



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

Magistrada ponente

SL2558-2020

Radicación n.º 80350

Acta 025

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual

Bogotá D.C., catorce (14) de julio de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la **FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A., FIDUAGRARIA S.A.**, quien obra como vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS LIQUIDADO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 8 de agosto de 2017, en el proceso que le instauró **JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO** y al que fue vinculado como litisconsorte necesario **LA NACIÓN, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**.

I. ANTECEDENTES

José Edgar Rusinque Zambrano demandó al Instituto de Seguros Sociales, hoy Fiduagraria S.A., quien obra como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS liquidado (en adelante ISS), con el fin de que se declarara la existencia de un contrato de trabajo, desde el 16 de julio de 2004 hasta el 31 de marzo de 2013, fecha en que fue terminado sin justa causa por el empleador.

Como consecuencia, pidió que se condenara a la accionada a reintegrarlo al mismo cargo que venía desempeñando al momento de su desvinculación y al pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir, entre la fecha del despido y la del reintegro.

De forma subsidiaria, solicitó el pago de la indemnización convencional por su desvinculación sin justa causa, así como el reconocimiento del auxilio de cesantías y sus intereses; la compensación de vacaciones; las primas de servicios legales y convencionales, de vacaciones, de navidad, de antigüedad y técnica; los auxilios de alimentación y transporte; la devolución de la retención en la fuente y de las primas canceladas para la constitución de pólizas de cumplimiento y la devolución del mayor valor pagado por aportes al Sistema de Seguridad Social en salud y pensiones.

Fundamentó sus pretensiones en que laboró para la demandada de manera subordinada e ininterrumpida, entre el 16 de julio de 2004 y el 31 de marzo de 2013, fecha en la

que terminó su contrato sin justa causa, cuando se desempeñaba como profesional universitario del grupo de cuotas partes de la Vicepresidencia de Pensiones, mediante la suscripción de sucesivos contratos de prestación de servicios, que en realidad constituían una relación laboral.

Informó que los contratos, así como las ofertas de prestación de servicios y las actas de liquidación, eran elaboradas por el ISS, en documentos proforma que no podían discutirse y que contenían impresas anotaciones relacionadas con la renuncia a cualquier reclamación y la declaratoria de paz y salvo a favor del instituto; que se le obligaba a comprar las pólizas para amparar el cumplimiento de cada contrato; que recibía órdenes, cumplía horarios de trabajo que no podía cambiar, prestaba el servicio en las instalaciones de la demandada y con los elementos que ella le suministraba.

Agregó que el último salario mensual devengado ascendió a \$2.165.453 y que agotó la reclamación administrativa el 13 de mayo de 2013, pero no recibió respuesta de la entidad.

Al dar respuesta a la demanda, el ISS se opuso a todas las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó como cierto el relacionado con el extremo inicial de la vinculación, pero de los demás dijo que no eran ciertos o no le constaban, enfatizando en que la relación que unió a las partes fue de carácter administrativo, regulada por la Ley 80 de 1993, mediante la suscripción de contratos de prestación de

servicios, cuyas condiciones se cumplieron de común acuerdo dentro de los términos pactados.

Adujo que canceló al demandante, en su condición de contratista independiente, los honorarios profesionales que causó, dado que nunca devengó salarios, en tanto su actividad fue desempeñada con plena autonomía técnica y sin subordinación, y por ende nunca dio lugar a un vínculo laboral.

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, del contrato de trabajo, del derecho y de la obligación, autonomía de profesión u oficio, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, «*relación contractual no era de carácter laboral*», compensación y buena fe.

Mediante auto proferido el 14 de enero de 2016, se vinculó como litisconsorte necesario a la Nación, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien una vez notificado contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, indicando que no le constaba ninguno de los hechos en que se fundamentaba.

Explicó que conforme a lo previsto en el contrato de fiducia mercantil n.º 015 de 2015, suscrito entre el ISS en liquidación y Fiduagraria S.A., cuyo objeto fue la constitución del Patrimonio Autónomo de Remanentes de aquél, la fiduciaria se comprometió, entre otras cosas, a atender los procesos judiciales, arbitrales o administrativos, o de otro

tipo en los cuales fuera parte, tercero, interviniente o litisconsorte el ISS en liquidación y a efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes del mismo.

Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de relación laboral con el Ministerio de Hacienda, de solidaridad o de vínculo entre la demandante y el Ministerio y de solidaridad o sustitución de obligaciones entre el ISS y el Ministerio, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de título legal oponible al Ministerio y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 10 de junio de 2016, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a la FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A., como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS, a reconocer y pagar al accionante JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO, los siguientes créditos laborales:

- a. \$13.717.112,41 por cesantías*
- b. \$941.615,33 por intereses a las cesantías*
- c. \$9.029.913,71 por vacaciones*
- d. \$6.514.527,15 por prima de servicios*
- e. \$9.414.929,55 por prima de navidad*
- f. \$5.333.430,54 por prima de vacaciones*
- g. \$15.537.960 por devolución de aportes a seguridad social*
- h. \$23.082.285,34 por indemnización por despido*
- i. \$72.181,77 diarios una vez cumplidos 90 días a partir del 31 de marzo de 2013, y hasta la fecha de pago de lo debido, por indemnización moratoria.*

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, a partir del 17 de abril de 2010 hacia atrás.

TERECERO: ABSOLVER de las demás pretensiones de la demanda.

En la misma diligencia y por solicitud de la parte actora, el juzgado dispuso complementar la sentencia proferida, en el sentido de declarar la existencia del contrato de trabajo, entre el 16 de julio de 2004 y el 31 de marzo de 2013.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la entidad demandada, así como del grado jurisdiccional de consulta, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 8 de agosto de 2017, decidió:

PRIMERO.- MODIFICAR la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 10 de junio de 2016, la cual quedará así: **“PRIMERO: DECLARAR** que entre el señor **JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO** y el demandado **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES liquidado, representado hoy por la FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS** existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de julio de 2004 al 31 de marzo de 2013.

SEGUNDO.- CONDENAR al demandado **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES liquidado, representado hoy por la FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS** a pagar a **JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO** los siguientes valores y por los siguientes conceptos:

- \$12.240.204 por cesantías
- \$904.061 por intereses a las cesantías
- \$9.029.913,71 por vacaciones
- \$6.463.020 por prima de servicios
- \$5.333.430,54 por prima de vacaciones
- \$23.025.739 por indemnización por despido
- \$42.514.609 por indemnización moratoria
- Los aportes en pensión se deberán hacer al fondo de pensiones en el que se encuentre afiliado el actor (Colpensiones), 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 (16 de julio de 2004 al 31 de marzo de 2013), aportes que serán cancelados previo el cálculo actuarial que indique la entidad respectiva conforme con los salarios devengados por el actor, con el fin de ser tenidos en cuenta dentro de la historia laboral pensional del actor.

TERCERO.- REVOCAR parcialmente la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 10 de junio de 2016 **frente a las condenas que por concepto de prima de navidad y devolución de aportes a seguridad social**, para en su lugar absolver a la demandada de estas pretensiones.

CUARTO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada y consultada.

Señaló que el problema jurídico consistía en determinar la naturaleza jurídica de la relación que vinculó a las partes, dado que el demandante afirmó que se desempeñó como profesional universitario entre el 16 de julio de 2004 y el 31 de marzo de 2013.

Indicó que al proceso se aportaron copias de los contratos suscritos, los cuales acreditaban que el demandante tenía como funciones, entre otras, la de realizar control de tiempos, liquidación de cuotas partes y entregar los informes para trámite de prestaciones económicas. También mencionó que reposaba la certificación del ISS sobre las fechas de duración de los contratos y los cargos desempeñados por el demandante, así como las circulares, los memorandos y los aportes al Sistema de Seguridad Social.

De conformidad con lo anotado, dijo que en principio la relación jurídica se limitó a varios contratos estatales de prestación de servicios. No obstante, dado que por vía

jurisprudencial se había decantado la posibilidad de dejar sin efectos la presunción legal de numeral tercero del artículo 32 de la ley 80 de 1993, siempre que se acreditara la existencia de los elementos que integran el contrato de trabajo.

Sobre el particular, añadió que era pertinente tener en cuenta las precisiones efectuadas por la Corte Constitucional mediante la sentencia CC C-154 de 1997.

Manifestó que las funciones para las cuales fue contratado el demandante, según los testimonios recibidos, fueron las de absolver todas las consultas sobre cuotas partes que llegaban de otras entidades, además de liquidarlas en los expedientes que llegaban para su estudio, actividades que no son propias de los contratos de prestación de servicios, pues en estos últimos su naturaleza es determinada por el ejercicio autónomo de una profesión u ocupación especial, calificada por estudios o experiencia de las que carece la persona, empresa o entidad contratante.

Explicó que cuando se refería a liquidar o contestar consultas sobre cuotas partes, se trataba de una labor eminentemente subordinada, pues había que tener en cuenta las directrices que indicaba el superior jerárquico, en este caso el jefe de cuotas partes de la Vicepresidencia de Pensiones, bajo la permanente supervisión y acatando siempre precisas instrucciones, ya que no se podrían hacer bajo su propio arbitrio, sino en las condiciones que expresamente impusiera su empleador, es decir, se trataba de una actividad eminentemente subordinada.

Sostuvo que, conforme a los documentos allegados y los testimonios recibidos, confluían dos factores: la subordinación y la continuidad en la prestación del servicio. Así lo describieron los testigos González García y Pérez González, quienes fueron enfáticas en afirmar que el demandante cumplía el horario de todos los empleados, de lunes a viernes de 8 de la mañana a 5 de la tarde, y en ocasiones los sábados por exigencia del jefe inmediato, o el presidente o el vicepresidente de pensiones, quienes le impartían órdenes e instrucciones frente al horario de trabajo directamente o mediante circulares y hacían llamados de atención en caso de llegadas tarde.

Además, que todos los elementos de trabajo los suministraba el ISS; la mayoría de labores que se encargaban se hacían por metas y se le exigía asistir a capacitaciones; que las funciones tenía que ejecutarlas en la oficina, pero podía llevar trabajo para hacer en la casa, previa autorización del jefe de área y siempre que se ausentaba tenía que pedir permiso.

Aseguró que los anteriores elementos permitían inferir la existencia de subordinación y dependencia del demandante frente a la entidad, puesto que se le exigía la permanencia en las instalaciones, el seguimiento de directrices y la permanente disposición para la prestación del servicio, componentes que sin duda alguna no eran propios del contrato de prestación de servicios, caracterizado

precisamente por la autonomía técnica y administrativa y la liberalidad en su ejecución.

Concluyó que la forma como se ejecutaron los acuerdos permitía deducir que en este caso se estaba en presencia de un verdadero contrato de trabajo, regulado en el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945 y ante la presunción contenida en el artículo 20 de la mencionada codificación, la cual no fue desvirtuada por el instituto demandado.

Se pronunció enseguida sobre los beneficios convencionales y legales, advirtiendo que el texto de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por el ISS y su organización sindical para la vigencia 2001-2004, estaba incorporada al expediente con la respectiva constancia de su depósito. En su artículo 3º, se consagró que todos los trabajadores oficiales del ISS eran sus beneficiarios, sin que importara si pertenecían o no al sindicato, razón por la cual se tasarían las acreencias laborales, pues el demandante ostentaba la condición de trabajador oficial y tenía derecho al reconocimiento de aquellas.

En lo relacionado con la prescripción, señaló con apoyo en sentencias de esta Sala, que se debía contabilizar desde que cada derecho se hizo exigible, con excepción de las cesantías, pues el término se contaba a partir de la expiración del vínculo laboral, así como el caso de las vacaciones, reconocidas vencido cada año de prestación del servicio, pero si no se disfrutaban en tiempo su

compensación en dinero se haría desde la terminación del contrato.

Narró que la relación laboral culminó el 31 de marzo, se elevó la reclamación administrativa el 17 de abril, la demanda fue presentada el 26 de agosto y se notificó el 28 de noviembre, todo en el año de 2013, esto es dentro del término estipulado en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 41 del Decreto 3135 de 1968 y 94 del Código General del Proceso, no estaban prescritas las prestaciones que se causaron a la terminación del contrato de trabajo, tales como las cesantías, las vacaciones, las indemnizaciones por despido injusto y moratoria por el no pago oportuno de las acreencias laborales.

Sin embargo, no sucedía lo mismo con los demás pagos laborales, pues se encontraban prescritos los causados con anterioridad al 17 de abril del año 2010.

Enseguida, liquidó tomando en consideración los salarios devengados y los artículos 48 (vacaciones), 50 (prima de servicios) y 62 (cesantías e intereses) de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 2001-2004.

En relación con la prima de navidad, asentó lo siguiente:

[...] fue reconocida por el a quo, en aplicación de lo dispuesto en el decreto 1045 de 1978, razón por la cual de entrada debe señalar esta sala de decisión, la improcedencia de dicho beneficio bajo

esta normatividad, por cuanto la disposición en la que se fundó la condena no es aplicable para los trabajadores oficiales del extinto ISS, empresa industrial y comercial del Estado, al tenor de lo consagrado en el mismo decreto en sus artículos 1º y 2º y en todo caso como tal emolumento se encuentra previsto en el artículo 11 del decreto 3135 de 1968 y sus modificaciones, equivalente a un mes de salario correspondiente al cargo que desempeñe el trabajador a 30 de noviembre de cada año, pagadera en la primera quincena del mes de diciembre, indicando que cuando el empleado o trabajador oficial no hubiere servido durante el año civil completo, tendrá derecho a la mencionada prima en proporción al tiempo servido durante el año, a razón de una doceava parte por cada mes completo de servicios que se liquidará con base en el impuesto asalariado devengado en el último promedio mensual si fuere variable.

Respecto del alcance de esta disposición, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema se pronunció en sentencia SL del 15 de mayo de 2012, con radicación 35954. En relación con dicha normativa se debe precisar que aun cuando el Decreto 1045 de 1978 contiene una exposición que habla sobre la prima en cuestión, esta referencia no conlleva a entender que aquella hubiese derogado las normas que regulan lo relativo a la prima de navidad de los trabajadores oficiales, sino más bien que ésta se armoniza con aquellos estatutos. Sobre el particular, valga traer a colación la sentencia SL 16538 de diciembre 2014, con radicación 46103.

La posición en cuestión se puede consultar, entre otras, en sentencias con radicación 39202 de 2013, 39954 de 2012, 36322 y 35836 de 2010, entre otras. Lo anterior, sin importar que en oportunidades posteriores la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral hubiese determinado la viabilidad de la prima de navidad en ciertos casos especiales, sin hacer alusión al precedente sentado, dado que lo vinculante es el criterio jurídico sobre la procedencia de un derecho, más no la condena tácita o automática del mismo, sin observar un determinado criterio.

De manera que al ser en principio incompatible la prima de navidad con la prima de servicios convencional, la sala entra a estudiar si existía diferencia superior frente a la prima de servicios y de ser así, únicamente disponer el pago de la diferencia. Efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, la sala encuentra que la suma a favor del actor por este concepto es inferior al de la prima de servicios, por lo que no tiene derecho al pago de la prima de navidad, lo que conlleva a revocar esta condena.

Sobre el tema de los aportes a la seguridad social en salud y pensiones, advirtió que,

[...] se profirió condena por concepto de reembolso de los mismos, en la parte que debió pagar el demandante de su peculio, cuando le correspondía a su empleadora y además solicitó el reajuste de los aportes conforme al ciento por ciento del salario que se pruebe dentro del proceso. En punto de procedencia fueron acreditados los pagos que adujo el actor, haber realizado por cuenta propia y en calidad de contratista de toda la relación laboral para salud y pensión, conforme el reporte de semanas cotizadas en pensiones a Colpensiones, la certificación de aportes desde julio del 2004 a marzo del 2013 de la EPS Coomeva, instrumental de la que se constatan pagos al fondo de pensiones al que el demandante estuvo afiliado y a la EPS, pero en un monto muy inferior al que realmente devengó mientras se desempeñó como contratista. Dado lo anterior, se debe condenar a la pasiva a pagar el fondo de pensiones en el que se encuentre afiliado el actor, esto es, Colpensiones, únicamente el excedente entre lo ya cotizado como contratista y el monto que se desprenda del IBC del salario real devengado en toda la relación laboral. Dichos aportes serán cancelados previo el cálculo actuarial que indique la entidad sin que sea viable o fructífero hacer lo mismo frente a los aportes a salud, pues, terminada la relación laboral, ningún beneficio le reporta al demandante. Lo anterior por cuanto no resulta procedente ordenar el pago directo de estos emolumentos al trabajador demandante, ya que son dineros que engrosan el sistema de la Seguridad Social en orden a financiar las contingencias de los afiliados en pensiones y riesgos profesionales, por lo que no son sumas que pertenezcan al trabajador, salvo que se demuestre el pago total y directo por esta respecto a la cual no obra constancia en el expediente, en los anteriores términos se modificará la sentencia.

Explicó, en cuanto a la indemnización por despido, que la Convención Colectiva de Trabajo estipula que todos los trabajadores oficiales están vinculados al ISS mediante contrato a término indefinido, que tendrá vigencia mientras duren las causas que le dieron origen, y en su artículo 5º se establece que no se podrá dar por terminado el contrato de trabajo, sino por alguna de las justas causas contempladas en el artículo 7º del Decreto Ley 2351 de 1965, y dado que en dicha norma no se encuentra como justa causa de despido la expiración del plazo pactado, el demandante tenía derecho a que la indemnización por despido sin justa causa se

liquidara con base en el literal C del artículo 5º de la Convención, esto es, 50 días de indemnización por el primer año, 35 días por los subsiguientes y proporcionalmente por fracción, para un total de 319 días, que multiplicados por el valor del último salario diario devengado de \$72.181, arrojaba un total de \$23.025.739.

Finalmente, en cuanto a la indemnización moratoria, expuso lo siguiente:

El artículo 1º del decreto 797 de 1949, que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, señala que se entiende que el contrato no ha finalizado si a su terminación el empleador no paga los salarios y prestaciones adeudados. Sin embargo, frente a este tema, la jurisprudencia de la Corte ha explicado que esa disposición no admite una interpretación rigurosamente literal pues su verdadero sentido no es revivir el contrato de trabajo cuando la terminación de dicho contrato no se le paga al trabajador la totalidad de los salarios o prestaciones adeudados dentro de los 90 días siguientes, pues lo que procede es una sanción equivalente a un día de salario por cada día de mora a título de indemnización moratoria.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha incorporado otros elementos para configurar su procedencia, expresando que su aplicación no es automática ni inexorable, pues su imposición depende de una conducta patronal ausente de buena fe. Además, es necesario recordar que la Corte en sentencia con radicación del 11 de diciembre de 2014, adoctrino que el hecho de que una empresa se encuentre en estado de liquidación obligatoria, no hace que deba ser exonerada de manera automática, por cuanto siempre se debe estudiar la situación en particular, para efecto de establecer si el empleador actuó de buena fe. Por lo que se procede a estudiar la conducta del Instituto demandado, el cual trató de disfrazar el contrato de trabajo que lo unía con el demandante, mediante sendos contratos de prestación de servicios, teniendo que acudir el demandante a la jurisdicción para que se le reconociera su contrato y sus respectivas prestaciones, por lo que no se puede entender el actuar del demandado como de buena fe para eximirlo de esta indemnización.

La Corte Suprema, en sentencia con radicado 31529 de febrero del 2012, ya indicado que cuando pese a los reiterados pronunciamientos de las autoridades judiciales, el ISS persiste en continuar utilizando como forma de contratación los contratos de

prestación de servicios para situaciones en las cuales se encuentra plenamente demostrada la existencia de un contrato de trabajo, se debe deducir la mala fe del Instituto demandado. Así las cosas, el comportamiento de la parte demandada no puede ser tenido como buena fe para eximirla de la indemnización moratoria pretendida.

Pero para tal efecto también debe advertir la Sala dos cosas, primero, que los 90 días a que alude la norma reseñada se deben entender hábiles, tal como lo enseñó la Sala de Casación Laboral en sentencia del 3 de agosto del 2010, con radicado 39727 de la que fuera ponente el Dr. Eduardo López Villegas, método que además utilizó el mismo órgano en la sentencia SL 5544 de 2014 con radicación 48656, de la que fuera ponente el doctor Luis Gabriel Miranda Buelvas, para liquidar dicha indemnización con base en la normativa aquí aplicada, y segundo, que aun cuando la liquidación del empleador no genera per se la exoneración del pago de la sanción moratoria, porque es claro que pese a encontrarse en tal estado, puede incurrir en actos que respecto de ese débito resulten contrarios a la buena fe, lo cierto es que incontrovertiblemente la mala fe no se presume con posterioridad a la entrada en liquidación de una empresa y su concurrencia exige la prueba correspondiente, tal como lo dispone el artículo 83 de nuestra Constitución Política.

Al respecto, tenemos que se logró acreditar la realidad de situaciones inherentes a una relación laboral, por tanto, no es de recibo el actuar de la demandada o el Instituto demandado, en la medida en que utilizó la modalidad de contrato de prestación de servicios como fachada para disfrazar una verdadera relación laboral y un contrato regido por esta naturaleza. Ahora, si bien es cierto que mediante Decreto 2013 de septiembre de 2012 se ordenó la liquidación del Instituto de los Seguros Sociales, circunstancia que podría impedir el cumplimiento oportuno de las obligaciones laborales, como esta Sala lo ha sostenido en otras oportunidades, no es menos cierto que en el caso que se examina intervino la apoderada general designada por la Fiduciaria La Previsora S.A., en calidad de ente liquidador del ISS, situación que descarta de tajo que el actuar de la entidad demandada estuviera revestido de buena fe, por cuanto a pesar de que se estaba ejecutando una relación laboral antes del inicio de la liquidación del ISS, fue la misma apoderada general mencionada, quien aprobó y ejecutó la nueva contratación del demandante, en una oportunidad más, con posterioridad al mes de septiembre de 2012, tanto así que la actora continuó prestando sus servicios hasta el 31 de marzo 2013. Puestas así las cosas, y conforme a lo dispuesto por la jurisprudencia, la moratoria empezará a correr desde el 13 de agosto del 2013 e irá hasta el 31 de marzo de 2015, data en la cual culminó el proceso liquidatorio del extinto ISS.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver de acuerdo con los términos en que fue presentado y dentro de las competencias y limitaciones propias de este recurso extraordinario.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Persigue la recurrente que se case totalmente la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, se revoque la de primera instancia y en su lugar se la absuelva de todas las pretensiones.

Con tal propósito formuló dos cargos, por la causal primera de casación, que no fueron objeto de réplica y que se estudiarán y decidirán conjuntamente, por cuanto contienen similar proposición jurídica, están orientados por la misma vía, utilizan argumentos que se complementan y persiguen la misma finalidad.

VI. CARGO PRIMERO

Acusó la sentencia impugnada de,

[...] violar por vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 467, 468, 469, 470 y 471 del Código Sustantivo del Trabajo, estos dos últimos modificados por los artículos 37 y 38 del Decreto Legislativo 2351 de 1965; 39 del Decreto 2351 de 1965, subrogado por el artículo 68 de la Ley 50 de 1990; 1, 3, 11 y 12 de la Ley 6 de 1945, así como 1, 2, 3, 18, 20, 37, 38, 39, 43, 47, 48 y 49 del Decreto Reglamentario 2127 de

1945; 1º del Decreto 797 de 1949, 5º y 32 de la Ley 80 de 1993, 5º y 8º del Decreto 3135 de 1968, 53 y 122 de la Constitución Política.

Señaló como errores de hecho en que incurrió el Tribunal los siguientes:

1.- *Dar por demostrado, sin estarlo, que entre el demandante JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO y el entonces I.S.S., existió una relación subordinada y dependiente, regida por un contrato de trabajo.*

2.- *No dar por demostrado, estándolo, que la actividad realizada por el demandante JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO se ejecutó mediante la suscripción de sendos contratos civiles de prestación de servicios profesionales, legalmente celebrados.*

3.- *Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO tiene derecho al reconocimiento y pago de acreencias laborales como cesantías, prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones y sanción moratoria.*

4.- *Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO se desempeñó en calidad de trabajador dependiente y subordinado.*

5.- *No dar por demostrado, estándolo, que el demandante JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO ejercía una actividad liberal e independiente, en razón a su profesión.*

6.- *No dar por demostrado, estándolo que, entre la terminación de un contrato y el comienzo del otro, existieron interrupciones en la prestación del servicio por parte del demandante.*

7.- *Dar por demostrado, sin estarlo, que el demandante JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO era beneficiario de la convención colectiva de trabajo, vigente para los años 2001 a 2004.*

8.- *No dar por probado, estándolo, que la demandada actuó de buena fe al suscribir los diferentes contratos de prestación de servicios con la demandante.*

Denunció como pruebas erróneamente apreciadas las siguientes:

1. *Contratos de prestación servicios suscritos por el señor contratista JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO, obrantes de folios 35 a 63 del cuaderno de primera instancia.*
2. *Certificación de la Oficina Nacional de Contratación, obrante a folio 34 del cuaderno de primera instancia.*
3. *Pagos de los aportes realizados por el contratista al sistema de seguridad social integral, obrantes de folios 65 a 75 del cuaderno de instancias.*
4. *Convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, vigente para los años 2001-2004, obrante de folios 184 a 260 del cuaderno de primera instancia.*

Agregó que también fueron apreciados con error, aunque no son pruebas calificadas, los testimonios de Liliana María González García y Carmen Pérez González.

En la demostración del cargo, adujo que para el Tribunal fueron insuficientes, a pesar de su abundancia en el expediente, los documentos que libre y voluntariamente suscribieron las partes para legalizar su vinculación jurídica, pues desconoció todos los contratos de prestación de servicios que con fundamento en la Ley 80 de 1993 firmaron las partes, los cuales se encuentran en el expediente a folios 35 a 63 del cuaderno de primera instancia.

Aseguró que en todos ellos se señalaba el objeto, en donde se especificaba que el contratista conservaba su autonomía para realizar las gestiones encomendadas, el plazo, el valor de los honorarios, las obligaciones de resultado a su cargo, la sujeción al registro y apropiación presupuestal para el pago de honorarios, la cláusula penal pecuniaria por incumplimiento, las inhabilidades e incompatibilidades, las garantías que debía constituir y lo relacionado con la

juridicidad del instrumento contractual, señalando que se regían por las normas del Código Civil, excluyendo expresamente cualquier vinculación de carácter laboral entre ellos.

Señaló que si se hubiera valorado adecuadamente el acervo documental, se habría encontrado que la certificación de folio 34 no hacía cosa diferente que ratificar que los distintos y autónomos contratos de prestación de servicios suscritos, estuvieron regidos válidamente por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, por cuanto la entidad no contaba con el personal de planta profesional capacitado y especializado que atendiera las funciones realizadas por el actor, y además, que con dicha certificación se evidenciaba que los contratos se firmaron por el tiempo indispensable que señala la ley, pues entre ellos existieron interrupciones.

Agregó que el demandante tenía el conocimiento pleno de la naturaleza del contrato celebrado, lo que acreditaba su obrar de buena fe, pues estaba amparada por las normas que regulan la contratación estatal. Recabó en que, si se hubiera valorado en conjunto las pruebas,

[...] sin duda, el Tribunal hubiera concluido que la ejecución de los servicios por parte del señor RUSINQUE ZAMBRANO, estuvo inmersa bajo la legalidad del artículo 32 de la ley 80 de 1993, toda vez que para cada una de sus vinculaciones con el ISS, ofertó la manera en que prestaría sus servicios; tramitó las pólizas que amparaban el cumplimiento de sus obligaciones, en los cuales primó el principio de la autonomía de la voluntad privada de las partes que rige los postulados del derecho civil, concretando que los contratos celebrados son ley para las partes, y más aún si están enmarcados dentro de la buena fe contractual, como en efecto se encuentran encuadrados en este caso.

Así mismo, el contratista cobró sus honorarios de acuerdo con lo que previa y libremente pactó con el entonces ISS, sin efectuar reparo escrito o verbal alguno, máxime cuando se trataba de un profesional especializado en temas pensionales. Todo lo anterior denota la conformidad del contratista con la naturaleza y condiciones en que celebró los distintos contratos de prestación de servicios y, al tiempo, informa la buena fe con la que procedió mi representada en todas sus actuaciones y que no fueron valorados por el Ad quem, a pesar de los documentos que reposan en expediente, aludidos anteriormente.

Manifestó que el Tribunal incurrió en otro yerro ostensible, pues no tuvo en cuenta que conforme a los artículos 2º y 3º del Decreto 2127 de 1945, logró desvirtuar la presunción de existencia del contrato de trabajo, con toda la prueba documental aportada al expediente. Sobre el asunto, dijo:

Conviene señalar que el hoy demandante RUSINQUE ZAMBRANO, no allegó una prueba contundente de la subordinación, dado que debe entenderse que una cosa es la vigilancia administrativa a la cual se encuentra sometido quien presta un servicio profesional, y otra diferente es la subordinación propiamente laboral, pues para que se configure ésta, es necesario que se trate de una subordinación de naturaleza jurídica, vale decir, que consista en la posibilidad jurídica que tiene el empleador para dar órdenes e instrucciones en cualquier momento (poder jurídico de mando) y en la obligación correlativa del trabajador para acatar su cumplimiento, mientras que en la primera, se trata, simplemente, de la implementación de reglas de orden para la buena marcha de una organización, cuyo cumplimiento no comporta signo de continuada dependencia o subordinación de una parte a la otra, es lo que diferencia el contrato de trabajo de otros que, como los celebrados con el demandante RUSINQUE ZAMBRANO, imponían el cumplimiento de otras obligaciones, que en caso de evidenciarse una falta, la entidad tenía la plena potestad de iniciar las investigaciones correspondientes, sin que por ello estuviera subordinado, sino que simplemente se adelantan para vigilar y garantizar la ejecución del objeto del contrato en óptimas condiciones de servicios y calidad.

Expuso que el demandante no acreditó que recibiera órdenes del ISS o sus representantes, en cuanto a la calidad y cantidad de su trabajo, ni llamados de atención, ni solicitud

de permisos, ni otras que demostraran la sujeción al reglamento de trabajo de la entidad y, por tanto, no hubo subordinación laboral.

Afirmó que *«[...] la carga de demostrar la continuada dependencia se trasladaba al presunto trabajador, quien intentó hacerlo mediante la prueba testimonial de las señoras LILIANA MARÍA GONZÁLEZ GARCÍA y CARMEN PÉREZ GONZÁLEZ»*, pero al analizar esas declaraciones, se podía establecer que ninguna de ellas ofreció elementos de contundencia sobre los aspectos relevantes, pues se limitaron a describir con muy poca precisión algunos detalles que rodearon la ejecución del contrato civil, pero que no conducían a la certeza sobre la existencia de la subordinación jurídica.

Reitero que, con su análisis escueto, el Tribunal concluyó, sin acierto, que la vinculación del demandante estuvo regida por un contrato de trabajo cuando, en realidad, se demostró ampliamente que se trató de vínculos de prestación de servicios.

También adujo que se equivocó el Tribunal al considerar, sin análisis jurídico alguno, que el demandante se beneficiaba automáticamente de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 2001-2004 y, consecuentemente, podía confirmarse el pago de unas acreencias laborales convencionales, pues entre otras cosas, *«[...] i) Nunca sostuvo un vínculo laboral con el ISS, ii) Por lo mismo, jamás pagó cuotas sindicales por beneficio*

convencional y iii) Resulta insólito y violatorio al derecho de igualdad que una persona se beneficie de una convención colectiva de trabajo, sin tener la calidad de trabajador y sin haber aportado las cuotas sindicales».

Finalmente, denunció el yerro del Tribunal, relacionado con la confirmación de la condena impuesta a título de sanción moratoria, pues «[...] presumió sin probanza y análisis alguno que lo justificara, de manera automática e inexorable, que el entonces ISS actuó de mala fe, cuando efectivamente lo que hizo el ISS en puridad de verdad, fue cumplir con las normas propias del régimen de contratación estatal».

Indicó que debió sopesarse que la actitud del ISS, consistente en no pagar durante la ejecución del contrato y a su finalización las prestaciones sociales del actor, se basó en la creencia de que no existía un contrato de trabajo sino uno de prestación de servicios, hecho que se alegó desde la contestación de la demanda y cuya prueba fue aportada al plenario.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusó la sentencia de violar por vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, que modificó el 52 del Decreto 2127 de 1945, reglamentario del 11 de la Ley 6 de 1945.

Denunció los siguientes errores evidentes de hecho:

1.- *No dar por demostrado, estándolo, que la demandada actuó de buena fe al suscribir los diferentes contratos de prestación de servicios con el demandante.*

2.- *Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandada actuó de mala fe, por lo que era procedente la condena por sanción moratoria.*

3.- *Dar por demostrado, sin estarlo, que entre el demandante JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO y el I.S.S., existió una relación subordina (sic) y dependiente, regida por un contrato de trabajo.*

4.- *No dar por demostrado, estándolo, que la actividad realizada por el demandante JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO se ejecutó mediante la suscripción de sendos contratos civiles de prestación de servicios profesionales, legalmente celebrados.*

Aseguró que el Tribunal apreció erróneamente las siguientes pruebas:

1. *Contratos de prestación servicios suscritos por el señor contratista JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO, obrantes de folios 35 a 63 del cuaderno de primera instancia.*

2. *Certificación de la Oficina Nacional de Contratación, obrante a folio 34 del cuaderno de primera instancia.*

3. *Pagos de los aportes realizados por el contratista al sistema de seguridad social integral obrantes a folios 65 a 75 del cuaderno de instancias.*

En la demostración del cargo, adujo que las partes suscribieron contratos de prestación de servicios profesionales, en consideración a las capacidades, cualidades y calidades ofrecidas por el actor en temas pensionales, y de allí que hubiera suscrito pólizas, cobrado sin objeción los honorarios pactados y afiliado al sistema obligatorio de salud y pensiones como trabajador independiente.

Por ello, agregó, no intentó ocultar la verdadera relación laboral, como lo dedujo el Tribunal para imponer de forma «automática e inexorable» la sanción moratoria, conduciéndolo a la aplicación indebida del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, pues cada caso trae su realidad y es obligación del juez examinar el comportamiento patronal de cara a los elementos probatorios obrantes en el proceso.

Insistió en que en el presente asunto no era evidente la mala fe, pues se encontraba bajo la convicción de que su actuar estuvo acorde a derecho, toda vez que el régimen de contratación pública le permitía acudir a los contratos de prestación de servicios para suplir sus necesidades con miras a cumplir su objeto social. De esa forma, en ningún momento utilizó la figura para aparentar una verdadera relación laboral; por el contrario, siempre estuvo enmarcado dentro de los postulados legales, especialmente la Ley 80 de 1993.

Finalmente, expuso que,

[...] no debe accederse a la indemnización en mención, porque, primero, no nos encontramos frente a un vínculo contractual laboral, sino frente a una contratación de prestación de servicios, que no genera en ningún instante salarios ni mucho menos prestaciones sociales, pues como se ha dicho y se reitera, el demandante no firmó contrato de trabajo, sino suscribió sendos contratos de prestación de servicios con el pleno conocimiento de sus cláusulas contractuales, y segundo, en gracia de discusión y, en el remoto evento de que exista una relación laboral, la accionada actuó de buena fe, puesto que tenía la creencia que se encontraba en un régimen contractual diferente al laboral, tanto así, que canceló al demandante sus honorarios profesionales y liquidó los contratos declarando a paz y salvo las partes, en relación a lo previsto por el artículo 32 de la ley 80 de 1993.

En diferentes ocasiones, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha dado paso a la tesis de la buena fe del ISS, en el entendimiento que el Instituto tenía la certeza de que la relación estaba regida por un vínculo distinto al de un contrato de trabajo, y además que dichos acuerdos contractuales se encontraban amparados por disposiciones administrativas, en especial por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, como en el presente caso.

VIII. CONSIDERACIONES

Por la vía utilizada para dirigir el ataque contra la sentencia del Tribunal, debe advertir la Sala que conforme a lo normado en el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, que modificó el 23 de la Ley 16 de 1968, para que se configure el error de hecho es indispensable que venga acompañado de las razones que lo demuestren y, además de esto, que su existencia aparezca notoria, protuberante y manifiesta en su contenido, proviniendo de la falta de apreciación o errada valoración de las pruebas calificadas: el documento auténtico, la confesión judicial o la inspección judicial.

En el presente asunto, la controversia gira en torno a determinar si el Tribunal se equivocó **(i)** al declarar la existencia de un contrato de trabajo en virtud de lo estipulado por el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, **(ii)** aplicar la Convención Colectiva suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social, para la vigencia 2001- 2004, y **(iii)** al haber dispuesto el pago de la indemnización moratoria a favor del demandante.

Se advierte que los cargos no están llamados a prosperar, por cuanto del análisis de los documentos

denunciados como erróneamente apreciados (la certificación de la Oficina Nacional de Contratación del ISS, los contratos de prestación de servicios, los pagos de aportes realizados al Sistema de Seguridad Social y la Convención Colectiva de Trabajo), lo que en verdad aparece es que el demandante prestó sus servicios al ISS, de forma ininterrumpida, entre el 16 de julio de 2004 y el 31 de marzo de 2013, tal como atinadamente lo concluyó el Tribunal, a través de sucesivos contratos presuntamente amparados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que, sin embargo, no correspondieron a una necesidad temporal del instituto, ni fueron suscritos en atención a que las labores contratadas no pudieran ser ejercidas por el personal de planta.

En efecto, la actividad desempeñada por el demandante fue la de profesional universitario en el grupo de cuotas partes pensionales, en donde al igual que otros funcionarios de la entidad, tenía como función primordial atender y resolver consultas relacionadas con cuotas partes, y efectuar la liquidación de aquellas cuando correspondía.

Si bien reposan en el expediente las propuestas de prestación de servicios, las pólizas de cumplimiento y las actas de liquidación de los contratos, suscritas todas por el demandante, ello no desvirtúa la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y, por el contrario, ratifica que el demandante prestó sus servicios a la demandada durante más de ocho años, de forma subordinada, pero bajo la apariencia de un vínculo autónomo e independiente.

Por lo anterior, y dando respuesta al primer problema jurídico planteado, considera la Sala que el Tribunal no incurrió en los errores ostensibles que se le endilgaron, toda vez que sí se acreditó la prestación personal del servicio a favor de la demandada, no de forma autónoma ni independiente, durante el período comprendido entre el 16 de julio de 2004 y el 31 de marzo de 2013, sin que se lograra desvirtuar por el instituto demandado la presunción en comento, pues simplemente se limitó a señalar que la prestación de los servicios se encontraba amparada por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993.

Se reitera que la transitoriedad es condición de esta clase de contratación pública, pues así se deriva del citado artículo, requisito que en el presente caso no se cumplió y que hace incurrir a la entidad demandada en el uso indebido de la figura, dado su carácter excepcional.

De manera que no resulta legítimo, por la naturaleza de las labores que debía desempeñar el demandante, ni por su duración prolongada en el tiempo, la vinculación a través de esa modalidad contractual, cuando surgían signos inequívocos de que se trataba de una relación laboral con todas sus características distintivas, especialmente en cuanto a la subordinación a la que fue sometido en el cumplimiento de sus funciones.

Lo que denota la conducta de la entidad demandada, es la intención de refugiarse en esa aparente legalidad para evadir el reconocimiento de los derechos y prerrogativas que la ley otorga

a quienes están amparados por la normatividad que regula el trabajo humano subordinado, manteniendo al actor en una situación de precariedad de beneficios frente a quienes se vincularon mediante contratos de trabajo, sin que hubiera esgrimido en su defensa razones de peso o convincentes que justificaran una creencia razonable de estar enfrentado a una contratación distinta a la laboral.

Resulta oportuno reiterar que la simple afirmación del empleador, sobre la creencia de haber celebrado una forma de vinculación diferente a la laboral, no es suficiente razón para exonerarlo de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones, pues el operador judicial está llamado a examinar el comportamiento del empleador de cara a los elementos probatorios del proceso, para determinar si tenía o no juicios fundados para abstenerse de reconocer prerrogativas laborales.

Recuerda la Sala que para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación, ya que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, pues al actor le basta, para que se presuma el contrato de trabajo, probar la prestación o la actividad personal y es a la contratante (o empleadora) a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción.

En el presente caso quedó acreditada la prestación personal del servicio del accionante como profesional universitario del grupo de cuotas partes pensionales, pues las pruebas del proceso dan cuenta de ello, tal como atrás quedó reseñado y como efectivamente lo encontró demostrado el Tribunal.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del artículo 5º de la Convención Colectiva de Trabajo, vigente en el ISS para los años 2001-2004, basta con recordar lo que frente al tema ha señalado esta Corporación, de forma reiterada y pacífica. En la sentencia CSJ SL21114-2017, citada por la CSJ SL545-2018, se señaló:

Entonces, precisamente tras hallar la existencia del contrato laboral en virtud del principio de la primacía de realidad sobre las formas y que la actora fue trabajadora oficial, el juzgador no podía pasar por alto tales circunstancias y restarle efectos al convenio colectivo.

[...]

Así las cosas, tal como lo ha expresado la Corte en asuntos en que ha tenido oportunidad de estudiar argumentos similares a los que ahora ocupan su atención, a la luz de lo que dispone el artículo convencional en comento, basta que un trabajador demuestre que ostentó la calidad de trabajador oficial para que le sea aplicable la convención colectiva de trabajo, así no se encontrara formalmente en la planta de personal del instituto y esa calidad le haya sido reconocida a través de un fallo judicial.

[...]

Ciertamente, declarado el vínculo laboral de la actora como trabajadora oficial surgía para ella automáticamente el derecho a beneficiarse de las prerrogativas legales y aun de las extralegales, entre ellas, la de que el contrato se convertía en uno a término indefinido, y que podía optar por el reintegro, previstas a favor de las personas que tenían reconocida esa calidad.

[...]

Puestas en esta perspectiva las cosas, y ante la trasgresión que supone que una entidad, como la demandada, utilice la figura del «contrato de prestación de servicios» de forma irregular, no es posible eximirla de que asuma el reintegro de un cargo que existía, que no fue transitorio y que, por demás, cumplía las funciones en planta al punto de mantenerse por varios años.

Descendiendo al caso en estudio, es preciso señalar que el demandante tenía la calidad de trabajador oficial y por tanto era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social, vigente para el período 2001-2004, y que el contrato de trabajo comprendido entre el 16 de julio de 2004 y el 31 de marzo de 2013, tuvo el carácter de indefinido según las cláusulas 5ª y 117 de dicho acuerdo extralegal, por lo cual a la luz de lo expuesto por la jurisprudencia de la Sala, es viable la condena, no sólo al pago de las prestaciones sociales convencionales, sino también a la indemnización por terminación sin justa causa del contrato de trabajo, pues tal como lo dijo el Tribunal, la expiración del plazo pactado no constituía una justa causa de terminación del contrato conforme a lo establecido en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965.

En cuanto al segundo problema jurídico planteado, esto es, el relacionado con la procedencia de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, basta con señalar que en ningún error ostensible incurrió el Tribunal, porque analizó de manera suficiente la conducta del empleador, para establecer si la misma estuvo acompañada o no de la buena fe eximente de la sanción.

Ese estudio, en el caso concreto, le permitió incluso develar cómo después de ordenada la liquidación del ISS, en septiembre de 2012, se siguieron suscribiendo contratos de prestación de servicios, con lo cual se corroboraba el actuar desprovisto de buena fe de la demandada, que insistía en camuflar la verdadera relación laboral que subyacía.

Además, esta Corte ha analizado el tema de la buena fe en casos similares al presente, donde actuaba como demandada la entidad convocada a este proceso. En tal ejercicio, en la sentencia CSJ SL390-2019, citada en la sentencia CSJ SL3409-2019, expresó:

Antes de abordar el análisis del punto en cuestión, vale recordar que la sanción moratoria prevista en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, procede cuando quiera que, en el curso del proceso, el empleador demandado no aporte razones satisfactorias y justificativas de su conducta. Para esto, se ha dicho que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador en su condición de deudor moroso y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables.

[...] ya que los mismos no acreditan más que una indebida actitud del ISS carente de buena fe, al acudir a iterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la citada Ley 80 de 1993, con desconocimiento reiterado del predominio de actos de sometimiento y dependencia laboral que muestran todos los demás medios de prueba, lo cual no deja duda de que la entidad era conocedora de estar desarrollando con el actor un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole.

De ahí que, mirando en conjunto el caudal probatorio, lo que acontece en el sub examine, es que en la práctica el ISS abusó en la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo subordinado como la del analizado servidor, a efecto de burlar la justicia y los condignos derechos sociales que debieron reconocerse a tiempo a favor del

trabajador demandante, lo que es reprochable y reafirma la mala fe de la entidad empleadora.

En el caso bajo examen, los contratos escritos, por sí solos, no probaban que la contratación estuviera justificada, ni que el ISS se encontrara en imposibilidad de vincular al actor a través de un contrato de trabajo; al contrario, revelaban que las funciones se desempeñaron con vocación de permanencia, dada su prolongación en el tiempo (más de 8 años), y que las actividades asignadas al supuesto contratista eran inherentes a la actividad misional del ISS.

Tampoco se advierte que la demandada estuviera realmente convencida de la independencia de su contratista porque, además de cumplir con los horarios establecidos por la entidad, las labores eran desarrolladas por él en las instalaciones de la entidad, con los elementos que ésta le suministraba y acatando los reglamentos y órdenes impartidas por sus superiores jerárquicos.

Entonces, lo que muestra la documental denunciada es un estado de precariedad laboral en la contratación del actor, al que fue llevado de manera consciente por el empleador, quien, aparentando una dudosa calidad de contratante, acudió a una figura jurídica en apariencia legítima, para encubrir la verdadera relación jurídica que subyacía de ese vínculo.

No sobra recordar que se han proferido contra el ISS innumerables condenas por la utilización fraudulenta o inadecuada de los contratos de prestación de servicios,

regulados por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993. En la sentencia CSJ SL981-2019, por ejemplo, se explicó:

Por lo demás, a juicio de la Sala el argumento del Tribunal relativo a que el ISS tuvo que recurrir a la contratación de la demandante ante la insuficiencia en su planta de personal es inadmisibile, toda vez que la autorización prevista en el numeral 3.º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 para celebrar contratos de prestación de servicios cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, es «por el término estrictamente indispensable». Es decir, la vigencia del contrato debe ser por el tiempo necesario para ejecutar el objeto contractual convenido.

Se trata mediante esta figura de afrontar situaciones especiales relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, por tanto, la temporalidad y excepcionalidad de la contratación es de la esencia de este tipo de contratos. En este sentido, cuando las actividades atendidas a través de esta clase de vinculación demanden una permanencia superior o indefinida, de modo tal que se desborde su transitoriedad, es necesario que la entidad contemple en su respectiva planta los cargos necesarios para desarrollarlas.

Con anterioridad, en la sentencia CSJ SL14651-2014, ya la Corte había efectuado la siguiente reflexión:

La indemnización moratoria –consagrada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el caso de los trabajadores particulares; y en el 1 del Decreto 797 de 1949, para el de los trabajadores oficiales- es una figura jurídico-laboral que ha merecido el discernimiento reflexivo y crítico de la jurisprudencia del trabajo y de la seguridad social, que ha decantado su doctrina en torno a las sendas que deben seguirse para el combate de la sentencia que la haya impuesto o dejado de imponer en un caso determinado, al igual que las modalidades de violación que deben emplearse.

En ese sentido, esta Sala de la Corte, al acoger el criterio jurisprudencial expuesto desde el Tribunal Supremo del Trabajo, que ha devenido sólido, por sus notas de pacífico, reiterado y uniforme, ha precisado que la sanción moratoria no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cubra al trabajador los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones (estas últimas, sólo en la hipótesis de los trabajadores oficiales) que le adeuda.

[...]

De suerte que la indemnización moratoria procede cuando, después del examen del material probatorio, el juez concluye que el empleador no estuvo asistido de buena fe. Entonces, aplicar automáticamente la indemnización moratoria traduce un extravío del juez en la exégesis de aquellas disposiciones legales.

La sola convicción del ISS acerca de su actuar conforme a derecho, no lo releva de la sanción moratoria, pues bastante se ha explicado por esta Corte –CSJ SL, 22 de enero de 2013, radicación 40067– que,

[...] de dichos medios de prueba, objetivamente analizados, no se puede inferir que la conducta de la demandada hubiera estado ceñida a la íntima convicción de que la contratación del actor era ajena a la que es característica de las relaciones de trabajo subordinado.

En efecto, en los contratos de prestación de servicios obrantes a folios 6 a 86 puede verse que la relación de trabajo del actor se mantuvo durante más de 9 años, de manera personal y directa, en condiciones de continuidad, por lo que nunca se dieron aquellas situaciones excepcionales y discontinuas que justificaban el recurso a las condiciones de contratación estatal previstas en la Ley 80 de 1993, en las que se escudó la entidad demandada. Adicionalmente, dichos documentos demuestran que el Instituto de Seguros Sociales mantuvo durante largos años un uso inapropiado de contratos de prestación de servicios, a sabiendas de que mantenía una relación con elementos propios del trabajo subordinado.

Tampoco serviría de excusa el hecho de que el demandante no hubiera objetado con anterioridad a la reclamación administrativa, la modalidad contractual y ofreciera, incluso, su consentimiento y colaboración para la suscripción de los contratos de prestación de servicios, que proporcionara las cauciones exigidas por el ISS, que presentara cuentas de cobro y que se allanara a suscribir actas de liquidación de cada contrato. Así se explicó en la

sentencia CSJ SL1035-2016, que resolvió un proceso de contornos similares al presente:

No puede olvidarse que el trabajador es la parte débil de la relación, y que en muchas ocasiones se ve compelido por la necesidad de obtener una fuente de ingresos para su subsistencia y la de su familia, a aceptar condiciones alejadas de las que en estricto rigor rigen en el mundo del trabajo, y el que haya prestado su consentimiento para suscribir contratos aparentes de prestación de servicios como aquí sucedió, no exime per se al empleador del pago de la indemnización moratoria, cuando se demostró que la entidad demandada procedió a suscribir varios de esos contratos de manera sucesiva para el ejercicio del cargo de Trabajadora Social en labores administrativas propias del giro ordinario de sus actividades, con abierto desconocimiento de las normas que regulan la contratación administrativa de servicios personales.

[...]

De ahí que, mirado en conjunto el caudal probatorio, lo que acontece en el sub examine, es que en la práctica el ISS abusó en la celebración y ejecución de contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo subordinado como la del analizado servidor, a efecto de burlar la justicia y los condignos derechos sociales que debieron reconocerse a tiempo a favor del trabajador demandante, lo que es reprochable y reafirma la mala fe de la entidad empleadora.

Las anteriores son razones suficientes para concluir que los cargos no prosperan.

Sin costas, por cuanto a pesar de ser infructuoso el ataque, no hubo réplica.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO**

CASA la sentencia proferida el ocho (8) de agosto de dos mil diecisiete (2017), por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JOSÉ EDGAR RUSINQUE ZAMBRANO** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN**, hoy **FIDUAGRARIA S.A.**, como vocera y administradora del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS EN LIQUIDACIÓN**.

Sin costas, por lo explicado en la parte motiva.

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


ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA


OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA


GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ