



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

Magistrado ponente

SL2066-2020

Radicación n.º 75241

Acta 23

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual.

Bogotá, D. C., primero (1º) de julio de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **DIANA AURORA ABRIL FONSECA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 7 de abril de 2016, dentro del proceso ordinario laboral seguido por la recurrente, contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN** hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO - PAR ISS**, cuya vocera y administradora es la **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A.**

Se reconoce personería adjetiva al abogado CARLOS ALBERTO PARRA SATIZÁBAL, como apoderado de la parte

demandada, en los términos y para los efectos del poder otorgado y que se allegó en el trámite del recurso extraordinario.

I. ANTECEDENTES

Diana Aurora Abril Fonseca actuando en nombre propio, demandó al Instituto de Seguros Sociales en liquidación hoy Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales Liquidado - PAR ISS, a fin de que se declare que entre ellos existió un contrato de trabajo que se inició el 4 de diciembre de 2009 y finalizó el 28 de febrero de 2013, fecha en que fue despedida de manera unilateral y sin justa causa.

Pretendió fuera condenado a pagarle el auxilio de cesantía y sus intereses, indemnización por despido injusto, primas de orden legal y extralegales de vacaciones y de servicios, prima técnica, reajuste salarial, sanción moratoria por el no pago oportuno de las prestaciones sociales, aportes a la seguridad social en el porcentaje que le corresponde como empleador, la indexación y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, relató que estuvo vinculada al ISS mediante diferentes contratos de prestación de servicios entre el 4 de diciembre de 2009 y el 28 de febrero de 2013; que durante su vinculación subordinada cumplió funciones propias del cargo de «*Profesional Universitaria*» en la «*Coordinación de Nóminas del Departamento de Recursos Humanos de la*

Seccional Cundinamarca; que estaba sujeta al cumplimiento de un horario de trabajo que se desarrollaba de 8 a.m. a 5 p.m., con 45 minutos destinados para almorzar; explicó además que siempre debía acatar los reglamentos de la entidad; que recibía órdenes por parte de los funcionarios del área y del jefe del citado departamento.

Expuso que prestaba sus servicios en las instalaciones del Instituto demandado y con los elementos que se le suministraban; que desempeñó las mismas funciones que los profesionales universitarios de planta y que era tratada igual que ellos, pues lo único que los diferenciaba era que ella estaba unida a través de contratos de prestación de servicios, al paso que sus compañeros lo hacían con vinculaciones legales y reglamentarias; que inclusive, cuando por razones de salud no podía prestar personalmente los servicios por razones de las incapacidades que le daban los médicos, dicho tiempo tenía que reponerlo.

Afirmó que los valores devengados mensualmente para los años 2009 y 2010 correspondieron a \$1.750.723 y \$1.785.737 respectivamente, y para los años 2011, 2012 y 2013 la suma de \$1.842.345; mientras que para las mismas anualidades los profesionales que desempeñaban en idénticas funciones percibían salarios superiores.

Manifestó que no le fueron pagadas las prestaciones sociales legales y extralegales a las cuales tenía derecho; que Sintraseguridadsocial, organización sindical que suscribió la convención colectiva de trabajo vigente en el ISS para la fecha

en que prestó sus servicios, tiene la calidad de sindicato mayoritario; que nunca fue afiliada como trabajadora dependiente al sistema de seguridad social integral; que fue despedida sin justa causa el 28 de febrero de 2013, y que agotó la reclamación administrativa el 18 de noviembre de 2013 (f.º 1 a 14 y 559 a 560).

El Instituto de Seguros Sociales en liquidación hoy PAR ISS, al dar respuesta a la demanda, aceptó los hechos referidos a que la demandante prestó sus servicios para la entidad por medio de contratos de prestación de servicios, dentro de las instalaciones de la misma y con los elementos que ésta le suministraba, sobre los demás supuestos fácticos dijo que no eran ciertos algunos y que otros correspondían a las pretensiones de la demanda.

En su defensa sostuvo que en razón a que la actora estuvo vinculada a través de contratos de prestación de servicios celebrados a la luz de lo dispuesto en la Ley 80 de 1993, en momento alguno puede ser catalogada como trabajadora subordinada; que nunca estuvo obligada a cumplir un horario de labores; que siempre desarrolló el objeto contractual de los mencionados acuerdos de manera autónoma; que no recibía órdenes y que el ISS siempre le canceló los respectivos honorarios a los que tenía derecho, conforme a cada uno de los contratos de prestación de servicios suscritos.

Insistió en que la demandante nunca fue trabajadora subordinada de la entidad y, por lo mismo, el ISS nunca

estuvo obligado a cancelarle las acreencias laborales reclamadas y menos las consagradas en la convención colectiva de trabajo 2001-2004 celebrada con Sintraseguridadsocial.

Se opuso a todas las pretensiones y en su defensa formuló la excepción previa de falta de reclamación administrativa, y propuso los medios exceptivos de fondo que denominó: inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia del vínculo de carácter laboral, prescripción y caducidad, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no utilización de otros mecanismos alternativos de solución de conflictos y la genérica (f.º 565 a 583 y 588 a 589).

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, a quien le correspondió el conocimiento del presente asunto, mediante providencia del 9 de septiembre de 2015, declaró no probada la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa formulada por la entidad convocada al proceso (f.º 683 a 684).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 7 de diciembre de 2015, el citado Juzgado, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR que entre el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy LIQUIDADO y DIANA AURORA ABRIL FONSECA**, existió una verdadera relación laboral, ostentando ésta la calidad de trabajadora oficial, desde el 23 de diciembre de

2009 al 28 de febrero de 2013, todo de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada al pago en favor de la actora de las siguientes sumas por los conceptos que a continuación se describen:

- a. Por vacaciones convencionales, su compensación en dinero en cuantía de \$3.556.979.
- b. Por prima convencional de servicios \$5.223.422.
- c. Por cesantías \$5.959.908.
- d. Por intereses sobre las cesantías \$715.189.
- e. Indemnización por despido \$7.019.441,61
- f. La indexación de todas y cada una de las condenas aquí impuestas desde el momento de la terminación de la relación laboral y hasta la fecha en que realmente se produzca su pago.
- g. Por aportes en salud y pensión deberá pagar tanto al fondo de pensiones en el que se encuentre afiliada la actora (Colpensiones), como al Fosyga, únicamente el excedente, entre lo ya cotizado como contratista y el monto que se desprenda del IBC del salario real devengado durante toda la relación laboral, aportes que serán cancelados previo el cálculo actuarial que indiquen las entidades respectivas, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de prescripción de manera parcial, en los términos expuestos en esta sentencia y sin probar las demás propuestas.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS, incluidas las agencias en derecho, a la parte demandada, las que se tasan en la suma de **TRES MILLONES (\$3.000.000) DE PESOS M/CTE.**

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver los recursos de apelación interpuestos por las dos partes y el grado jurisdicción de consulta que se surtió en favor de la entidad demandada, la Sala Laboral del

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá puso fin a la segunda instancia, mediante sentencia del 7 de abril de 2016, para lo cual revocó en su integridad el fallo de primer grado y en su lugar absolvió a la accionada de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, a quien le impuso el pago de las costas de primera instancia, absteniéndose de hacerlo en la alzada.

Para tomar su decisión, el *ad quem* tuvo en cuenta los recursos de apelación formulados por ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta que se surtía en favor del Instituto de Seguros Sociales. En esa perspectiva comenzó por precisar que el problema jurídico a resolver estaba centrado en determinar si la relación que unió a las partes era de naturaleza laboral o si obedecía a una diferente, y en caso de ser afirmativa tal respuesta, determinar si la demandante tenía derecho a las acreencias laborales legales y extralegales a las que accedió el *a quo*, más otros conceptos que se reclaman.

En esa perspectiva precisó que la demandante estuvo vinculada al ISS como profesional universitaria entre diciembre de 2009 y el 28 de febrero de 2013, lo que ocurrió mediante la celebración de contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, pues de ello dan cuenta los documentos visibles a folios 99, 294, 296, 318, 335, 386, 422, 459, 497 y 529, vinculación que si bien se hizo a través de diferentes convenios, ello no impide que a través del principio de la primacía de la realidad sobre las

formalidades, pueda acreditarse la existencia de un único y verdadero contrato de trabajo.

Arguyó que resulta de trascendental importancia para afrontar los asuntos a resolver, que en primer lugar se debía dilucidar la calidad que ostentó Diana Aurora Abril Fonseca, durante la vigencia de la relación laboral pretendida con la demandada. Esto, por cuanto las condenas solicitadas se encuentran soportadas en la existencia real de un contrato de trabajo, para lo cual discurrió en los siguientes términos:

A fin de resolver lo pertinente, es necesario recordar que con posterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del parágrafo del artículo 235 de la Ley 100 de 1993 proferida por la Corte Constitucional mediante sentencia C-579 del 30 de octubre de 1996, se expidió el Decreto 416 del 20 de febrero de 1997 emanado del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales en el cual se acordó que los servidores de dicha entidad se clasificarían en empleados públicos, entre otros servidores profesionales de los despachos del Vicepresidente, Gerente y Director, observándose que dicho Decreto derogó expresamente los Decretos 461 de 1994 y 656 de 1995, aprobatorio de los Acuerdos 003 de 1993 y 82 de 1995 respectivamente, en cuyo contenido aún se preveía la categoría de funcionarios de seguridad la social y que con posterioridad a él no se ha proferido ninguna otra norma que modifique la clasificación de los servidores públicos del Instituto de los Seguros Sociales hoy Liquidado.

Conforme a lo anterior y descendiendo al caso en estudio se tiene que al haber afirmado la demandante la existencia de una relación laboral contractual, debía probarla, y encuentra esta Sala lo siguiente: conforme a la certificación expedida por la coordinadora general del ISS en liquidación, obrante a folio 49 del expediente, la actora se desempeñó desde 23 de diciembre de 2009 hasta el 28 febrero de 2013 como abogada en la Seccional Cundinamarca y Gerencia Nacional. A folio 74 el gerente seccional del ISS solicita al vicepresidente administrativo la reclasificación de la hoja de vida de la demandante como abogada especialista en derecho procesal, funciones desempeñadas por la demandante dentro de las que se encontraban dar respuesta oportuna a los requerimientos de los juzgados, tribunales, procuradurías, contralorías, responder derechos de petición, acciones de tutela, estudiar y analizar la viabilidad de impugnación de los fallos respectivos, asesorar el proceso de recobros persuasivos por préstamos de vivienda entre otros, como se lee a folio 369, por manera que se colige sin lugar a duda, que si bien existió la prestación personal del servicio por

parte de la demandante y pudo haber existido una relación laboral, no lo fue de tipo contractual.

No tiene la demandante entonces la calidad de trabajadora oficial sino de empleada pública y basta con revisar las pruebas anteriormente citadas para colegir que la demandante se encontraba dentro de los profesionales de la Seccional Cundinamarca y Gerencia Nacional como los documentos taxativamente lo informaron, lo que desvirtúa conforme al organigrama de servidores públicos de la entidad la calidad de trabajadora oficial que pretende le sea reconocida en la demanda.

Tales consideraciones lo llevaron a concluir que la demandante no ostentó la condición de trabajadora oficial sino la de una empleada pública, y por tanto era del caso revocar la decisión condenatoria de primer grado y con ello absolver a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandante Abril Fonseca, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, para que una vez constituida en sede de instancia, confirme la decisión condenatoria de primer grado, salvo la condena por indexación, pero la revoque en cuanto absolvió del pago de la indemnización moratoria, para en su lugar acceder a dicha súplica.

Con tal propósito formuló cinco cargos, que fueron replicados, los cuales se resolverán conjuntamente dado, que, a pesar de formularse por diferentes vías, contienen similar proposición jurídica, persiguen un mismo fin y se utilizan argumentos que se complementan, siendo igual la solución para todos.

VI. CARGO PRIMERO

Dice que la sentencia recurrida viola la ley sustancial:

[...] indirectamente y en razón de los errores de hecho que luego se enlistan, el artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 de 1997, el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 1848 de 1969 y en relación con los artículos 1º, 5º, 11, 12 y 17 de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 3º, 11, 12, 13, 19, 20, 37, 40, 47, 50 y 51 del Decreto 2127 de 1945; 1º del Decreto 797 de 1949; 11 de la Ley 4ª de 1966; 5º y 8º del Decreto 3135 de 1968; 5º y 40 del Decreto 1045 de 1978; 3º, 467, 468 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo, el artículo 292 del decreto 1333 de 1986 y 38 del Decreto 2351 de 1965.

Manifiesta que el Tribunal incurrió en los siguientes errores evidentes de hecho:

Dar por demostrado sin estarlo, que la demandante desempeñó el cargo de Profesional Universitaria en la Gerencia Nacional del ISS.

No dar por demostrado estándolo, que la demandante siempre prestó sus servicios al ISS en el Departamento de Recursos Humanos de la Seccional Cundinamarca.

Indica que tales dislates de orden fáctico se generaron por no haber apreciado correctamente «los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes» (f.º 185, 186, 421, 422, 458, 459, 496, 497, 528 y 529) y «la

certificación expedida por la entidad demandada sobre el tiempo servido por la demandante» (f. 49).

En la demostración del cargo, sostiene que el fallador de segundo grado incurrió en tales dislates fácticos al considerar que la demandante se desempeñó como profesional en la «*Gerencia Nacional de la entidad demandada*», cuando en verdad, ninguna de las pruebas valoradas, dan cuenta de tal supuesto.

Asegura que la certificación visible a folio 49 pone en evidencia que la demandante se desempeñó como abogada en el «*Departamento de Recursos Humanos de la Seccional de Cundinamarca*», sin que en la misma se haga referencia alguna a que ella hubiese prestado sus servicios a la Gerencia Nacional, como equivocadamente lo infirió el Tribunal.

Expresa que tampoco da cuenta de ello, los contratos de prestación de servicios visibles folios 185, 186, 421, 422, 458, 459, 496, 497, 528 y 529, pues de los mismos no se derivaba que hubiera prestado sus servicios a la Gerencia Nacional; por el contrario, estos convenios únicamente acreditan que la demandante se desempeñó como profesional universitaria en el Departamento de Recursos Humanos de la Seccional Cundinamarca.

Por último, destaca que al encontrarse probado que el cargo desempeñado por la accionante, no fue de aquellos que corresponden a la categoría de empleados públicos, los

cuales se relacionan de manera taxativa en el artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997, debe concluirse que ostentó la calidad de trabajadora oficial, por ende, tiene derecho a las acreencias laborales demandadas.

Por lo expuesto pide que el cargo debe prosperar.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada de infringir por vía directa, en la modalidad de interpretación errónea del:

[...] artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 de 1997 en relación con los artículos 1º, 5º, 11, 12 y 17 de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 3º, 11, 12, 13, 19, 20, 37, 40, 47, 50 y 51 del Decreto 2127 de 1945; 1º del Decreto 797 de 1949; 11 de la Ley 4ª de 1966; 5º y 8º del Decreto 3135 de 1968; 5º y 40 del Decreto 1045 de 1978; 3º, 467, 468 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo y 38 del Decreto 2351 de 1965.

En la sustentación del cargo le reprocha al Tribunal el entendimiento que le dio al «*artículo 1ª (sic) del Acuerdo 145 de 1997, aprobado por el Decreto 416 del mismo año*», normatividad que determina «*qué cargos de los de la planta del ISS comportan una vinculación de orden legal o reglamentario y no contractual*». Lo anterior, por cuanto consideró equivocadamente que el cargo que desempeñó la actora se enmarcaba dentro de aquellos previstos por el numeral 13 del mencionado artículo, esto es, «*Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los Despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director*» que eran empleados públicos.

Argumenta que dicha norma debe ser interpretada de manera restrictiva, el concepto de Gerente debe entenderse circunscrito al Gerente Nacional y no a los Gerentes Seccionales, por lo cual, únicamente pueden ser considerados como empleados públicos aquellos servidores profesionales que hagan parte de la Gerencia Nacional, dentro de los cuales no se encuentra la demandante.

Tras lo anterior, sostiene lo siguiente:

Para que se pudiera concluir que el cargo desempeñado por la demandante correspondía a un empleado público, era menester que en la norma que reguló la materia (Art. 1º del Acuerdo 145 de 1997) se hubiese consagrado expresamente que todos los cargos profesionales adscritos a todas las Seccionales de la entidad o en particular a la de Cundinamarca, debían ser desempeñados por empleados públicos.

En síntesis, lo que se sostiene es que la correcta hermenéutica de la norma analizada y el criterio de interpretación restrictivo que se impone con respecto a la materia regulada, deben llevar a concluir que el cargo de profesional adscrito a la Seccional Cundinamarca del ISS no es está comprendido dentro de los cargos taxativos a desempeñar por empleados públicos.

Concluye que como el Tribunal le dio un alcance diferente al precepto legal referido y consideró a la demandante como empleada pública, procede la casación de la sentencia.

VIII. CARGO TERCERO

Asevera que la sentencia recurrida viola:

[...]directamente por aplicación indebida, el artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 de 1997 en relación con los artículos 1º, 5º, 11, 12 y 17 de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 3º, 11,

12, 13, 19, 20, 37, 40, 47, 50 y 51 del Decreto 2127 de 1945; 1º del Decreto 797 de 1949; 11 de la Ley 4ª de 1966; 5º y 8º del Decreto 3135 de 1968; 5º y 40 del Decreto 1045 de 1978; 3º, 467, 468 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo y 38 del Decreto 2351 de 1965.

La demostración del cargo, en esencia, es igual a la del ataque que precede, sólo que hace énfasis en la modalidad de aplicación indebida, razón por la cual la Corte se remite a lo ya sintetizado en aquel.

IX. CARGO CUARTO

Acusa la sentencia impugnada de violar:

[...] directamente y por aplicación indebida el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 1848 de 1969, el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 de 1997 en relación con los artículos 1º, 5º, 11, 12 y 17 de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 3º, 11, 12, 13, 19, 37, 40, 47, 50 y 51 del Decreto 2127 de 1945; 1º del Decreto 797 de 1949; 11 de la Ley 4ª de 1966; 5º y 8º del Decreto 3135 de 1968; 5º y 40 del Decreto 1045 de 1978; 3º, 467, 468 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo y 38 del Decreto 2351 de 1965.

En el desarrollo del cargo expresa que no era posible concluir como lo hizo el *ad quem*, que la demandante hubiera estado vinculada el ISS en virtud de una relación de orden legal y reglamentaria. Ello, por cuanto ese tipo de vinculación constituye una forma excepcional de los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, debiéndose entender que únicamente «[...] aquellos que desempeñen funciones de dirección o confianza que estatutariamente se hubiesen establecido para ser desempeñadas por empleados públicos» son los que ostentan tal calidad y en consecuencia todos los demás se entienden que los ata un contrato de

trabajo o lo que es igual, son trabajadores oficiales.

Destaca que, para la clasificación de un servidor público como trabajador oficial o empleado público, debían observarse los criterios «[...] *orgánico y funcional, que atienden en su orden a la naturaleza jurídica de la entidad pública y a las funciones inherentes al cargo*», a los que se han referido la jurisprudencia y la doctrina.

Refiere que, de conformidad con el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, en los estatutos de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado deben señalarse las funciones susceptibles de ser desempeñadas por los empleados públicos, por lo cual, «[...] *si en los estatutos de la entidad no se precisan las funciones de dirección o confianza susceptibles de ser ejercidas por empleados públicos, no le es dable al juez entrar a calificar las mismas para efectos de suplir los vacíos estatutarios, ni es posible que el Juez a priori -sin la descripción estatutaria de las funciones- determine que el cargo corresponde a un empleado público*», como sucedió en este caso.

Cita en su apoyo las sentencias CSJ, SL 19 jul. 2011, rad. 41337 y SL, 13 jun. 2012, rad. 38601, para afirmar que el Tribunal aplicó indebidamente el mencionado artículo 5º, así como los artículos 3º y 5º del Decreto 1848 de 1969, toda vez que consideró que la demandante ostentó la calidad de empleada pública del ISS, pese a que las funciones inherentes al cargo desempeñado por ella no se encuentran

descritas en el Acuerdo 145 de 1997.

En tal sentido, la censura puntualiza:

La cabal aplicación de las normas acusadas le imponía al Tribunal analizar si en los estatutos de la entidad demandada se describieron las funciones asignadas a la demandante como propias de una empleada pública, sin que le fuera dable valorar - con prescindencia de los estatutos- si dichas funciones podían ser consideradas como de dirección o confianza, y sin que la simple referencia al cargo pudiese suplir el requisito funcional en el que se ha hecho énfasis.

De allí que si los estatutos de la entidad (empresa industrial y comercial del Estado) no describen las funciones específicas a desempeñar por un cargo que se pretende clasificar como de empleado público, la conclusión que se impone para el juez es que al servidor se le debe reconocer la condición de trabajador oficial (regla general en este tipo de entidades públicas).

En el artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 del mismo año, se establecieron los cargos que al interior del ISS serían desempeñados por empleados públicos, pero en dicha normatividad se omitió describir las funciones propias de cada uno de ellos, sin que resultara admisible que el Tribunal entrara a calificar el cargo de la demandante como propio de un empleado público, pese a que las funciones del cargo no estaban especificadas en la norma señalada ni en normas estatutarias de la entidad.

[...]

En conclusión, el Tribunal se equivocó en el ámbito puramente jurídico al catalogar a la demandante como empleada pública basándose exclusivamente en el hecho de que como Profesional estaba adscrita a la Seccional Cundinamarca y a la Gerencia Nacional.

Es que aun aceptando que la demandante desempeñó funciones de Profesional en la Seccional Cundinamarca del ISS y en la Gerencia Nacional, ello no bastaba para considerarla como empleada pública, ya que era necesario que las funciones del cargo asignado hubiesen estado descritas en los estatutos como propias de este tipo de servidores, sin que la mera referencia al cargo bastase para suplir la exigencia legal y sin que el Juez se pudiese arrojar la facultad de entrar a calificar la naturaleza de las funciones no especificadas.

Tal argumentación lleva a la recurrente a implorar que

al cargo se le de prosperidad.

X. CARGO QUINTO

Expresa que la sentencia recurrida es violatoria por vía indirecta:

[...] *por error de derecho el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 1848 de 1969, y el artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 de 1997, en relación con los artículos 1º, 5º, 11, 12 y 17 de la Ley 6ª de 1945; 1º, 2º, 3º, 11, 12, 13, 19, 20, 37, 40, 47, 50 y 51 del Decreto 2127 de 1945; 1º del Decreto 797 de 1949; 11 de la Ley 4ª de 1966; 5º y 8º del Decreto 3135 de 1968; 5º y 40 del Decreto 1045 de 1978; 3º, 467, 468 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo y 38 del Decreto 2351 de 1965.*

Aduce que tal violación se produjo a causa de: *«Dar por probada la condición de empleada pública de la demandante, acudiendo a pruebas diferentes de los estatutos de la entidad».*

En la sustentación del cargo indica que el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, es claro en señalar que en los estatutos de las empresas industriales y comerciales del Estado, se deben relacionar las funciones de dirección, confianza y manejo susceptibles de ser desempeñadas por los empleados públicos, razón por la cual, sólo con los estatutos de tales entidades se puede probar que empleos corresponden a *«empleados públicos»*, y en tales circunstancias no es permitido al juez apoyarse en medios probatorios diferentes para efectos de calificar tal calidad.

Esgrime que el Tribunal no podía apoyarse en las

certificaciones de folios 49 y 369, tampoco en los contratos de prestación de servicios visibles a folios 185, 186, 421, 422, 458, 459, 496, 497, 528 y 529, menos en la documental de folio 74, para concluir que la señora Abril Fonseca ostentó la calidad de empleada pública, pues la única prueba apta con la cual podía demostrarse tal condición, era con los estatutos de la entidad demandada, los que brillan por su ausencia en el plenario.

Así, solicita que el cargo salga triunfante.

XI. LA RÉPLICA

Frente al primer cargo, en esencia, expone que no se equivocó el Tribunal en su determinación, pues en el proceso está plenamente demostrado que la actora en calidad de profesional universitaria, además de prestar sus servicios a la Seccional Cundinamarca, también lo hizo para la Gerencia Nacional del ISS, por tanto, se ubica dentro del supuesto contemplado por el artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997, aprobado por el Decreto 416 del mismo año, esto es, que ostentó la calidad de empleada pública.

Con relación al segundo y tercer cargo, sostiene que al estar plenamente demostrado en el proceso que la actora ostentó la calidad de empleada pública, mal puede atribuírsele al Tribunal, haber interpretado erróneamente o aplicado indebidamente el citado artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 de igual anualidad, pues esta disposición, es clara en considerar que son

empleados públicos, quienes presten sus servicios a la Gerencia del ISS, entendida esta como nacional o regional, por lo cual, no podía la recurrente pretender que se limitara la interpretación del mencionado artículo solo a la Gerencia Nacional.

En lo que respecta a los cargos cuarto y quinto, adujo que el fallador de alzada en momento alguno infringió el artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, bien por la vía directa, ora a través del error de derecho que le atribuye en el quinto, pues está plenamente acreditado que la demandante era una empleada pública, máxime que el cuarto cargo está deficiente formulado, pues a pesar de haberse dirigido por la senda directa, hace referencia a pruebas del proceso, lo cual sólo es viable cuando se escoge el sendero de los hechos.

Y concluye diciendo que:

Analizados los cargos presentados en esta demanda de casación y el sustento de la recurrencia en el presente recurso extraordinario, resulta que no logra el recurrente destruir los fundamentos de la sentencia recurrida

XII. CONSIDERACIONES

El problema jurídico a dilucidar en las cinco acusaciones y que la Corte está llamada a resolver, gira en torno a determinar, sí el juez de segunda instancia se equivocó al negarle la calidad de trabajadora oficial a la demandante Diana Aurora Abril Fonseca, toda vez que para la alzada ostentó fue la calidad de empleada pública, por

razón del cargo desempeñado en una de las Gerencias del Instituto de Seguros Sociales en liquidación.

En este orden de ideas, debe recordarse que el Tribunal basó su decisión en lo señalado por el literal a) del artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997, aprobado por el artículo 1º del Decreto 416 de esa misma anualidad y en la sentencia CC C-579-1996; de donde concluyó que en razón a que la actora prestó sus servicios como «*abogada en la Seccional Cundinamarca y en la Gerencia Nacional*» del Instituto de Seguros Sociales, debía catalogarse como empleada pública y no como trabajadora oficial.

Planteado así el asunto y como la temática objeto de estudio ha sido abordada en múltiples oportunidades por esta Corporación, donde al decidir asuntos de contornos similares al presente, se ha dejado en claro que tales servidores tienen la calidad de trabajadores oficiales y no la de empleados públicos, la Sala se remite a lo ya adocinado.

En efecto, en sentencia CSJ SL2584-2019, reiterada entre otras, en decisiones CSJ SL 5545-2019, SL3629-2019 y SL5019-2020, se precisó lo siguiente:

En punto a la temática propuesta, se ha de precisar que de conformidad con el inciso 2.º del artículo 5.º del Decreto Ley 3135 de 1968 los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, por regla general, son trabajadores oficiales y, excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos, empleados públicos cuando ejerzan funciones de dirección y confianza.

En ese contexto, de acuerdo con los criterios orgánico y funcional previstos en el citado decreto extraordinario, el Consejo Directivo del ISS estableció en el artículo 1.º del Acuerdo 145 de 1997

aprobado por el Decreto 416 del mismo año, la clasificación de sus servidores, así:

Artículo 1º. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.

A. Son Empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

1. Presidente del Instituto.
2. Secretario General y Seccional.
3. Vicepresidente.
4. Gerente.
5. Director.
6. Asesor.
7. Jefe de Departamento.
8. Jefe de Unidad.
9. Subgerente.
10. Coordinador Clase I, II, III, IV y V.
11. Jefe de Sección.
12. Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.
13. Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.

B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos. (Resaltado fuera del texto).
(...).

Por su parte, el Acuerdo 76 de 27 de diciembre de 1994 aprobado por el Decreto 337 de 20 de febrero de 1995 -vigente hasta la expedición del Decreto 2012 de 2012-, modificó la estructura anterior del ISS y adoptó otra nueva a nivel nacional, seccional, zonal y local.

En lo que concierne al tema en estudio, consagró:

Artículo 3º. El artículo 5º del Acuerdo 62 de 1994 quedará así:

(...)

En la estructura interna del Nivel Seccional, las unidades o dependencias del **nivel directivo** se denominan Gerencias y Secretarías Seccionales. Las **de asesoría** se denominan Direcciones y/o Unidades, y **las ejecutivas**, Departamentos, Coordinaciones, Secciones o Centros.

(...)

Las Seccionales de Cundinamarca-Santafé de Bogotá, Valle, Antioquia y Atlántico en su estructura contarán con: Gerencia

Administrativa, Gerencia de Pensiones, Gerencia de Protección Riesgos Laborales, Gerencia de EPS y Gerencias de Clínicas (IPS).

Artículo 4º. El artículo 7º del Acuerdo 62 de 1994 quedará así:

Estructura Interna. El Instituto de Seguros Sociales en sus Niveles Nacional, Seccional y Zonal, tendrá la siguiente estructura interna:

(...)

NIVEL SECCIONAL

(...)

6.4 Gerencia Seccional de Pensiones

6.4.1 Departamento de Atención al Pensionado

6.4.2 Departamento de Historia Laboral y Nómina de Pensionados

(...)

*Entonces, de acuerdo con la clasificación de los empleos del ISS prevista en el Decreto 416 de 1997, en armonía con la estructura de la entidad consagrada en el Decreto 337 de 1995, para que los servidores **profesionales o secretarías ejecutivas** a que se refiere el numeral 13 del primero de los citados puedan considerarse como empleados públicos, es indispensable que el cargo que desempeñen se encuentre adscrito a los despachos de presidente, secretario general o seccional, vicepresidente, gerente y director; que presten sus servicios en forma directa a los titulares de dichos despachos, y que sus actividades estén inmersas en la excepción prevista en el inciso 3.º del artículo 5.º del Decreto Ley 3135 de 1968.*

*De ese modo, las funciones de los profesionales adscritos a los **niveles ejecutivos** del ISS (inc. 3.º del art. 3.º del Decreto 337 de 1995) tales como el **Departamento de Pensiones de la Seccional Cundinamarca**, no pueden incluirse dentro del catálogo de actividades exceptuadas del régimen de los trabajadores oficiales, como quiera que los departamentos, coordinaciones, secciones o centros no pertenecen a los niveles directivo y asesor de la entidad, en la medida que entre sus funciones no está la adopción de directrices generales, no pertenecen a la más alta jerarquía de la estructura organizacional del instituto y, para su desempeño, tampoco exigen la especial **confianza** que entraña el carácter *intuitu personae*.*

Ahora bien, en el presente caso, al demandante se le vinculó como «abogado en el departamento de pensiones de la seccional Cundinamarca» según consta en los contratos administrativos suscritos con la demandada -acusados de errónea apreciación-, el estudio previo de contratación, los resúmenes de liquidación de pagos realizados por concepto de honorarios y el informe final de interventoría - censurados de falta de apreciación- (f.º 167, 179, 203, 216, 227, 228, 244, 249 a 253, 254, 285, 289 a 292).

*En consecuencia, conforme al contexto normativo atrás descrito y de acuerdo con las pruebas reseñadas, la pretensión declarativa de la existencia del contrato de trabajo que demanda el accionante, quien fue vinculado como abogado en el **Departamento de Pensiones de la seccional Cundinamarca**, mediante contratos administrativos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993, debió ser analizada bajo los presupuestos del literal B) del artículo 1.º del Decreto 416 de 1997, mas no con fundamento en lo previsto en el numeral 13 de literal A) ibidem, tal como con error lo aplicó el Tribunal.*

Así las cosas, como de las pruebas denunciadas por la censura como erróneamente apreciadas, la Sala encuentra que la actora Abril Fonseca no prestaba sus servicios en forma directa al director de recursos humanos de la seccional Cundinamarca y menos a la Gerencia Nacional, y tampoco sus actividades estén inmersas en la excepción prevista en el inciso 3º del artículo 5º del Decreto Ley 3135 de 1968, se concluye que no podía dársele la calidad de empleada pública, sino que ostentaba la condición de trabajadora oficial.

Así se afirma, en tanto las funciones que debía cumplir la accionante tenían que ver fundamentalmente con la atención de los diferentes requerimientos de los juzgados en asuntos relacionados con derechos de petición, acciones de tutela y de cumplimiento, nunca sus servicios los prestaba de manera directa al jefe del departamento de recursos humanos de la seccional Cundinamarca, que era la dependencia donde ella laboraba, con lo cual es claro para la Corte, que su pretensión declarativa, «[...] debió ser analizada bajo los presupuestos del literal B) del artículo 1.º del Decreto 416 de 1997, mas no con fundamento en lo previsto en el numeral 13 de literal A) ibídem [...]», como se precisa en la

sentencia que se acaba de transcribir.

Lo dicho en precedencia es suficiente para concluir que los cargos prosperaran.

Sin costas en casación en razón a que los ataques salieron triunfantes.

XIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

Teniendo en cuenta los recursos de apelación formulados por las dos partes y el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la entidad demandada, la Corte debe resolver si la relación que unió a las partes era de naturaleza laboral o si obedecía a una diferente. En caso que la misma fuera de índole subordinada, se debe determinar si tal vínculo lo fue a término indefinido y se desarrolló en forma continua sin interrupción alguna, si la actora era beneficiaria de la convención colectiva de trabajo y con ello si le asiste el derecho a las acreencias laborales a las que condenó el *a quo*, junto con la indemnización moratoria, que es la pedida al formular el alcance de la impugnación del recurso de casación, todo lo cual fue materia de apelación por la parte demandante. Al respecto se tiene:

- i)* Naturaleza de la vinculación.

Tal como quedó visto en el estadio de la casación, la demandante durante el tiempo que estuvo vinculada a la entidad accionada, lo hizo bajo un verdadero contrato de

trabajo y por tanto ostentó la calidad de trabajadora oficial. A tal conclusión se arriba al estudiar el acervo probatorio allegado el proceso, el que da cuenta que las funciones que debía cumplir estaban relacionadas con atender los diferentes requerimientos de los juzgados en temas relacionados con derechos de petición, acciones de tutela y de cumplimiento. Labor que no la hacía de manera independiente como cualquier profesional del derecho que tiene su propia oficina, sino que sus servicios personales y profesionales los prestaba con total subordinación al demandado y desde sus instalaciones (f.º 99, 294, 296, 318, 335, 386, 422, 459, 497 y 529).

Pero ello no lo es todo, de lunes a viernes la actora tenía que cumplir de manera estricta un horario de trabajo que se le imponía por parte del ISS; es más, en ocasiones tenía que laborar los días sábados, para lo cual se desplazaba a las oficinas del accionado, que era donde ella tenía su sitio de trabajo (f.º 50 a 65 y 96); además, la accionante era obligada a cumplir turnos de navidad y año nuevo, igual que los demás empleados de planta subordinados del ISS (f.º 93 a 95). Si ello no fuera suficiente, tenía una oficina en las dependencias del Instituto y a su cargo un computador, impresora, escritorio, silla y demás elementos que se le asignaron al inicio de su relación contractual y durante su ejecución (f.º 92, 381, 417 y 454).

Igualmente, si bien su vinculación se hizo a través de varios contratos regidos por la Ley 80 de 1993, que en apariencia desvirtuaban la subordinación laboral, lo cierto es

que en la realidad la prestación del servicio se hizo de manera continua e ininterrumpida por el tiempo que duró la relación laboral, pues de ello dan cuenta los mismos documentos contractuales y la certificación visible a folio 49.

Del anterior análisis probatorio, la Sala no advierte que el fallador de primer grado se hubiese equivocado en su decisión, pues tales medios de convicción, no sólo reflejan el convenio para la prestación de un servicio personal, sino también que las labores desempeñadas por la promotora del proceso, eran propias de una vinculación subordinada o dependiente, ello sin desconocer que tales funciones corresponden al objeto esencial de la demandada y no son extrañas a ella como para justificar una contratación en la forma que se hizo.

Aquí debe recordarse que, en virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas, el juez del trabajo debe constatar, a través de las pruebas aportadas al proceso, si en la ejecución del contrato civil pactado formalmente entre las partes se siguieron o no las pautas allí previstas. Lo anterior, porque de no atenderse tales parámetros y ante una prestación personal del servicio, se presume que la actividad personal se rige por un contrato de trabajo, siendo de cargo de la demandada desvirtuar tal presunción legal contemplada en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, demostrando que el servicio se desarrolló de manera independiente. De ahí que no sea posible derivar la autonomía que alude la parte demandada con la que dice se ejecutaron los contratos de los documentos formales

elaborados por las partes, pues lo que se controvierte precisamente es la manera cómo los acuerdos contractuales fueron ejecutados y no en qué forma se acordaron.

En ese orden, los contratos de prestación de servicios solo dan prueba de su existencia, pero no de la manera como se desarrollaron, aspecto que debe indagarse bien a través de las labores allí descritas y realmente ejercidas por la actora, y a través de los otros medios de convicción, para así determinar, en la realidad, cual fue la naturaleza de la vinculación, ya que estos documentos solo se traducen en formalidades más no muestran en la práctica cómo se cumplieron los servicios por parte de la demandante, que fue precisamente lo que con acierto realizó el fallador de primer grado al evidenciar una verdadera relación subordinada.

Entonces, no es suficiente acudir a los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes (f.º 99, 294, 296, 318, 335, 386, 422, 459, 497 y 529), para con ello evidenciar la supuesta autonomía de la labor ejecutada por Abril Fonseca y desvirtuar con ello la subordinación laboral, máxime que las obligaciones o funciones a cargo de ella, allí descritas, por sí solas, dan cuenta de la ejecución de un verdadero contrato de trabajo.

Refuerza lo anterior, lo enseñado en la sentencia CSJ SL 26 may. 2006, rad. 27229, en la que al efecto se precisó:

En este puntual aspecto es de acotar, que esta Corporación ha sostenido en diversas ocasiones, que la sola aparición en el plenario de contratos de prestación de servicios suscritos por las partes, no desvirtúan la existencia de un contrato de trabajo, es

así que en casación del 28 de julio de 2004 radicado 21491, se reitera lo expresado en la decisión que rememoró el ad quem del 11 de diciembre de 1997, radicación 10153, oportunidad en la que se manifestó:

"(...) Sobre este tópico comporta recordar lo que de manera reiterada ha expresado esta Corporación en cuanto a que la sola presencia en el proceso de los contratos celebrados por la accionada con fundamento en la figura nominada en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 no descarta, de plano, la existencia de un contrato de trabajo, así como tampoco permite sostener, por esa sola circunstancia, que tal deducción constituya una equivocación protuberante. Así lo aseveró esta Corporación en la sentencia del 11 de Diciembre de 1997 (Rad. 10153) y lo reiteró en la sentencia del 22 de Marzo de 2000 (Rad. 12960).

En ese mismo sentido, se recordó en sentencia CSJ 22 nov. 2011, rad. 43818, lo siguiente:

Advierte la Sala que, la existencia o negativa de un contrato de trabajo no dependen necesariamente del documento contractual que las partes hubieren firmado (en este caso los llamados "CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PERSONALES", aparentemente independientes), cuando en la realidad se presentan situaciones propias de una relación jurídico laboral.

(...) Así las cosas, encuentra la Sala, que los contratos de prestación de servicios no son suficientes por sí solos para determinar la existencia o no del vínculo laboral, es decir, del texto de los referidos contratos no se puede establecer si hubo subordinación o no de la accionante, ni el carácter del vínculo que unió a las partes, pues sus cláusulas no revelan las condiciones específicas y concretas en que la demandante ejecutó sus actividades, razón por la cual dichos contratos no tiene la fuerza suficiente para derruir la conclusión del Tribunal de estarse en presencia de una relación de índole laboral.

Lo anterior es suficiente para concluir que no se equivocó el sentenciador de primer grado, al declarar que entre el Instituto de Seguros Sociales hoy Liquidado y Diana Aurora Abril Fonseca, existió una verdadera relación laboral desde el 23 de diciembre de 2009 al 28 de febrero de 2013.

ii) Aplicación de la convención colectiva de trabajo

Teniendo en cuenta que la demandante estuvo unida al ISS a través de un vínculo laboral subordinado y que por tanto ostentaba la calidad de trabajadora oficial, la Sala encuentra que tampoco se equivocó el *a quo* al considerar que a la luz del artículo 3º del acuerdo convencional 2001-2004, le eran aplicables los beneficios extralegales allí consagrados y a los cuales fue condenada la entidad convocada al proceso.

En efecto, el artículo 3º del citado acuerdo convencional, que hace alusión a los «*BENEFICIARIOS DE LA CONVENCIÓN*» (f. 117), dice lo siguiente:

Serán beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo, los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría, que sean afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención, según lo previsto en los artículos 37, 33 y subsiguientes del decreto Ley 2351 de 1985 (Código Sustantivo del Trabajo). Para efectos de la aplicación de lo establecido en el presente artículo, el ISS le reconoce su representación mayoritaria.

Al respecto, esta Corporación ya se ha referido a este puntual aspecto y ha considerado posible la extensión de los beneficios convencionales a favor de quienes prestaron sus servicios al ISS y fueron declarados trabajadores oficiales en virtud del contrato de trabajo realidad. Así se precisó en sentencia CSJ SL 3 mar. 2003, rad. 34412, al precisar lo siguiente:

Según los distintos alcances de la impugnación, la controversia en casación se centra en la extensión de los beneficios convencionales a la trabajadora, una vez establecido que su vínculo contractual con la demandada resulta de naturaleza laboral. Al análisis de ese tema se refiere entonces la Sala, según las pruebas acusadas por el recurrente.

En la convención colectiva de trabajo obrante a folios 343 en adelante, suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, años 2001 – 2004, cláusulas 1ª y 3ª, figura que él “actúa como SINDICATO MAYORITARIO de conformidad con el artículo 357 C.S.T.”, y tal punto no es objeto de controversia; en cambio lo es, el tema de los beneficiarios de la misma, puesto que el censor considera que “sólo cobija a los trabajadores oficiales de planta afiliados al sindicato que la suscribe y a los demás a los cuales se hace extensiva expresamente” y que la actora no era trabajadora de planta y tampoco estaba afiliada al sindicato.

En este orden, se debe traer a colación la cláusula 3ª de la convención mencionada, cuyo texto es el siguiente:

[...]

La lectura de la cláusula trascrita y las demás que cita el recurrente permite concluir que el Tribunal no se equivocó, al menos no de modo ostensible, en la inferencia que hizo del texto convencional, puesto que al deducir que el vínculo que ató a las partes estaba signado por un contrato de trabajo y que los trabajadores del ISS ostentaban la calidad de oficiales, arribó a la conclusión, no desvirtuada, referente a que la convención colectiva de trabajo, vigente en la entidad, se hacía extensiva a la actora. Desde esta perspectiva, se reitera no habría una distorsión del acuerdo convencional, amén de la consideración del ad quem de otorgar a la actora la calidad de servidora del ISS.

En igual sentido, en sentencia CSJ SL5165-2017, señaló que la extensión de las prerrogativas extralegales a los trabajadores oficiales del ISS, encuentra sustento en lo pactado por las partes en el referido artículo 3º de la convención colectiva 2001-2004:

De ahí que con fundamento en el artículo 38 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 471 del CST, y lo estipulado en el artículo tercero de la convención colectiva de trabajo, se acredita la extensión de los beneficios convencionales, a quien se declare tuvo la calidad de trabajador oficial, sin que fuere procedente pretender que se demostrase ser miembro del sindicato.

Al punto, la Corte en sentencia CSJ SL del 3 jul. 2003, Rad. 20908, razonó:

Entonces, partiendo de la premisa probada en el proceso con las confesiones antes analizadas, esto es, que SINTRAISS era el sindicato mayoritario en la accionada, no puede decirse que el Tribunal haya apreciado erróneamente la cláusula convencional relativa a los "BENEFICIARIOS DE LA CONVENCION", pues, de su texto se deduce que para su aplicación al actor no era necesario que éste se encontrara afiliado a dicha organización sindical, ni que se hubiera adherido a sus beneficios, como lo sugiere la censura, ya que la Convención Colectiva contempla que de la misma pueden beneficiarse los trabajadores oficiales - Calidad del demandante que no se discute - no afiliados al sindicato, mientras "no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención(...)".

De manera, que si el Tribunal concluyó que el vínculo contractual de la demandante con el ISS era de naturaleza laboral y, en consecuencia, tenía la calidad de trabajadora oficial, por lo que se le aplicaba el convenio colectivo, esta inferencia resulta razonable, si se considera la extensión de los beneficios convencionales en la forma allí estipulada, y dado el carácter que se reconoció al Sindicato celebrante.

En ese orden, al mantenerse incólume la declaración sobre la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, tampoco se advierte yerro alguno del juez de primer grado en la aplicación de la convención colectiva de trabajo, dado que es el mismo artículo 3º convencional, se insiste, el que permite extenderla a todos los trabajadores oficiales del ISS, como resultó ser la demandante, en virtud de la declaración judicial del contrato realidad.

De otra parte, es importante recordar que en casos como en el presente, en que la vinculación de la accionante con el ISS fue por aparentes contratos de prestación de servicios, no es posible exigirle que, para poderse beneficiar de la convención colectiva hubiese tenido que efectuar el

pago de la cuota sindical para poder acceder a sus beneficios, tal como se explicó en sentencias CSJ SL 20 mar. 2013, rad. 42605, CSJ SL 1907-2014 y CSJ SL 5523-2016, dictadas en procesos contra la misma entidad en las que se discutió igualmente la aplicación de los beneficios convencionales.

En la última de las decisiones se indicó:

Por lo demás, resulta claro que, en este caso, no podía ser exigible el pago de la cuota sindical o la demostración de la calidad de la actora de afiliada al colectivo, toda vez que, precisamente, tales situaciones obedecieron a la forma irregular de vinculación de la demandante.

Siendo ello así, el fundamento del juez de primera instancia para dar cabida a las prerrogativas convencionales a favor de la actora incluyendo la indemnización por despido, no merecen reparo alguno por parte de esta Corporación en sede de instancia y tampoco las de orden legal, en tanto y salvo las que estaban afectadas por el fenómeno de la prescripción, son aquellas a las que tiene derecho dicha trabajadora de conformidad con el tiempo de servicios y los salarios devengados durante el lapso que duró la relación laboral, como en detalle lo explicó el *a quo* en la liquidación que aparece a folio 697 y lo precisó en la parte resolutive de su decisión, como en detalle se verá más adelante al abordar el estudio de tales condenas en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Por lo anterior, se confirmará la determinación del juez de primer grado de tener por beneficiaria de la convención

colectiva de trabajo a la promotora del proceso.

- iii)* Continuidad en la prestación del servicio y contrato de trabajo a término indefinido.

La documental que aparece a folio 49 del expediente, que corresponde a la certificación emitida por la coordinadora general del ISS en liquidación, da cuenta que la demandante estuvo vinculada a la entidad demandada a través de siete contratos de prestación de servicios, que fueron del 23 de diciembre de 2009 al 28 de febrero de 2013. Al respecto, la Sala evidencia que, entre la terminación de uno y el inicio del siguiente, no hubo solución de continuidad, pues en la mayoría de los casos, el nuevo contrato se iniciaba al día siguiente de haber finalizado el anterior.

Ahora bien, sin desconocer que entre el contrato n.º 5000025901 que finalizó el 30 de junio de 2012 y el siguiente, esto es el n.º 5000027753, hay tres días de interrupción, pues este se inició 3 de julio de ese mismo año, misma situación que ocurre con el contrato n.º 5000031665 que se inició el 3 de diciembre de ese mismo año, esto es, tres días posteriores de haber finalizado el anterior, tales interrupciones no son suficientes para acreditar solución de continuidad entre los convenios, pues lo cierto es que la demandante seguía prestando sus servicios de manera continua al Instituto demandado, por tanto, mal puede sostenerse que hubo varios vínculos, cuando en la realidad se ejecutó una sola relación laboral subordinada que unió a

las partes, la cual y por disposición expresa del acuerdo extralegal se entiende que es a término indefinido.

- iv) Revisión de las condenas en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor del ISS.

La Corte procede a estudiar las condenas que impartió el fallador de primer grado, para lo cual se tendrán en cuenta los extremos de la relación laboral a término indefinido que van del 23 de diciembre de 2009 al 28 de febrero de 2013, cuyos salarios promedios que percibió la actora son los siguientes: \$1.558.739, \$1.578.526, \$1.778.489, \$1.824.548 y \$1.824.548, para los años 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013, respectivamente, tal como lo detalló el *a quo* según la documental que aparece a folio 697.

1. Indemnización por despido sin justa causa.

Como quedó establecido anteriormente, la señora Abril Fonseca, estuvo vinculada a la entidad demandada a través de un contrato a término indefinido, cuya vigencia lo fue del 23 de diciembre de 2009 al 28 de febrero de 2013, siendo su último salario la suma de \$1.824.548; nexa que sólo podía darse por finalizado por alguna de las justas causas contempladas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, como expresamente lo dice la cláusula 5ª convencional, lo cual y como bien lo señaló el fallador de primer grado, lejos estuvo de acreditarlo la entidad convocada al proceso. Pues, al haber estado vinculada realmente en virtud de un contrato

de trabajo, a término indefinido, para su terminación no se alegó y probó una justa causa.

Tales premisas, dejan en claro que la demandante tiene derecho a la indemnización por ruptura del vínculo laboral sin justa causa, la cual se debe cuantificar siguiendo los lineamientos fijados por la citada cláusula 5ª del acuerdo extralegal (f.º 118), que fue como procedió el fallador de primer grado al fulminar tal condena y cuya cuantía ascendió a la suma de \$7.019.441.61.

Por lo anterior se confirma esta condena.

2.- Cesantías e intereses convencionales.

Tales condenas igualmente serán confirmadas en su integridad, pues confrontada la liquidación que hizo el fallador de primer grado (f.º 697), con la que realiza esta Corporación teniendo en cuenta el tiempo de servicios y los salarios devengados por la actora durante el tiempo que duró la relación laboral, efectuadas las operaciones del caso, coinciden en que ascienden a las sumas de \$5.959.908 por cesantías y \$715.189 por intereses convencionales sobre las mismas.

Aquí es importante señalar, como también lo puso de presente el fallador de primer grado, que las cesantías se causan a la terminación de la relación de trabajo, pues es cuando propiamente surge la obligación de satisfacer las sumas adeudadas por este concepto, así no se hubieran

depositado anualmente y, por ende, será ese momento el que se tiene como fecha de exigibilidad de esta prestación social, pues, durante la ejecución de la relación laboral, la obligación de pagarlas en realidad no se suscita, sino que el deber del empleador se limita a consignarlas al respectivo fondo (público o privado) para que este administre tales recursos y los entregue a la finalización del vínculo o en uno de los eventos autorizados por la ley (sentencia CSJ SL18569-2016).

De ahí que, lo decido frente a las cesantías no le merece a la Sala ningún reproche, ni de sus intereses, respecto de los cuales se emitió condena con fundamento en el artículo 62 de la convención colectiva de trabajo (f.134).

3.- Prima de servicios convencional (Art. 50).

La Corte comienza por precisar, como igualmente lo realizó el *a quo*, que no es viable la condena por prima de servicios con fundamento en el Decreto 1042 de 1978, porque la misma no cobija a los trabajadores oficiales que presten sus servicios a las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, naturaleza ostentada por el Instituto de Seguros Sociales (sentencia CSJ SL1148 -2016 reiterada en la decisión CSJ SL885-2020).

Sin embargo, como bien lo consideró el *a quo*, la señora Abril Fonseca tiene derecho a tal prestación a la luz de la cláusula 50 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004,

que es clara en precisar que los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos primas de servicio al año, equivalentes cada una de ellas a quince días de salario, pagaderas así: «*quince (15) días de salario, en los primeros quince (15) días de junio y quince (15) días de salario en los primeros quince (15) días de diciembre*».

Así las cosas, la Corte encuentra que tampoco se equivocó el juez de primer grado, al condenar al ISS a pagarle a la demandante, por tal concepto la suma \$5.223.422, pues es a la que ella tiene derecho, conforme a la liquidación visible a folio 697.

Teniendo en cuenta lo anterior, se confirmará tal condena.

4.- Vacaciones convencionales (compensación en dinero).

El artículo 48 del acuerdo convencional 2001-2004, dispone lo siguiente:

El Instituto reconocerá y pagará a sus Trabajadores oficiales un descanso 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) y no más de diez (10) años de servicios, dieciocho (18) días hábiles.

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

Conforme a la norma convencional en cita y como la señora Abril Fonseca, tenía menos de cinco años de servicios, pues como antes se precisó los extremos temporales son los comprendidos entre el 23 de diciembre de 2009 y el 28 de febrero de 2013, y por ende la compensación en dinero de las vacaciones causadas en su favor asciende a la cantidad de \$5.223.422, como bien lo determinó el fallador de primer grado en su fallo, según liquidación que aparece a folio 697.

Bajo el supuesto anterior, igualmente se confirma tal condena.

5.- Aportes al sistema de seguridad social integral.

Tal condena se impartió en los siguientes términos:

h. Por aportes en salud y pensión deberá pagar tanto al fondo de pensiones en el que se encuentre afiliada la actora (Colpensiones), como al Fosyga, únicamente el excedente, entre lo ya cotizado como contratista y el monto que se desprenda del IBC del salario real devengado durante toda la relación laboral, aportes que serán cancelados previo el cálculo actuarial que indiquen las entidades respectivas, de acuerdo con la parte considerativa de esta providencia.

Como quiera que los aportes al sistema de seguridad social tanto en pensiones como en salud, son connaturales a la relación de trabajo subordinada, se confirma la decisión de primer grado en los términos señalados por el señor Juez Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, pues tal condena cobro firmeza en razón a que la misma no fue apelada por la actora y menos fue materia de controversia en el recurso de casación.

- v) Indemnización moratoria (punto de apelación de la parte demandante y que prosperó en casación).

La accionante al formular el recurso de apelación contra el fallo del *a quo*, cuestiona la absolución que por indemnización moratoria impartió el fallador de primer grado (f.º 696 CD). En esencia asegura que la sola vinculación a través de contratos de prestación de servicios bajo el amparo de la Ley 80 de 1993, que en verdad encubrían una relación laboral subordinada, lleva demostrar la mala fe con que actuó la entidad demandada, y por tanto, debe ser merecedora de tal indemnización, ello con total independencia a que la demandante se desempeñara como abogada al servicio de la entidad demandada, que también es el fundamento por el cual el *a quo* absolvió al ISS de tal pretensión.

Al respecto señala la Sala, que le asiste razón a la parte demandante apelante en el reproche que le atribuye al fallador de primer grado, toda vez que las pruebas analizadas en el acápite referido a la naturaleza del vínculo laboral, demuestran con meridiana claridad que el actuar del demandado no estuvo revestido de buena fe, pues si bien es cierto y de manera formal utilizó una modalidad de vinculación diferente, en la práctica la demandada ejerció una subordinación directa y permanente respecto de la trabajadora.

Ahora bien, en momento alguno se desconoce que la demandante se desempeñaba como abogada en el

departamento de recursos humanos de la seccional Cundinamarca, pero tal circunstancia y por lo menos para el caso de autos, no direcciona a que la demandada sea exonerada de la indemnización moratoria reclamada, esto en razón a que la actora no tenía como funciones la de diseñar políticas de contratación de personal del ISS, tampoco ejercía un cargo de dirección o manejo, como para de ahí inferir que era participe activa de tal modalidad de vinculación laboral, pues no puede olvidarse que ella era una profesional del derecho más del citado departamento de la seccional Cundinamarca, que ofrecía su fuerza de trabajo de manera personal atendiendo, entre otros asuntos, los diferentes conflictos jurídicos que el ISS tenía que afrontar en los diferentes estrados judiciales, en temas referidos a derechos de petición y acciones de tutela o de cumplimiento.

Así las cosas, la sola presencia de los contratos de prestación de servicios o la profesión de abogada que la actora tenía, no son razón suficiente para tener por demostrada la firme convicción de la empleadora de que estaba actuado bajo los postulados de la buena fe. Al respecto, baste recordar lo dicho en sentencia CSJ SL5523-2016 cuando se precisó:

En punto a la temática propuesta, se ha de precisar que como reiteradamente lo ha sostenido la Sala, la sola presencia de contratos de prestación de servicios, sin que concurren otras razones atendibles que justifiquen la conducta de la demandada para haberse sustraído del pago de las prestaciones adeudadas y no canceladas en tiempo, respecto de la trabajadora subordinada, no es suficiente para tener por demostrada la convicción de la

entidad de actuar bajo los postulados de la buena fe.

Debe precisarse además, que en relación con la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, la buena o mala fe no depende de la prueba formal de los convenios o de la profesión que tenga el trabajador, pues en todo caso, es indispensable la verificación de *«otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción»* (sentencia CSJ SL9641-2014).

Por ende, contrario a lo expuesto por el *a quo*, la suscripción de los contratos de prestación de servicios o la creencia de actuar conforme a la ley, no son suficientes para demostrar un obrar de buena fe que lo exonere de la indemnización analizada. Por el contrario, la celebración sucesiva de múltiples contratos de prestación de servicios evidencia que la vinculación laboral no obedecía a una circunstancia excepcional y transitoria, sino permanente al desarrollo del objeto social de la entidad, con los cuales se desconoció y pretendió encubrir la verdadera naturaleza contractual del nexo.

Así, en sentencia CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 36506, reiterada en CSJ SL, 7 dic. 2010, rad. 38822, y CSJ SL648-2013, la Corte consideró que los contratos de prestación de servicios no son prueba suficiente de un actuar provisto de

buena fe, sino que, por el contrario, acreditan la clara intención de acudir sistemáticamente a aparentes contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993 para ocultar verdaderas relaciones laborales. Postura que ha sido reiterada por la Corte, en providencias CSJ SL15964-2016, CSJ SL3139-2017 y CSJ SL12547-2017, entre otras.

Corolario de lo anterior, la Sala encuentra que el *a quo* se equivocó en su decisión, pues si es procedente la indemnización moratoria prevista por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

En tales condiciones, se revocará el fallo de primer grado, para en su lugar condenar a la demandada, a pagarle a la señora Diana Aurora Abril Fonseca tal indemnización moratoria, a razón de \$60.818,26, a partir del vencimiento de los 90 días con que cuenta el empleador para el pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, salarios o indemnizaciones, conforme lo establece el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 2127 de 1945, en armonía con el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 (sentencias CSJ SL2809-2019 y SL4619-2019); esto es, a partir del 1º de junio de 2013 y hasta el 31 de marzo de 2015 cuando el ISS se liquidó definitivamente, cuyo valor, hechas las operaciones del caso, asciende a la suma de \$40.140.056.

Se aclara que el salario que se tiene en cuenta para liquidar esta condena, es el que sirvió de base al juez de primer grado para liquidar las demás prestaciones o

acreencias laborales y que para el año 2013 ascendió a la suma mensual de \$1.824.548 (f.º 697).

De igual modo, se destaca que se imparte tal condena hasta el 31 de marzo de 2015, en razón a que a través del Decreto 553 de 2015 se adoptaron algunas medidas con ocasión del cierre de la liquidación del Instituto de Seguros Sociales, disponiéndose su extinción definitiva como persona jurídica a partir de la fecha en comento. Por ende, ante tal circunstancia, las obligaciones a su cargo como empleador se tornan de imposible ejecución, configurándose el fenómeno de la inimputabilidad de la mora.

De acuerdo con lo anterior, en estos específicos casos de procesos iniciados contra la entidad demandada ISS, hoy liquidada, la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 2003 solo opera hasta el momento de la finalización de su liquidación, pues con posterioridad la entidad perdió toda posibilidad de cumplir sus obligaciones. Así lo explicó esta Corporación, en decisión CSJ SL194-2019:

La sanción moratoria operará hasta la liquidación de la entidad responsable, esto es, hasta la suscripción del acta final de liquidación del ISS que fue publicada en el Diario Oficial 49470 del 31 de marzo de 2015. Como quiera que la entidad existió hasta la fecha indicada, es hasta ese momento que debe liquidarse la sanción, pues con posterioridad a esa data el instituto perdió toda posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones que pudiesen estar a su cargo.

La Sala subraya que con la extinción definitiva de la entidad, la obligación se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, por tanto, no es viable extender la sanción más allá del 31 de marzo de 2015. Así, lo ha entendido esta Corporación en los eventos de disolución y liquidación de entidades en los que tampoco es posible emitir orden de reintegro o de reinstalación más allá de la existencia de

la entidad, entonces, lo mismo sucede en tratándose de la sanción moratoria dado que no es lógico condenar por la demora en la atención de obligaciones a quien se encuentra imposibilitado para cumplir.

En consecuencia, precisa la Corte Suprema de Justicia su criterio a fin de establecer que cuando ocurre la liquidación de la entidad, la sanción moratoria se calcula hasta que aquella deja de existir. Esto se explica, porque al no tener el ISS la posibilidad de atender las obligaciones ordenadas en este trámite judicial con posterioridad a su liquidación final, necesariamente debe considerarse esta circunstancia para limitar la condena por concepto de indemnización moratoria hasta la fecha de extinción de la entidad, acaecida el 31 de marzo de 2015. (subraya la Sala).

Así las cosas, al no existir la posibilidad del ISS de atender las obligaciones ordenadas en este trámite judicial, luego de su extinción jurídica, necesariamente debe atenderse esta circunstancia de fuerza mayor para limitar la condena por concepto de indemnización moratoria.

Ahora bien y teniendo en cuenta que la condena por concepto de indemnización moratoria es susceptible de sufrir un deterioro económico por el transcurso del tiempo, se hace necesario indexarla y así preservar su valor real. Por lo anterior, se ordenará la actualización de dicha condena que como se dijo asciende a la suma de \$40.140.056, desde el 1º de abril de 2015, hasta cuando se verifique su pago. Así se dispondrá en la parte resolutive.

Además de lo precedente y conforme lo solicitó la propia parte recurrente al formular el alcance de la impugnación, se revocará el literal f) del ordinal segundo de la sentencia apelada que ordenó la indexación de las condenas desde la fecha de su causación. Esto en razón a que esta pretensión, es incompatible con la indemnización moratoria prevista por

el artículo 1º del Decreto 797 de 1949. En su lugar se absolverá a la demandada de tal pedimento.

Por todo lo dicho, se revocará parcialmente el fallo de primer grado en los términos antedichos, se confirmarán las condenas impuesta por el *a quo*, excepto la súplica de la indexación que se absolverá y en su lugar se impondrá la indemnización moratoria conforme antes se explicó.

Sin costas en la segunda instancia, las de primera a cargo de la demandada, en los términos y cuantía fijada por el *a quo*.

XIV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 7 de abril de 2016, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **DIANA AURORA ABRIL FONSECA** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN** hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO - PAR ISS**, cuya vocera y administradora es la **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A.**

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR los ordinales primero, tercero, quinto y sexto de la sentencia dictada el 7 de diciembre de 2015, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, así como el ordinal segundo salvo su literal f).

SEGUNDO: REVOCAR el literal f) del ordinal segundo de la citada decisión, para en su lugar absolver a la demandada de la indexación de las condenas en los términos solicitados por la parte demandante.

TERCERO: REVOCAR parcialmente el ordinal cuarto de la sentencia de primer grado, para en su lugar condenar al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN** hoy **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO - PAR ISS** cuya vocera y administradora es la **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A.** a pagarle a la señora **DIANA AURORA ABRIL FONSECA**, la indemnización moratoria prevista por el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en cuantía total de **CUARENTA MILLONES CIENTO CUARENTA MIL CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$40.140.056) M/CTE.**, suma esta que será actualizada o indexada desde el 1º de abril de 2015, hasta cuando se verifique su pago.

CUARTO: Las costas del proceso, como se dispuso en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.



MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO



DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral