TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE POPAYAN

- SALA LABORAL -

MAGISTRADO PONENTE: CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA.

Popayán, doce (12) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Vencido el término de traslado concedido a las partes para presentar por escrito alegatos de conclusión y dando aplicación a lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, le corresponde a la Sala entrar a resolver los recursos de apelación instaurados por las partes y el grado jurisdiccional de consulta de la sentencia de fecha 10 de Julio de 2014 proferida por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Popayán ©, dentro del **ORDINARIO LABORAL,** adelantado por **LINA MARIA VALENCIA MEJIA** contra el **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL EN LIQUIDACION,** ahora Patrimonio Autónomo de Remanentes del extinto Instituto de Seguros Sociales –PAR ISS. Asunto radicado bajo la partida No. 19-001-31-05-002-2013-00304-01.

SENTENCIA

1. ANTECEDENTES

1.- La demandante fue vinculada al I.S.S., como profesional universitario mediante contrato de prestación de servicios personales el día 26 de septiembre de 2003 el cual tuvo una vigencia inicial de 2 meses. **2-** Una vez vencido el término anterior continuó laborando a través de la suscripción de continuos e ininterrumpidos contratos de prestación de servicios como profesional universitaria en el departamento de pensiones del ISS hasta el 1 de febrero de 2012,

fecha en la cual el vinculo laboral finalizó. **3-** A partir del 14 de noviembre de 2007 la señora Lina María Valencia Mejía empezó a realizar nuevas funciones en el Departamento de pensiones. **4.-** No obstante tener vínculo de contratista la demandante siempre recibió el mismo trato dado a los funcionarios de planta del ISS. **5.-** Durante todo el tiempo de su vinculación al ISS la actora prestó sus servicios de manera subordinada a las órdenes, instrucciones y orientaciones emitidas por el gerente seccional de la entidad, el jefe del departamento de recursos humanos de la entidad y el jefe del departamento de pensiones del ISS. **6.-** Durante la ejecución de su relación de trabajo la actora realizaba sus actividades de acuerdo con las directrices dadas por el ISS mediante el envió de memorandos, circulares y oficios para el cumplimiento de labores, los cuales iban también destinados a todos los funcionarios de planta de la entidad. **7.-** Por el cumplimiento de las tareas la demandante siempre recibió una contraprestación mensual que en el año 2012 ascendió a la suma de $1’842.345 pero que en los años anteriores de acuerdo con los valores pactados en los distintos contratos correspondió a diferentes valores. **8.-** Los compañeros de trabajo que realizaban funciones similares a las de la actora y que pertenecían a la planta de personal del ISS vinculados mediante contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de profesional universitario grado 30, 8 horas tuvieron otras las asignaciones salariales a lo largo de los años. **9.-** Los servicios mencionados fueron atendidos por la demandante en forma personal, continua e ininterrumpida, los cuales debías cumplirse en su mayoría en la sede administrativa del departamento de pensiones en la Seccional Cauca, ubicada en el edificio Villamarista de esta ciudad. **10.-** La actora durante toda la relación laboral cumplió con el horario de trabajo fijado por la entidad el cual era de 8 a. m. a 12 m. y de 2 p.m. a 6 p.m. de lunes a viernes. **11.-** En otras ocasiones y con la finalidad de disfrutar periodos de descanso en época de semana santa

y navidad, le era exigido por parte de las autoridades de la entidad, la reposición de horas anticipadas que le obligaban a quedarse durante varias semanas hasta las 7 p.m. de lunes a viernes. **12.-** Durante el transcurso de la relación laboral a la actora no le fueron canceladas todas y cada una de las acreencias laborales de carácter irrenunciable en aplicación de la convención colectiva de trabajo vigente suscrita entre Sintraseguridad y el ISS en el año 2001. **13.-** En fecha 12 de octubre de 2011 fue suscrito el último contrato de prestación de servicios entre la demandante y la entidad demandada, terminando el día 1 de febrero de 2012 su vínculo con dicha entidad. **14.-** La actora debió pagar de su propio patrimonio la totalidad de aportes exigidos por el sistema de seguridad social en salud, pensiones y riesgos.

Es por ello que conforme a lo anterior, a través del presente proceso, la parte demandante **PRETENDE** que se declare:

1.- Se declare que entre ella y el ISS existió un contrato de trabajo que inició el 26 de septiembre de 2003 hasta el 1 de febrero de 2012. **2.-** Que como consecuencia de la anterior declaración, tiene derecho a que le sean reconocidos por concepto de sus derechos laborales las sumas de dinero por los conceptos de salarios y factores de salario tales como salarios adeudados conforme a la convención colectiva, por concepto de prestaciones sociales tales como auxilio de cesantías convencional, intereses a las cesantías convencional, compensación de vacaciones convencional, prima de vacaciones convencional, prima de servicios convencional, prima técnica para profesionales no médicos convencional, prima de servicios legal, auxilio de transporte convencional, reintegro de aportes a seguridad social, sanción moratoria, otras. **3.-** Que se condene al ISS al pago de las anteriores acreencias laborales. **4.-** Que se condene al ISS en liquidación al pago de las costas del proceso y agencias en derecho.

1.2. Por su parte, una vez notificado del auto admisorio de la demanda, el Instituto de los Seguros Sociales ISS, al ejercer su **DERECHO DE CONTRADICCIÓN,** con la contestación de la demanda, aceptó parcialmente algunos hechos y negó los otros. Se opuso a las pretensiones formuladas en su contra, y formuló las excepciones de fondo de "*inexistencia de la obligación de reconocer los derechos laborales reclamados", "Ausencia total y absoluta de relación laboral y prestaciones sociales", "principio de dirección confianza y control estatal de los servicios públicos", "el carácter de servicio público prestado por la reclamante de los derechos no deriva implícitamente el reconocimiento de prestaciones sociales", "vinculación mediante contrato administrativo de prestación de servicios", "presunción de eficacia y oponibilidad de las clausulas contenidas en los contratos administrativos de prestación de servicios", "inaplicabilidad de la convención colectiva a la señora Lina María Valencia", "improcedencia del reintegro de aportes a la seguridad social", "cobro de lo no debido", "compensación", "Prescripción" y la "innominada".*

1.3. Una vez surtidas las audiencias de trámite correspondientes a la primera instancia, el A quo, en audiencia pública llevada a cabo el 10 de julio de 2014, procedió a dictar sentencia, en la cual resolvió: (i) Declarar que entre la señora Lina María Valencia Mejía y el Instituto de Seguro Social en liquidación, existió una relación laboral que se extendió entre el 26 de septiembre de 2003 y el 1o. de febrero de 2012, (ii) Declara probada de manera parcial la excepción de prescripción en lo atiente a los rubros reclamados distintos a cesantías causados con antelación al 25 de febrero de 2010 e implícitamente resueltos los demás exceptivos propuestos por la demandada. (iii) Condenar al ISS a reconocer y pagar a la demandante las siguientes sumas de dinero: Por concepto de

cesantías $16’306.618, por intereses a las cesantías $471.066,oo, por prima de servicios legal $1’823.828, por prima de servicios convencional $3’647.656, por vacaciones $3’748.774, por prima de vacaciones $5’206.630, por prima técnica para profesionales no médicos $4’190.953, por indemnización moratoria $26’406.945, por devolución del aporte patronal al seguridad social en pensiones $4’425.990. (iv) Absolver a la demandada de los demás cargos formulados en su contra. (v) Condenar en costas a la parte demandada señalando como agencias en derecho la suma de $6’.600.000. (vi) Remitir el expediente al superior funcional para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en caso de que no ser apelada. (vii) Glosar al expediente para que haga parte integrante de esta providencia la liquidación realizada por el profesional que presta sus servicios como liquidador para los despachos laborales.

Como fundamento de la decisión señala la A quo que revisados los documentos allegados al plenario se evidencia que la demandante estuvo vinculada a la demandada como trabajadora social solicitando que en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas se declare que existió contrato de trabajo entre el 26 de septiembre de 2003 al 1 de febrero de 2012, de donde practicado el interrogatorio de parte a la demandante y los testimonios recepcionados claro es que la demandante estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios al ISS; sin embargo, cumplía horario como cualquiera de planta, tenía una oficina dentro del ISS y recibía órdenes del señor Fernando Velasco Ordoñez jefe del departamento de pensiones y si bien la citada debía desplazarse a otros Municipios para realizar sus funciones lo hacía utilizando los vehículos de la demandada previo visto bueno del jefe del departamento de pensiones, por lo que analizada la prueba en su conjunto conforme el principio de la sana critica colige que en realidad se presentó una relación laboral

subordinada entre la demandante y la demandada que se efectuó entre los extremos temporales indicados en la acción 26 septiembre de 2003 a 1 de febrero de 2012 aun cuando el último contrato aparece con finalización 30 de junio de 2012, los testigos fueron claros en exponer que la actora renunció cuando se empezó a anunciar la entrada en liquidación de la entidad para conseguir un nuevo empleo. De acuerdo a lo anterior se deduce que la actividad estuvo regida mediante contrato de prestación de servicios solo en apariencia pero que en la realidad obedecían a típicos contratos laborales de trabajadores oficiales e igualmente estaba supeditada al cumplimiento de un horario de trabajo, remuneración mensual y prestó el servicio con elementos y dotación de la demandada, lo que se deduce de las declaraciones de los testigos escuchados, dándose indicios conducentes al contrato de trabajo realidad de conformidad con el art. 53 con la finalidad del no reconocimiento de prestaciones sociales y demás garantías al personal, algo usual en instituciones politizadas, por tanto se debe declarar la existencia de la relación laboral y por ende de trabajador oficial accediendo a algunos derechos laborales de la demanda. En cuanto a la diferencia salarial entre los de planta no se encuentra demostrado que la demandante desempeñaba idénticas funciones, motivo por el cual se absuelve a la demandada por este rubro. Señala que como la demandada por la naturaleza del contrato suscrito no canceló las prestaciones sociales, ni las vacaciones reconoce cesantías, intereses a las cesantías, primas legales y extralegal, prima de servicios extralegal, vacaciones, prima de vacaciones, prima técnica aportes a seguridad social en pensiones más no en salud, e indemnización moratoria según abundante jurisprudencia de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia donde se ha prevenido en diferentes oportunidades a la demandada sobre las consecuencias de contratar bajo la prestación de servicios para disfrazar el contrato de trabajo por lo que hay lugar a su

reconocimiento. Aduce que los rubros por estos conceptos se encuentran en la liquidación que se glosa al expediente. Igualmente no se reconoce auxilio de transporte por cuanto devengaba más de dos salarios mínimos, ni la indemnización por despido injusto habida cuenta de la renuncia siendo sólo en los alegatos que se vino a hacer alusión a un despido indirecto que en todo caso no se encuentra demostrado.

Menciona que la prescripción se reconoce en cuanto a los rubros causados con anterioridad al 25 de febrero de 2010 excepto las cesantías, sin que se haga necesario emitir consideraciones en cuanto a los otros medios exceptivos y condena en costas a la demandada.

1.4. Inconformes con esta decisión, los apoderados judiciales de las partes formularon **RECURSO DE APELACION**, de la siguiente manera:

1.4.1.<u>De la apelación de la parte demandante:</u>

La parte demandante apela y sustenta su recurso manifestando que en cuanto al reajuste salarial de profesional universitario que no fue reconocido obra en el expediente la constancia de personal con dicho cargo, razón por la cual debió reconocerse tal reajuste en la sentencia al ser la demandante trabajadora oficial grado 30. En cuanto a los aportes en salud señala que la actora asumió de manera completa el pago total de dichos aportes por lo que el ISS debía realizar el pago proporcional de los mismos, generándose un enriquecimiento sin causa a favor de la entidad y en perjuicio de la demandante. Igualmente se violaron los derechos mínimos irrenunciables teniendo en cuenta la legislación laboral en cuanto a la prima de navidad consagrada en el decreto

1045 de 1978 art. 32 que debió ser reconocida. Finalmente en cuanto a la prescripción en el expediente aparece la reclamación administrativa presentada el 3 de diciembre de 2012, es decir que quedaron a salvo los derechos a 3 de diciembre de 2009 y por lo que solicita se reliquiden las prestaciones sociales con dicha fecha.

1.4.2.<u>De la apelación de la parte demandada:</u>

Por su lado, la parte demandada apeló la decisión manifestando que se opone a la declaración de existencia del contrato por cuanto no quedó acreditado el cumplimiento de la totalidad de los requisitos legales como son: la actividad personal, la continua subordinación y el salario como retribución en tanto no basta con la sola afirmación sino que deben ser probados. No se demostró la subordinación y lo que existió fueron contratos de prestación de servicios. Igualmente quedó demostrado en el interrogatorio y la prueba testimonial que la demandante tenía que realizar actividades por fuera de las instalaciones del ISS sin poderse probar que tenía cumplimiento de horario tal como se desprende de los contratos de prestación de servicios.

Sobre la prueba testimonial aduce que la testigo Stela Salazar indica que el jefe del Departamento de pensiones una vez al mes los reunía y les daba instrucciones teniendo tan solo por parte del ISS la coordinación donde necesariamente la entidad tiene que contar con mecanismos de control interno para verificar el desarrollo del objeto, interventoria y supervisión lejos de ser subordinación.

Indica que tampoco existía salario como retribución del servicio pues lo que se genera son honorarios que para ser cancelados debía

la contratista demostrar que había cumplido con el objeto contractual y obtener visto bueno del interventor del contrato. Además de la prueba testimonial del señor Gerardo Rojas sobre la existencia del servicio no es posible concluirla en tanto si bien él era trabajador de planta, se desempeñaba en labores muy diferentes a las de la demandante. Así mismo las testigos Socorro Gonzales y Stella Salazar mal pueden dar fe de la subordinación, toda vez que la actora realizaba labores fuera de Villamarista y por lo que es claro que no se acreditó que la relación laboral entre el ISS y la demandante y por el contrario se encuentra acreditada es la figura de contrato estatal, el cual se cumplió y ejecutó conforme el objeto contractual y se canceló los honorarios quedan do a paz y salvo por tal concepto, es decir que la ejecución no operó bajo circunstancias de relación laboral. En consecuencia solicita revocar la sentencia y absolver al ISS. En forma subsidiaria solicita considerar los siguientes puntos reclamados de la liquidación con la sentencia.

Finalmente, manifiesta su inconformidad frente a que se le haya considerado a la actora beneficiaria de la convención colectiva ya que la calidad de trabajadora oficial le ha sido dada sólo hasta ahora de manera retroactiva sin tener en cuenta que nunca perteneció al sindicato siendo esto improcedente. Además tampoco hay lugar a la devolución de aportes por salud y pensiones por cuanto dichos dineros no ingresaron a engrosar las arcas del ISS, dichos pagos los efectuó en forma legal por el contrato de prestación de servicios y por cuanto todos los valores a la seguridad social fueron en su propio beneficio y protección, siendo éstos requisitos para la celebración del contrato de prestación de servicios.

1.5. Alegatos de conclusión: En este punto es importante resaltar que los alegatos no constituyen una oportunidad adicional para cambiar o adicionar los fundamentos del recurso de apelación,

por lo que la Sala sólo resolverá sobre los puntos objeto de apelación.

1.5.1. El apoderado de la demandante durante el término concedido para presentar alegatos de conclusión solicita que los argumentos de apelación presentados por el ISS sean despachados de manera desfavorable, por cuanto no endilgan error de hecho y/o de derecho concreto frente a la sentencia, estando demostrada la existencia de un contrato de trabajo realidad entre las partes con base en abundante prueba documental y testimonial. Aduce que en cuanto a la aplicación de la convención colectiva se tenga en cuenta sus artículos 3 y 1 en tanto establecen que la misma es aplicable a todos los trabajadores oficiales sin distinción alguna y sin el requisito de afiliación previa y además fue suscrita entre la entidad empleadora y Sintraseguridad Social, el que obra como sindicato mayoritario y en representación de las otras organizaciones sindicales del ISS.

Así mismo solicita se acceda al reajuste salarial solicitado en la demanda, por cuanto dos de los testigos especialmente la señora Socorro González, declararon que dentro del ISS si existía personal de planta que realizaba las mismas funciones de la actora, dando nombres de funcionarios y razón para aplicar el principio de igualdad y prohibición de no discriminación consagrado en la CN y en la Convención Americana de Derechos Humanos. Igualmente solicita se acceda a la devolución de los aportes en salud que tuvo que pagar, lo cual produjo una merma en su patrimonio, debiendo evitarse el enriquecimiento sin causa, ya que el empleador fue el que debió realizar el respectivo aporte y no lo hizo. Solicita se confirme la sanción moratoria impuesta por el A quo, que no fue objeto de inconformidad en la alzada del ISS. Refiere sentencia con radicado 36506 de 2010, M.P. Luis Javier Osorio López.

1.5.2. La parte demandada, en sus alegatos de conclusión aduce que se opone a las pretensiones de la demanda en tanto no tiene a cargo ninguna obligación en favor de la demandante, ni le corresponde asumir carga prestacional alguna por cuanto el proceso de liquidación del ISS ya culminó y su objeto social es ajeno a dichos reconocimientos prestacionales, tratándose de dos entes totalmente diferentes. Solicita revocar la sentencia.

Con fundamento en lo anterior, esta **SALA DE DECISION,** pasa a resolver el asunto en comento, teniendo en cuenta las siguientes,

2. CONSIDERACIONES:

2.1. COMPETENCIA: En virtud de lo consagrado en el artículo 66 del C.P.T.S.S., con la modificación incorporada por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, es esta Sala de Tribunal competente para conocer de las alzadas propuestas por los apoderados judiciales de las partes, contra la sentencia enunciada en los antecedentes, por ser el superior funcional del Juzgado que profirió la decisión atacada, la cual además es susceptible de ser revisada, en razón del grado jurisdiccional de consulta por así disponerlo la Corte Suprema de Justicia mediante Auto AL3261-2020 de 25 de noviembre de 2020, la Sala de Casación Laboral de Descongestión N°3 de la H. Corte Suprema de Justicia, al tratarse de una sentencia que en primera instancia resultó adversa al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto del Seguro Social -PAR ISS-; entidad de la cual conforme a lo establecido en el artículo 19 del Decreto 2013 de 28 de septiembre de 2013, es garante la Nación con cargo a los recursos del Presupuesto

General de la Nación, respecto de obligaciones de carácter laboral (artículo 69 del CPT y de la SS).

2.2. Es importante precisar que en virtud de lo consagrado en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, el recurso de apelación contra las sentencias dictadas en materia laboral, así como el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos eventos en los que no se requiera del decreto y práctica de pruebas, se proferirá por escrito. En consecuencia, es este el fundamento normativo que en esta oportunidad aplica la Sala para resolver por escrito, los recursos de alzada y el grado jurisdiccional de consulta.

2.3. PROBLEMA JURÍDICO: Conforme a lo planteado y con el fin de dar orden al presente asunto, se trata de resolver en esta instancia como primer problema jurídico:

Si existen elementos de juicio suficientes para que se demuestre la existencia de un contrato de trabajo, o si por el contrario la relación contractual se llevó a cabo solamente por medio de contratos de prestación de servicios, como lo alega la alzada de la parte demandada. Como consecuencia de lo anterior, definir si la demandante tiene derecho a los beneficios de la convención colectiva, en caso de ser considerada trabajador oficial. Igualmente si procede el reconocimiento de acreencias laborales en especial aportes en seguridad social – pensiones y salud, reajuste salarial, prima de navidad. Así mismo, si estuvo bien reconocida la excepción de prescripción, y finalmente, determinar si en primera instancia fue acertado condenar a la entidad a la indemnización moratoria y hasta cuando procede dicha condena.

TESIS DE LA SALA: Para esta Sala la providencia de primera instancia será modificada para actualizar las condenas impuestas en el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia y confirmada en lo demás en todas sus partes, en tanto fue bien reconocida la existencia del contrato de trabajo al ser procedente la aplicación del principio de la supremacía de la realidad sobre las formalidades, hecho que indiscutiblemente generó la viabilidad de reconocer y ordenar el pago de unas prestaciones a las que tendría derecho la demandante conforme a la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social, vigente para la época en que se desarrolló la relación laboral, la cual era igualmente aplicable a los trabajadores no sindicalizados y a la que la demandante no ha renunciado. Igualmente, será confirmada en el sentido de no reconocer a favor de la trabajadora el reajuste salarial reclamado, ni el reintegro de los aportes en salud. Así mismo será confirmada en tanto estuvo bien reconocida la excepción de prescripción, así como el haber ordenado la devolución del aporte patronal a seguridad social en pensiones, que fue pagado por la demandante. Y por último, encuentra la Sala que también fue procedente condenar al pago de la indemnización moratoria, la cual debe limitarse a la fecha de la sentencia de primera instancia y de ahí reconocer la respectiva indexación, en tanto ésta condena se analiza en acatamiento de surtir la respectiva consulta a favor de la parte demandada.

De entrada se debe resaltar que de conformidad con lo consagrado en el Decreto 2148 de 1992, el extinto Instituto de Seguros Sociales ISS fue objeto de reestructuración pasando a convertirse a partir de esa data, en una Empresa Industrial y Comercial del Estado. Y en aplicación de lo consagrado en el Decreto 3135 de 1968, las personas que presten sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado por regla general tendrán la

calidad de trabajadores oficiales y por excepción serán empleados públicos, quienes realicen actividades de dirección, confianza y manejo. Los trabajadores oficiales se vinculan al servicio del Estado por contrato de trabajo, mientras que la vinculación del empleado público es legal y reglamentaria.

Ahora, en virtud de lo consagrado en el artículo 2° del Decreto 2127 de 1945, para que se pueda predicar la existencia de un contrato de trabajo, es necesario que concurran los siguientes elementos: a) la actividad personal del trabajador, es decir, que sea realizada por sí mismo; b) la dependencia del trabajador respecto del patrono, la cual le otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe caracterizarse por ser prolongada y no instantánea o simplemente ocasional, y, c) el salario como retribución del servicio. Sin embargo, para estos menesteres, el artículo 20 de la referida norma consagra una presunción, consistente en que se presumirá la existencia del contrato de trabajo entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha. Por lo tanto, es a éste último a quien le corresponde destruir la presunción, es decir, acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia del contrato de trabajo.

Ahora, para mantener un orden lógico en la estructuración de la presente providencia y en relación con lo pedido en las apelaciones y la consulta a resolver, se debe determinar en un primer momento, si la demandante ostenta la calidad de trabajadora oficial y si entre ella y el Instituto de los Seguros Sociales existió una relación laboral, como lo adujo la A quo.

Para fundamentar la tesis, debe la Sala indicar que la demandante prestó sus servicios al ISS como trabajadora social en el

ISS Seccional Cauca – departamento de pensiones, desde el 26 de Septiembre de 2003 hasta el 1 de febrero de 2012, mediante la celebración de varios contratos de prestación de servicios, para desempeñar, entre otras, las siguientes funciones: *"Cargar de manera adecuada el aplicativo AFE una vez los expedientes contentivos de prestaciones económicas se reciban, por el grupo de investigación; proyectar autos de apertura de investigación cuando la decisión de la prestación así lo amerite de conformidad con las directrices impartidas por la Administradora de pensiones del ISS; cumplir con los desplazamientos programados por la Vicepresidencia a los diferentes seccionales del País cuando el negocio de pensiones lo requiera; recaudar las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes que permitan decidir en derecho una prestación económica; cumplir oportunamente con los informes del actividades ante el interventor del contrato".*

De estas funciones, sin lugar a dudas, se puede advertir que la actora no realizaba actividades de dirección, confianza y manejo, por lo que ostentó la calidad de trabajadora oficial y sus funciones no resultan ajenas al objeto social de la entidad contratante, por cuanto están relacionadas directamente con el reconocimiento y pago de prestaciones que son propias del sistema de seguridad social en pensiones, dada la calidad de administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. E igualmente, denotan la necesidad de que el servicio fuera prestado de manera personal por la demandante, en el lugar indicado por la entidad empleadora, y bajo el sometimiento de las metas y directrices impuestas por aquella, bajo su continuada subordinación y dependencia, lo cual es característico del contrato de trabajo y no del de prestación de servicios que en la práctica realmente no se cumplió. Y es por ello, ahora pretende se declare la existencia de un contrato de trabajo y se le reconozcan los derechos

laborales que le correspondan para aquel período; demanda que dirige contra el pretendido empleador con base en el principio de la primacía de la realidad frente a las formas establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Por ello, a continuación se hace necesario establecer si se encuentran sentadas las bases para dar aplicación al Principio de Primacía de la Realidad, y para ello es necesario demostrar los elementos del contrato de trabajo, tal y como lo logró la parte demandante, mediante la prueba documental aportada y mediante las declaraciones recepcionadas en el curso del proceso de los señores María del Socorro González, Gerardo Antonio Rojas Muñoz y María Stella Salazar Burbano que dan cuenta de la prestación personal del servicio, la subordinación y dependencia a la cual se encontraba sometida la demandante al desempeñar sus funciones de manera personal y continua para el Seguro Social, y con igual horario de las del personal de planta de la entidad, ya que solo por una verdadera subordinación jurídica se puede imponer un horario de trabajo y la trabajadora se desplazaba a varios municipios del Departamento en vehículos de la entidad previo visto bueno del jefe del departamento de pensiones Dr. Fernando José Velasco Ordoñez, debiendo volver a la oficina que tenía asignada en las instalaciones del ISS para dejar los expedientes y elaborar el informe de las investigaciones administrativas que le correspondía adelantar. En consecuencia, acreditada como se encuentra la prestación personal del servicio, procedente resultaba dar aplicación a la presunción de contrato de trabajo de que trata el art. 20 del decreto 2127 referido, sin que la parte pasiva lograra desvirtuar tal presunción legal.

Precisamente, cómo el elemento que más diferencia al contrato de trabajo del de prestación de servicios es la subordinación se trae a colación apartes de la sentencia C-*154 de 1.997-*:

"Como es bien sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes. En efecto, para que aquél se configure se requiere la existencia de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación del mismo. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir órdenes en la ejecución de la labor contratada.

"En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; ***a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la***

denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.[1]. **(subrayas y negrilla fuera de texto).**

La Sala observa que obra dentro del plenario copia de los contratos de prestación de servicios, suscritos y ejecutados por la demandante en favor de la demandada de manera continua e ininterrumpida, con los cuales bajo el principio de la supremacía de la realidad, junto con la prueba testimonial obtenida, fácil resulta concluir la existencia de los tres elementos esenciales constitutivos de un Contrato de Trabajo, con los cuales se le dio facultad al ente demandado de dar órdenes y vigilar su cumplimiento y por ello fue adecuada la forma como la A quo definió este punto para el reconocimiento de una relación laboral, y el reconocimiento de los derechos sociales de que era titular la demandante, no existiendo por ello razones valederas para que sea materia de modificación en esta instancia, estando definidos también los extremos temporales de la relación.

En consecuencia de lo anterior, la Sala comparte la posición de la A quo, al determinar la existencia de un contrato de trabajo luego de estudiado todo el material probatorio detallado y darle aplicación al principio de primacía de la realidad frente a las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, que como consecuencia genera la obligación de la entidad demandada del pago de las prestaciones sociales, aunque sobre la constancia obrante a folio 359 del archivo denominado Tomo II, valga aclarar que la misma hace referencia al cargo de profesional universitario grado 30, cargo éste que en criterio de la Sala no podía asimilarse por si solo al desempeñado por la demandante para realizar el reajuste salarial,

[1] M.P. HERNANDO HERRERA VERGARA

reclamado en la alzada de la parte demandante, en tanto no existe prueba alguna para ello. Es más, la prueba testimonial recaudada, se limita a contestar que las funciones desempeñadas por la demandante eran iguales a otra profesional que estuvo vinculada a la entidad antes de entrar ella, pero no especifica qué funciones eran las iguales o si la profesional universitaria referida era grado 30, razones suficientes por las cuales en este punto no le asiste razón a la parte demandante.

En lo tocante a la aplicación de la convención colectiva del trabajo de la que se queja la apelación de la entidad demandada, se debe indicar que esta misma Sala en providencia anterior en proceso radicado 19001-31-05-002-2004-00836-01 M.P.: Ana Celmira Trujillo hizo las afirmaciones siguientes que sirven para definir el punto en tanto se trata de resolver el mismo problema jurídico así:

> *"En cuanto al derecho que le asiste al demandante para que sus prestaciones se liquiden aplicando los beneficios de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y sintraseguridadsocial, es oportuno destacar que la referida convención, dispone: "Beneficiarios de la convención, serán beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del ISS, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman la 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, 38 y subsiguientes del Decreto 2351 de 1965 (Código Sustantivo del Trabajo). Para efectos de la aplicación de lo establecido en el*

presente artículo, el ISS le reconoce su representación mayoritaria"

De acuerdo con el precepto en cita, en sano raciocinio, se puede deducir que son beneficiarios de la convención colectiva de trabajo, además de los trabajadores afiliados al sindicato, los que no se encuentren afiliados y no hayan renunciado expresamente a tales beneficios. Al igual, la situación de que a la demandante le sean aplicables los beneficios de la convención colectiva 2001-2004, vigente desde el 1º de Noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004, suscrita entre el ISS y Sintraseguridad Social, al estipular la misma, que dichas prerrogativas serían también aplicables a los trabajadores no sindicalizados (artículo 3º., folio 284 del archivo denominado Tomo II), siendo entonces ésta la razón por la que acertó la A quo al liquidar las prestaciones sociales reconocidas a la actora, conforme a la citada convención, en vista de que no existe prueba alguna de que haya renunciado expresamente a ella o que se hubiere denunciado la convención y se hubiere celebrado otra.

En consonancia con lo anterior, luego de rastrear en su integridad el acervo probatorio que reposa en el plenario, se extraña prueba alguna que sirva válidamente para probar que la demandante haya renunciado expresamente de los beneficios de la convención, siendo así es forzoso concluir que en el sub lite, fue adecuada la conclusión de la A quo que la demandante se encuentra amparada con los beneficios de la convención colectiva de trabajo en cuestión, la cual reposa dentro del expediente y fue debidamente depositada ante el Ministerio de Trabajo (Fls. 279 y SS del archivo denominado Tomo II), es entonces que se considera atinada la determinación de la Juez de primera instancia, de efectuar la liquidación de las pretendidas prestaciones, con base en los precitados beneficios convencionales.

Respecto del tema de inconformidad sobre el reconocimiento y pago del valor de los aportes al sistema de seguridad social en **salud** reclamado por la demandante, no puede perderse de vista que para la época en la que se celebraron los referidos contratos de prestación de servicios profesionales la afiliación a la seguridad social en salud de la contratista era requisito para la celebración de los mismos y permitieron su ejecución y la protección real de la misma frente a la respectiva contingencia, la cual estaba a su cargo y solo ahora con la declaración de la existencia del contrato de trabajo con la sentencia, se producen consecuencias para efectos de prestaciones sociales que deben reconocerse a la trabajadora derivadas del contrato haciendo valer el mencionado principio constitucional que permite tomar como uno solo y diferente el vinculo contractual que unió a las partes, pero que no puede regular ni tener efectos frente a relaciones anteriores que estuvieron regidas por normas de contratación y de afiliación a la seguridad social propias de los contratos que se celebraron y que cumplieron sus efectos y generaron la protección que le es propia, por lo que en este aspecto no prosperará la apelación de la parte actora. A lo anterior súmese el hecho de que los aportes al sistema de seguridad social en salud tienen una finalidad diferente a los de pensiones, en tanto mientras en salud sirven para cubrir contingencias inmediatas, en pensiones, por tratarse del sistema de prima media fundado en la solidaridad, tienen como propósito financiar contingencias futuras, motivo que sumado al fin de salvaguardar el derecho fundamental a la pensión que es de carácter imprescriptible, fueron por las que se condenó a la entidad demandada a la devolución de los aportes en pensiones y con lo cual queda resuelta la inconformidad de la parte demandada en este sentido. Adicionalmente el derecho al reintegro de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones dependía de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo - realidad que solo se da con la sentencia, momento a partir

del cual surge el derecho y por tanto el conteo de cualquier término de prescripción del mismo.

Sobre el tema, se ha dicho que en los dependientes, las cotizaciones a pensión y salud pueden ser clasificadas como de naturaleza compartida entre el trabajador y el empleador, así: *"En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico las prestaciones sociales referentes a pensión y salud son cubiertas por las partes que integran la relación laboral. Por tanto, la reparación del daño (…) no podrá ser la totalidad de dichos montos, sino la cuota parte que la entidad demandada dejó de trasladar a las entidades de seguridad social a las cuales cotizaba el actor"*[2].

Frente al otro motivo de inconformidad relativo a la prima de navidad se habrá de señalar por parte de la Sala que cómo ésta no fue solicitada en la demanda, no fue discutida, ni demostrada en el proceso, careciendo además la segunda instancia de facultades extra y ultra (art. 50 CPTSS), razones suficientes por las cuales no puede ser reconocida.

Ahora, en relación con la excepción de prescripción parcialmente reconocida en primera instancia y de la que se duele la alzada de la parte demandante aduciendo como fecha de presentación de reclamación 3 de diciembre de 2012 y que por ello quedaron a salvo los derechos a 3 de diciembre de 2009, baste decir que si bien es cierto la reclamación administrativa que obra a folio 3 del archivo denominado Tomo I aparece con fecha de elaboración 3 de diciembre de 2012, también lo es que la misma tiene como fecha de recibido por parte del ISS 25 de febrero de 2013, es decir que la excepción estuvo

---

[2]. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B. Sentencia de fecha 1º de Julio de 2009, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, radicación No. 47001-23-31-000-2000-00147-01 (1106-08).

bien reconocida en el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia cuando declaró a salvo los derechos reclamados distintos a cesantías con antelación al 25 de febrero de 2010.

Finalmente, en cuanto a la imposición del pago de la **indemnización moratoria** al Patrimonio Autónomo de Remanentes del extinto Instituto de Seguros Sociales PAR ISS, considera la Sala necesario destacar que éste no ha sido tema pacifico pero, ante tanta reincidencia en su momento del instituto de seguir contratando personal mediante la modalidad de contrato de prestación de servicios, distrayéndose así al cumplimiento de sus obligaciones laborales, se encuentra probada la conducta impropia de la entidad al utilizar los contratos administrativos como disfraz de auténticas relaciones laborales, habiendo celebrado varios contratos administrativos de prestación de servicios con la demandante, para el desarrollo de funciones directamente relacionadas a su objeto social, esto es, con el reconocimiento y pago de prestaciones que son propias del sistema de seguridad social en pensiones, dada la calidad que de administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida tiene; contratos con la actora en espacio de más de ocho años, lo cual es un hecho indicativo de la utilización indebida del contrato regulado en el artículo 32 de la ley 80/93.

En consecuencia, en situaciones como la anterior, esta Sala en los últimos pronunciamientos e incluso, la misma Corte Suprema de Justicia, en sentencia de su Sala de Casación Laboral del 29 de junio de 2016, con radicado No. 45536, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, frente a la procedencia de la condena por indemnización moratoria, claramente recuerda que el juzgador debe realizar un estudio serio en torno a la conducta asumida por el empleador, que permitan descalificar o no su proceder, sin que resulte suficiente la mera

declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo realidad y el no pago o consignación de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, para que por sí solos hagan presumir la mala fe del empleador demandado; exponiendo textualmente: "Reitérese que los contratos de prestación de servicios aportados y la certificación del ISS sobre la vigencia de los mismos, en este asunto no pueden tenerse como prueba de un actuar atendible y proceder de buena fe; ya que 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 constante 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 la demandante 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 seis (6) contratos de prestación de servicios con supuestos mantos de legalidad, con el único propósito de negar la verdadera relación de trabajo subordinado como la de la citada accionante, a efecto de burlar la justicia y los condignos derechos sociales que debieron reconocerse a tiempo a favor de la trabajadora, lo que es reprochable y reafirma la mala fe de la entidad empleadora, máxime que tales contratos fueron para cubrir funciones que de manera permanente requiere la entidad para cumplir con su objeto social, lo cual ratifica su intencionalidad de utilizar una vinculación temporal para cubrir un cargo permanente. Luego, palmario es para la Corte, que no obran elementos de juicio que permitan inferir que el Instituto de Seguros Sociales, en el caso específico de la señora Vargas Montenegro, actuó según los lineamientos de la buena fe." Consideraciones éstas, que la Sala acoge como propias para resolver el presente asunto y permiten ratificar lo que desde tiempo atrás la misma Corte en sentencias con radicados 34356 de 2009 y 38862 de 2010, con ponencia de los magistrados Eduardo López Villegas y Luis Javier Osorio, respectivamente, venían decantando sobre la procedencia de la sanción moratoria que se hace exigible a la terminación del contrato de trabajo contra el extinto ISS- entidad de renombre nacional, con departamento jurídico, por encontrar su conducta reiterativa e impropia al utilizar los contratos administrativos como disfraz de auténticas relaciones laborales[3].

[3] . Sentencias de La CSJ, Sala de Casación Laboral del 25 de agosto de 2009, con radicado

Igualmente, debe aclararse que la obligación del PAR surge en virtud del mandato contenido en el Decreto 2013 de 2012, por medio del cual, el Gobierno Nacional dispuso la supresión y liquidación del mentado instituto, en el que claramente se dispuso que ésta se regularía por lo establecido en el Decreto Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006.

De conformidad con lo consagrado en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por el artículo 19 de la Ley 1105 de 2006 y lo dispuesto en el Decreto 2555 de 2010, el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación celebró contrato de Fiducia Mercantil No. 015 de 2015 con Fiduagraria S.A-, cuyo objeto principal fue la constitución de un Patrimonio Autónomo de Remanentes destinado a cumplir entre otras funciones, las siguientes: *"atender los procesos judiciales, arbitrales y administrativos, o de otro tipo en los cuales sea parte, tercero, interviniente o litisconsorte el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación"* y *"efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación en el momento que se hagan exigibles".*

Así las cosas, es claro que el PAR ISS es condenado al pago de las obligaciones reconocidas a favor de la demandante en la sentencia que ahora se revisa, no a título de empleador o como sustituto de éste, sino por la mala fe predicable del extinto ISS y en aplicación del mandato legal conforme al cual, el PAR se hará cargo de las obligaciones de tipo laboral que no fueron objeto de pago en el proceso liquidatorio y que terminan siendo reconocidas dentro de procesos judiciales, de ahí que, es perfectamente claro, que dicha entidad en momento alguno ha ostentado la calidad de empleador,

---

No.34356, M.P. Doctor EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS y del 03 de agosto de 2010, radicado 38862, M.P. DR. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ.

pero en virtud del contrato de Fiducia Mercantil, si es el llamado a responder con cargo a los bienes dejados por la entidad liquidada, siendo viable mantener la condena por indemnización moratoria hasta la fecha de la sentencia de primer grado, y a partir de ahí reconocer la respectiva indexación, sin que sea posible extenderla hasta la liquidación definitiva de la entidad empleadora, esta es, 31 de marzo de 2015, teniendo en cuenta que precisamente la consulta que aquí se surte es a favor de la parte obligada al pago, a la cual no es posible hacerle más gravosa la condena.

Igualmente, es del caso tener en cuenta que para el caso de los trabajadores oficiales la indemnización por mora consagrada en el artículo 1 del Decreto Ley 797 de 1949, establece que subsiste el contrato de trabajo cuando dentro de los 90 días siguientes a la terminación del contrato, la entidad pública no cancela a sus trabajadores los salarios, prestaciones e indemnizaciones debidas.

Luego entonces, en atención a la consulta que se surte a favor de la demandada, revisada la liquidación y los valores de los derechos laborales reconocidos a la parte actora en el fallo de primer grado, y encontrándolos ajustados, en virtud del inciso segundo del art. 283 del C.G. del P., según el cual, "*el juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado*", se debe señalar que a 31 de julio de 2021, el valor de la condena impuesta por el juzgador de primer grado en providencia de 10 de julio de 2014, debidamente indexada, asciende a la suma de **OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE ($88'147.950),** tal y como da cuenta la liquidación efectuada por el Profesional Universitario Grado 12 que le presta asistencia a esta

Sala, y que se ordenará allegar al expediente, para que haga parte de esta decisión.

En consecuencia, habiendo quedado resueltos todos los puntos materia de alzada y de consulta, son suficientes las anteriores consideraciones para proceder a modificar para actualizar las condenas impuestas en el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia y confirmarla en lo demás, sin que haya lugar a condena en costas de segunda instancia, por no haber prosperado ninguna de las apelaciones de las partes y estar además surtiendo el grado jurisdiccional de consulta.

En razón y mérito de lo expuesto la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la parte resolutiva de la sentencia de fecha 10 de julio del año 2014, proferida por el **JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYÁN** (C), en el presente proceso **ORDINARIO LABORAL** adelantado por **LINA MARIA VALENCIA MEJIA** contra el **INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL – ISS., hoy PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES P.A.R. I.S.S. LIQUIDADO** cuya vocera y administradora es **FIDUAGRARIA S.A.,** con el fin de actualizar las condenas ahí impuestas, las cuales quedarán así:

- Auxilio de cesantías: $ 21’703.584
- Intereses a las cesantías: $ 626.974

- Prima de servicios legal: $ 2’427.456
- Prima de Servicios convencional $ 4’854.913
- Vacaciones $ 4’989.498
- Prima vacacional: $ 6’929.857
- Prima técnica para prof. no médicos $ 5’578.024
- Indemnización moratoria $ 35’146.794
- Devolución aporte patronal a la SS en Pensión. $ 5’890.850

TOTAL $ 88’147.950

SEGUNDO: CONFIRMAR el resto de la sentencia referida en todas sus partes.

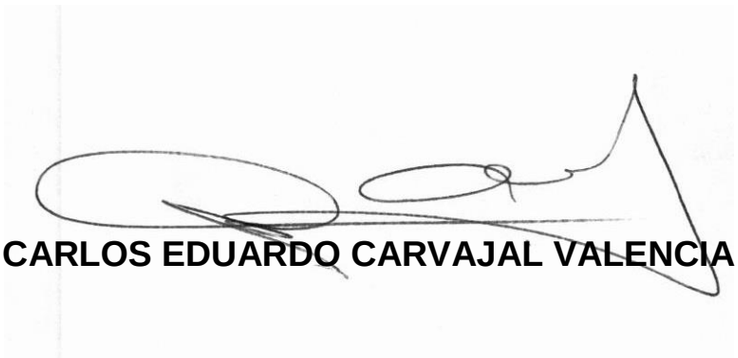
TERCERO: Sin costas en esta instancia, por no haber prosperado ninguna de las apelaciones de las partes y estar además surtiendo el grado jurisdiccional de consulta.

CUARTO: RECONOCER personería para actuar al doctor Edinson Tobar Vallejo, identificado con cedula de ciudanía No.10’292.754 de Popayán y portador de la Tarjeta Profesional No. 161.779, como apoderado del PAR ISS dentro del presente proceso.

QUINTO: ORDENAR allegar al expediente, la liquidación efectuada por el Profesional Universitario Grado 12 que presta su colaboración a la Sala Laboral de este Tribunal, por medio de la cual se actualizó a la fecha el monto de la condena impuesta a cargo de la demandada.

SEXTO: NOTIFICAR la presente sentencia mediante estado electrónico con inserción de la copia de la providencia en el mismo e igualmente por edicto, que deberá permanecer fijado por un día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

Los Magistrados,



CARLOS EDUARDO CARVAJAL VALENCIA

LEONIDAS RODRÍGUEZ CORTES

LUIS EDUARDO ANGEL ALFARO