo presuntivo al que se ha hecho mención.

Además, estos contratos celebrados por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno –que se entienden celebrados por seis meses- se prorrogan en el evento de que después de expirado el plazo presuntivo, el trabajador continúe prestando sus servicios con el consentimiento expreso o tácito del empleador, y por tanto continúan ejecutándose en las mismas condiciones de seis en seis meses a que se contrae el artículo 43 del Decreto 2127 de 1945.

También debe tenerse en cuenta, que la figura del plazo presuntivo, concretamente definida en los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945, no ha sido declarada contraria a los postulados de la Constitución Política, por el Consejo de Estado, además de que, contrario a lo que afirma la réplica, dicha Corporación, en la sentencia CE, 13 sep. 2007, rad. 11001-03-25-000-2003-00089-01(414-03), estableció que a través de ella no se desconocía el principio de igualdad. Se dijo en la citada providencia:

“Se solicita la nulidad de los artículos 40, 43, 47 y 51 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario de la Ley 6ª del mismo año, en lo relativo al contrato individual de trabajo en general, porque según el actor, los artículos acusados además de atentar contra el derecho a la igualdad, desbordan la facultad reglamentaria al incluir aspectos que no consagra la ley.

El actor argumentó que las normas demandadas atentan contra el derecho a la igualdad y el derecho al trabajo, porque establece tres clases de trabajadores con vinculación indefinida: empleados de carrera administrativa, trabajadores particulares y trabajadores oficiales. Mientras los trabajadores particulares y los empleados públicos al momento de ser retirados por causas no imputables al trabajador, gozan de indemnizaciones específicas favorables y concretas, no sucede lo mismo con los trabajadores oficiales porque en las mismas condiciones de los anteriores, reciben una indemnización equivalente al pago del tiempo que aún no se ha cumplido del plazo presunto de seis meses que establecen los artículos acusados.

Sea lo primero precisar que el derecho de igualdad supone un trato similar a quienes se encuentran en condiciones iguales, y diferente a quienes están en distinta situación.

En el caso de los empleados de carrera administrativa, trabajadores particulares y trabajadores oficiales no se puede pregonar igualdad de condiciones porque existe para cada uno de los grupos de trabajadores un régimen especial. En efecto, la Ley 909 de 2004 regula a los empleados públicos; el régimen individual de los trabajadores oficiales se encuentra establecido en las Leyes 6 de 1945 y 61 de 1987 y en los Decretos 2127 de 1945 y los trabajadores particulares se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo.

Si bien, la vinculación de los trabajadores oficiales se realiza a través del contrato de trabajo, al igual que los trabajadores privados, sus regímenes laborales son distintos debido a que los primeros prestan su servicio al Estado mientras que los últimos satisfacen necesidades privadas o intereses particulares.

Al respecto, esta Corporación mediante sentencia de 29 de agosto de 2002, expediente 0002-99, Consejero Ponente doctor Tarsicio Cáceres, dijo lo siguiente:

“La Sala comparte dicho criterio de no sometimiento de la relación laboral de los trabajadores oficiales al Código Sustantivo del Trabajo porque el vínculo del Estado con sus servidores es de naturaleza diferente a la relación laboral que rige entre particulares, pues en aquél está de por medio el interés público, mientras que ésta pone en juego el interés privado. Desde la propia promulgación de la legislación laboral en el año de 1950 se hizo salvedad, pues el estatuto laboral fue concebido, de acuerdo con su artículo 1º, con la finalidad de “... lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores...”, lo que indicaba que las relaciones entre el estado y sus servidores quedaban excluidas de dicha regulación jurídica.

De acuerdo a las anteriores consideraciones, no se puede predicar la violación del derecho de igualdad en el caso objeto de estudio porque, estando frente a grupos de trabajadores que la única afinidad que presentan es su vinculación mediante un contrato de trabajo, ilógico sería que recibieran un trato igual o similar. (...)”

Además, de la comparación de las normas transcritas, se comprueba que el Decreto acusado en ningún momento extralimitó el ámbito del ejercicio reglamentario que la Constitución le permite. La Ley 6ª de 1945, estableció un plazo presuntivo de seis meses, parámetro dentro del cual el Decreto 2127 del

mismo año reglamentó dicha situación, precisando que el plazo de los seis meses es respecto a los a los contratos a término indefinido, que entre otras cosas, también están considerados en la citada ley.

Tras todo lo anterior, la Corte debe reiterar que: i) la figura del plazo presuntivo se encuentra plenamente vigente para los trabajadores oficiales, aún a pesar de la sentencia CC C-003/98; ii) por ello, cuando no se determine el plazo del contrato de trabajo o se diga que es indefinido, debe entenderse celebrado por periodos de seis meses; iii) dicha figura puede ser excluida a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones laborales, pero requiere de cláusulas claras y expresas; iv) y, en esa dirección, el empleador estatal puede acudir válidamente a la forma de terminación de la relación laboral establecida en el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, esto es, por el vencimiento del plazo pactado o presuntivo, sin tener a cargo indemnización alguna”.

Por tanto, se reitera que en el caso del demandante es aplicable lo dispuesto en los artículos 8.º de la Ley 6.ª de 1945, y 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945.

Ahora, como entre los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, y de cuyo contenido también se puede establecer el elemento de la subordinación, no hubo solución de continuidad, entiende la Sala que al aplicarse el plazo presuntivo, y teniendo en cuenta los extremos del contrato de trabajo que atrás se fijaron entre el 14 de agosto de 2007 y el 31 de marzo de 2011, dicho contrato debe entenderse celebrado por periodos de seis meses, por lo que el penúltimo contrato presuntivo corrió desde el 14 de agosto de 2010 hasta el 14 de febrero de 2011, y como el demandante prestó sus servicios hasta el 31 de marzo de 2011, ese último contrato fue prorrogado hasta el 14 de agosto de 2011, cuando terminaba el nuevo plazo presuntivo de seis meses, por lo que al no poderse aplicar la naturaleza indefinida convencional del contrato de trabajo, no es posible acceder al reintegro pretendido en la forma como lo dispone la convención colectiva de trabajo, ya que debe observarse el plazo

presuntivo de acuerdo con el último inciso del artículo 5.º de la convención.

En lo referente a la indemnización por despido injusto, y como quiera que el I.S.S., alega que el contrato terminó el 31 de marzo de 2011, por la expiración del plazo pactado, este argumento no puede aceptarse, porque como ya se dijo, el contrato se había prorrogado automáticamente por otro período de seis meses comprendidos entre el 14 de febrero y el 14 de agosto de 2011, de donde debe colegirse que el contrato terminó por decisión unilateral e injusta de parte del empleador, razón por la cual debe condenarse al pago de la correspondiente indemnización en el equivalente al tiempo faltante para completar el último presuntivo laboral, es decir, entre el 1.º de abril y el 14 de agosto de 2011. Teniendo en cuenta el último salario mensual devengado por el demandante, que fue de \$2.098.117, el monto de la indemnización es de \$9.375.162,60.

Sobre la indemnización moratoria, encuentra la Sala que el extinguido I.S.S. ha sido objeto de múltiples condenas por haber utilizado de manera irregular la forma de contratación de personal con fundamento en el artículo 32-3 de la Ley 80 de 1993, máxime cuando no demostró los presupuestos exigidos por dicha ley para dicha forma de contratación, tales como que las actividades que ejerció el actor no podían realizarse con personal de planta o que requirieran conocimientos especializados, además de que su celebración debe hacerse por el término estrictamente indispensable, y lo que aquí ocurrió fue una contratación sucesiva y continua sin demostración alguna de la necesidad de esta.

Ante la ausencia de buena fe por parte del extinguido I.S.S., se condenará al pago de la indemnización moratoria, por lo que al realizar las correspondientes operaciones aritméticas, las cuales se

anexan con esta providencia, nos arroja la suma de \$91.337.722, desde el día 15 de agosto de 2011 hasta el 31 de marzo de 2015, fecha hasta la cual el I.S.S. tuvo vida jurídica, cuando se publicó en el Diario Oficial 49470 de esa fecha, el Acta Final de Liquidación.

Frente a las condenas dispuestas por el juzgado, la Sala las encuentra ajustadas a derecho, al igual que lo relativo a la prescripción parcial que estimó, advirtiendo que no le asiste la razón al apelante en torno a la no prescripción de los intereses sobre la cesantía, porque si bien su monto está ligado al auxilio de cesantía, no deja de ser una prestación social autónoma, que incluso tiene establecida su propia forma de resarcimiento en caso de su no pago oportuno.

En consecuencia, quedan resueltos tanto la apelación interpuesta por la parte demandante como el grado jurisdiccional de consulta surtido en favor de la parte demandada, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto a las condenas que se impuso, pero adicionándose las condenas por la indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria.

Sin costas en la alzada y en la consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR las absoluciones frente a la indemnización por despido injusto y la indemnización moratoria, dispuestas en la

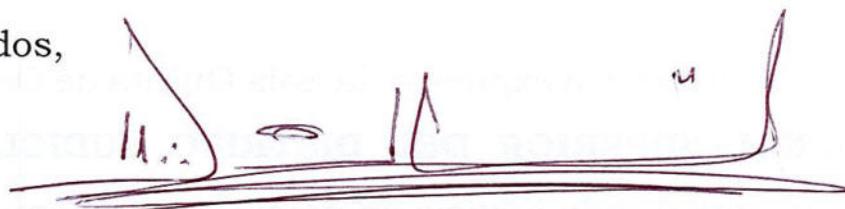
sentencia del 6 de marzo de 2014, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, **CONDENAR** a la parte demandada a pagar al demandante la suma de **NUEVE MILLONES TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL CIENTO SESENTA Y DOS PESOS CON 16 CENTAVOS (\$9.375.162,60)** por indemnización por despido injusto, y la suma de **NOVENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y SIETE MIL SETECIENTOS VEINTIDÓS PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (\$91.337.722)**, desde el día 15 de agosto de 2011 hasta el 31 de marzo de 2015, por concepto de indemnización moratoria, fecha hasta la cual el I.S.S. tuvo vida jurídica cuando se publicó el Acta Final de Liquidación en el Diario Oficial 49470 de esa fecha.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 6 de marzo de 2014 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada y en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
subrogante personal de voto

Hernán Mauricio Oliveros Motta
HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

DEMANDANTE MILTON ANTONIO CASTAÑEDA ORTIZ

DEMANDADO ISS EN LIQUIDACIÓN

RADICACIÓN: 11001 31 05 026 2012 00637 01

MAGISTRADA PONENTE: DAVID A. JO. CORREA STEER

A continuación se presenta las razones del salvamento parcial de voto respecto de la decisión sobre las pretensiones de indemnización moratoria:

La jurisprudencia ha sido reiterativa sobre el estudio de la buena o mala fe en cada caso concreto para la aplicación de la sanción moratoria, y por ello se puede verificar sentencias condenatorias y absolutorias sobre ese concepto frente a la misma entidad; y esto hace consistente la jurisprudencia en el sentido de que en cada asunto particular se verifica la conducta del empleador de manera independiente a otros procesos, porque cada proceso se debe estudiar de acuerdo a las pruebas aportadas en él.

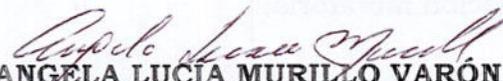
También es reiterada la jurisprudencia en el sentido de indicar que el estudio de buena o mala fe del empleador se verifica al momento de la terminación del vínculo laboral, para ello se puede observar la sentencia SL 16280 DE 2014 proferida en el expediente 45523.

en ese orden de ideas, aplicando el precedente jurisprudencial en el presente caso, se considera que no se podría predicar que existe mala fe en la fecha de terminación del contrato, en la medida en que si bien el contrato terminó antes del decreto que ordenó la supresión y liquidación del ISS, y aunque hubo varios contratos celebrados, no se encuentra de las pruebas que la actuación del ISS haya sido con la intención de vulnerar las normas laborales porque se encontraba frente a una de las facultades para la contratación cual era la de que no contar con personal suficiente en la planta de personal para el desarrollo de la actividad tal como se constata en cada uno de los contratos suscritos por las partes. Y aunque no se desconoce que en la práctica se desarrolló un contrato de trabajo, esto no implica que no se haya contado con la anuencia del demandante quien pese a conocer las condiciones de desarrollo del contrato suscribió varios contratos con la misma entidad y bajo las mismas condiciones, generando en su co-contratante el convencimiento de que la relación se regía por un contrato de prestación de servicios; recuérdese que el demandante cumplió con cada una de las obligaciones pactadas en el contrato como son la constitución de pólizas, etc.

Adicionalmente, la contratación por prestación de servicios no es ilegal, ya que de manera expresa fue declarada exequible por la Corte Constitucional, contratos que pueden ser celebrados por la entidad por el término que considere indispensable,

el criterio de necesidad solo lo establece las circunstancias particulares de cada caso concreto en la entidad donde se debe desarrollar la labor.

Adicionalmente, aunque no se desconoce la sentencia SL-981 de 2019, mediante la cual la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral señaló que se reconocía la indemnización moratoria hasta la fecha de liquidación definitiva de la entidad, esto es hasta el 31 de marzo de 2015, es de anotar que se desconoce los precedentes jurisprudenciales que señalan que no es dable imputar mala fe al empleador cuando por razones ajenas a su voluntad no tienen la administración de los recursos, y en el caso de las entidades públicas una vez se emite el decreto que ordena la supresión y liquidación de las mismas, los recursos ya no se pueden destinar libremente y se reitera las personas designadas para adelantar los trámites de la liquidación les está vedado modificar la naturaleza de los contratos suscritos por las partes antes de dicho decreto de supresión y liquidación de la entidad.


ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Mágrada