



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

GERARDO BOTERO ZULUAGA
Magistrado ponente

SL11436-2016

Radicación n.º 45536

Acta No. 23

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de junio de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** contra la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que instauraron **MATILDE VARGAS MONTENEGRO, GLORIA LUCÍA JIMÉNEZ ALZATE** y **TITO OCTAVIO MACÍAS CORREDOR** en contra de la entidad recurrente.

Se acepta el impedimento manifestado por el Dr. Jorge Luís Quiroz Alemán, en consecuencia, se declara separado del conocimiento del presente asunto.

En cuanto a los memoriales obrantes a folios 53 y 54 del cuaderno de la Corte, y teniendo en cuenta que en este proceso el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy en liquidación, actúa como empleador y no como administrador del régimen de prima media, se niega la sucesión procesal, en los términos del artículo 35 del Decreto 2133 de 2012, y demás normas concordantes.

I. ANTECEDENTES

Los citados accionantes llamaron a juicio al Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo realidad, en calidad de trabajadores oficiales así: (i) Matilde Vargas Montenegro desde el 28 de marzo de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2002, en el cargo de enfermera; (ii) Gloria Lucía Jiménez Alzate a partir del 19 de abril de 1996 hasta el 30 de abril de 2004, como auxiliar de servicios asistenciales de enfermería; y (iii) Tito Octavio Macías Corredor desde el 26 de marzo de 2001 hasta el 15 de febrero de 2004, en el cargo de auxiliar de servicios asistenciales. Como consecuencia de lo anterior, que se condene al ISS a reconocerles y pagarles la cesantía; vacaciones, primas de vacaciones, servicios y navidad; aportes «patronales» para pensión, auxilios legales, subsidio familiar; la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales a la culminación de la relación laboral; lo que resulte probado *extra y ultra petita*; y las costas del proceso.

Fundamentaron sus peticiones, básicamente, en que prestaron servicios personales para el Instituto demandado durante las fechas y cargos señalados; que laboraron bajo continuada subordinación y dependencia, cumpliendo un horario y órdenes de sus superiores; que recibieron una remuneración mensual por sus labores, la cual era cancelada bajo la modalidad de honorarios; que no obstante desempeñaron las mismas funciones del personal de planta, nunca les fue reconocido valor alguno por prestaciones sociales y demás emolumentos que se reclaman mediante esta acción judicial; y que agotaron la reclamación administrativa, cuyas peticiones fueron contestadas en forma adversa.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada, INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se opuso a las pretensiones. Frente a los hechos, admitió que los actores agotaron reclamación administrativa y que se dio contestación, de los demás dijo que no eran ciertos. Formuló las excepciones de prescripción, pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, buena fe, cobro de lo no debido, relación contractual «no era de naturaleza laboral», compensación, existencia de autonomía de profesión u oficio y la «innominada».

En su defensa, sostuvo que entre las partes no existió contrato de trabajo, ya que celebraron contratos de prestación de servicios en los términos de la Ley 80 de 1993, para lo cual presentaban ofertas de servicios, además

que las actividades que cumplieron se desarrollaron en forma independiente y con su propia autonomía, con ausencia de subordinación, horario y órdenes.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en descongestión, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2007, absolvió al Instituto de Seguros Sociales de todas las pretensiones incoadas en su contra, se abstuvo de estudiar los medios exceptivos dado el resultado de la *litis*, y condenó en costas a la parte actora.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con la sentencia calendada 27 de noviembre de 2009, decidió revocar el fallo de primer grado y, en su lugar, dispuso condenar al I.S.S. a pagar:

*a) A favor de la señora **MATILDE VARGAS MONTENEGRO***

- Cesantías \$2.515.419.99
- Vacaciones \$1.250.803.50
- Prima de Navidad \$2.503.303.32
- Moratoria \$51.374.66 diarios a partir del 30 de febrero de 2003 y hasta cuando se haga efectivo el pago total de las acreencias.

*b) A favor del señor **TITO OCTAVIO MACIAS CORREDOR***

- Cesantías \$1.458.030,00
- Vacaciones \$1.100.272.63
- Prima de Navidad \$1.458.029,99

■ *Moratoria \$32.400.66 diarios a partir del 30 de septiembre de 2003 y hasta cuando se haga efectivo el pago total de las acreencias.*

SEGUNDO: CONDENAR al instituto demandado a reembolsar a los demandantes MATILDE VARGAS MONTENEGRO y TITO OCTAVIO MACIAS CORREDOR los aportes que por concepto de pensión tuvieron que sufragar durante la relación laboral y en la proporción que a cargo del empleador exige la ley, debidamente indexados.

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción.

CUARTO: CONDENAR en costas de ambas instancias a la parte demandada, las cuales deben ser pagadas a favor de los accionantes MATILDE VARGAS MONTENEGRO y TITO OCTAVIO MACIAS CORREDOR. Y condenar en costas de esta segunda instancia a la demandante GLORIA LUCIA JIMENEZ ALZATE, las cuales deben ser canceladas a favor del Instituto de Seguros Sociales.

QUINTO: Confirmar la decisión del a quo en los demás aspectos.

En lo que rigurosamente interesa al recurso extraordinario, el Tribunal centra su atención en las siguientes materias:

1º) Naturaleza jurídica de la entidad demandada y la vinculación laboral de los actores

Sostuvo que el Instituto de Seguros Sociales, es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden Nacional, conforme lo dispone el Decreto 2148 de 1992 y el artículo 275 de la Ley 100 de 1993, «dotado de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social».

Enseguida hizo referencia a las sentencias «S- 154/97; M.P. DR. HERNANDO HERRERA VERGARA» y C -665 del 12 de noviembre de 1998 y sostuvo:

a) Que no basta con la sola exhibición de los contratos de prestación de servicios para que se desvirtúe la presunción de la existencia de un contrato de trabajo, razón por la cual debía analizar otras pruebas, tales como las certificaciones de retención en la fuente por servicios, constancia de prestación de servicios, comprobantes de pago, e interrogatorio al representante legal.

b) Que las declaraciones dadas por los demandantes corroboran las afirmaciones efectuadas en los hechos de la demanda, *«pues como se puede observar, afirmaron que se encontraban sujetos a un horario de trabajo y que tenía que cumplir órdenes impartidas por un jefe. Así mismo, manifestaron que el cargo fue desempeñado en las instalaciones de la demandada en forma personal y continua, y además que todas las funciones las realizó con elementos suministrados por el instituto».*

c) Que de lo pactado en la cláusula segunda de los contratos de prestación de servicios, se colige *«que efectivamente los demandantes estaban sujetos al cumplimiento de normas y reglamentos para el desempeño de su labor, razón por la cual no se puede predicar la autonomía que caracterizan a los contratos de prestación de servicios y sí la subordinación de un trabajador, más aún, cuando el instituto encartado era quien suministraba los elementos para el desarrollo de su labor».*

d) Que existe «una prestación personal del servicio, una remuneración y se comprobó la subordinación, todo ello constituye un contrato de trabajo».

e) Que «la parte demandada quien tenía la carga de la prueba no desvirtuó la presunción acerca de que "toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza" del cual hizo referencia la Jurisprudencia antes transcrita».

f) Que en aplicación del artículo 53 de la Constitución Política, que «consagra la primada de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, se declarará que existió contrato de trabajo entre los señores MATILDE VARGAS MONTENEGRO, GLORIA LUCÍA JIMÉNEZ ALZATE y TITO OCTAVIO MACÍAS CORREDOR con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES».

g) Que en el caso de la señora GLORIA LUCÍA JIMÉNEZ DE ALZATE, «no fueron demostrados los extremos planteados en la demanda, pues si bien es cierto, las fechas de iniciación de la mayoría de los contratos no se encuentran registradas en el contenido de los documentos aportados, las mismas fueron calculadas por esta Sala teniendo en cuenta la fecha de terminación de cada uno de los contratos, el valor total de cada uno de ellos y el valor de la mensualidad pactada. A pesar de lo anterior, fue imposible calcular las fechas de los restantes».

2º) Extremos temporales de la relación laboral

El Tribunal adujo que con la documental aportada al proceso se puede establecer que «la demandante **MATILDE VARGAS MONTENEGRO** laboró al servicio del ISS, mediante contrato

*de trabajo durante el periodo comprendido entre el 28 de marzo de 2001 y el 30 de noviembre de 2002, y el demandante **TITO OCTAVIO MACÍAS CORREDOR**, laboró al servicio del ISS, mediante contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 26 de marzo de 2001 y el 30 de julio de 2003, siendo vinculado posteriormente a la E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, entidad de naturaleza jurídica completamente diferente a la aquí demandada, por lo que se procederá a liquidar únicamente el periodo laborado para el instituto accionado».*

3º) Sobre la prescripción

Luego de copiar el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juzgador de segundo grado asevera que *«la terminación del vínculo correspondiente a la señora MATILDE VARGAS MONTENEGRO se efectuó el 30 de noviembre de 2002, a partir de esta fecha la parte tenía tres años para agotar reclamación administrativa ante el instituto demandado, lo que hizo el 2 de febrero de 2004 (folios 13 y 14), interrumpiéndose en debida forma la prescripción por lo que inicia un nuevo lapso igual para poder accionar ante esta justicia. Como quiera que presentó la demanda el 1o de agosto de 2006 (fl. 133), esto es, dentro del término de los tres años, es por lo que se concluye que la acción no se encuentra cubierta con el manto de la prescripción».*

Respecto al demandante TITO OCTAVIO MACÍAS CORREDOR, indica que *«la terminación del vínculo se efectuó el 30 de junio de 2003, a partir de esta fecha la parte tenía tres años para agotar reclamación administrativa ante el instituto demandado, documento que no fue aportado al plenario, sin embargo, aparece la respuesta efectuada por el instituto accionado a la petición de reclamación de prestaciones sociales de la cual se infiere que en efecto el demandante agotó la vía gubernativa, pero como no se puede establecer con exactitud la fecha de su presentación, es por lo que se*

tendrá como tal el día 25 de agosto de 2005, fecha de elaboración de la respuesta, como consta a folio 123; a partir de esta fecha se interrumpió en debida forma la prescripción por lo que inicia un nuevo lapso igual para poder accionar ante esta justicia. Como quiera que presentó la demanda el 1 de agosto de 2006 (fl. 133), esto es, dentro del término de los tres años, es por lo que se concluye que la acción no se encuentra cubierta con el manto de la prescripción».

Sin embargo, sostuvo el fallador, que como quiera que algunas de las pretensiones son de carácter periódico, definidas como aquellas que el patrono está obligado a pagar mientras esté vigente el contrato de trabajo en forma continua o repetida, *«resultan en este caso prescritas aquellas no reclamadas dentro de los tres años de la prescripción ordinaria, es decir, aquellas cuya causación se efectuó tres años antes a la presentación del escrito de agotamiento de vía gubernativa, esto es, los causados antes del 25 de agosto de 2002, con excepción de las vacaciones que prescriben en el término de cuatro años, de conformidad con lo estipulado en el artículo 23 del Decreto 1045 de 1978, como más adelante se analizará».*

4º) Respecto a la sanción moratoria

El Tribunal comienza por efectuar una serie de consideración de orden doctrinal alrededor del tema de la indemnización moratoria, para el caso la prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en el sentido que según su tenor *«literal, objetivamente, se causa por el hecho concreto del no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, es decir, que basta demostrar el hecho del no pago de cualquiera de estos conceptos y ello, por sí solo genera la mencionada indemnización, por tanto, de acuerdo con la norma resulta **automática** e inflexible»*, que por tanto

se puede interpretar que dicha norma «establece una presunción de mala fe, por el solo hecho del incumplimiento del pago y que para liberarse de la condena se tendría que desvirtuar dicha presunción» (subraya y resalta la Sala). Añadió, que sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha matizado ese rigorismo, al sostener que cuando se demuestra la buena fe en la actuación del deudor, puede dejarse de aplicar el citado precepto legal.

Igualmente, expuso que el concepto de buena fe en la contratación laboral, *«supone una posición o convicción de honestidad, honradez y de lealtad en dicho acto de contratación y en las subsiguientes etapas»*, ya que ese concepto debe entenderse como un estado mental de que se actúa sin malicia, sin ánimo de menoscabar el derecho ajeno, que en principio debe probarse, pues es un deber u obligación actuar de esa manera tal como lo consagra el art. 83 de la CN, lo que significa que el empleador que quiera beneficiarse de tal postulado tiene que acreditarlo. En cambio, frente a la mala fe que se presume, el trabajador no debe probar su existencia, pues ello sería exigir un requisito que la ley no prevé.

Indica, que como no es dable exonerar al empleador de la prueba de la buena fe, el Juez de trabajo debe analizar la conducta de éste para poder determinar si efectivamente su actuar se enmarca en ese campo. En lo referente a la contratación, la simple alegación de la naturaleza del vínculo laboral y su discusión, no lleva a estimar que ese proceder sea exento de mala fe, y por esto debe el

demandado probar los acontecimientos con circunstancias de modo tiempo y lugar. Trajo a colación lo dicho por la Corte en sentencia CSJ, 16 mar. 2005, rad. 23987

Frente al *sub lite*, dijo que no se podía presumir que la parte demandada actuó de «buena fe» al emplear otra manera de contratación, pues se observa que la utilizó para disfrazar la verdadera forma de vinculación que se iba a ejecutar; que en el proceso no se probó que la conducta del ISS fuera acorde a ese postulado y que no estuviera ocultando la relación laboral; que no aparecen demostradas las circunstancias de exoneración de la moratoria, resultando evidente la mala fe del demandado para evadir el pago de prestaciones sociales de quien tuvo un contrato de trabajo y no uno de prestación de servicios, desdibujando la realidad que cobijó el nexo contractual. Lo precedente porque el ISS teniendo la obligación de pagar las prestaciones sociales y demás acreencias laborales, dentro de los 90 días siguientes a la fecha de terminación de la relación de trabajo, *«no pago las prestaciones sociales al momento del retiro, pero aún más grave no consignó dentro de la oportunidad legal la respectiva liquidación, este hecho genera una presunción de mala fe del que habla reiteradamente la jurisprudencia y como tampoco presentó una justificación razonable que desvirtuara esta presunción y que justificara su mora en el pago»*, y por todo lo explicado se impartirá condena por esta súplica, *«máxime cuando dentro de las normas que consagran derechos laborales a favor de los trabajadores oficiales se encuentra establecida la indemnización moratoria sin otro miramiento que el no pago de las respectivas acreencias, que en el caso de autos brillan por su ausencia»*.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver el recurso de casación presentado.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Persigue que se CASE parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto revocó la decisión del fallo de primera instancia de absolver a la demandada de las pretensiones formuladas por los demandantes **MATILDE VARGAS MONTENEGRO** y **TITO OCTAVIO MACÍAS CORREDOR**, para, en su lugar, condenarla a pagar los conceptos allí relacionados. En sede de instancia, la Corte debe confirmar el fallo de primera instancia en cuanto absolvió de todas las súplicas incoadas en la demanda inicial.

Como alcance subsidiario, la Sala debe CASAR la sentencia recurrida, en cuanto revocó la decisión de primera instancia de absolver por concepto de indemnización moratoria, para en su lugar condenarla. En sede de instancia, la Corte debe confirmar el fallo absolutorio de primera instancia en este específico punto y en relación con los dos demandantes antes mencionados.

Formula tres cargos, que fueron replicados, de los cuales se estudiaran conjuntamente los dos últimos, aun cuando están dirigidos por distinta vía, por denunciar

similar conjunto normativo, valerse de una argumentación común que se complementa y perseguir igual cometido.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial, por aplicación indebida de *“los artículos 2o. 3° y 20 del Decreto 2127 de 1945, en concordancia con los artículos 17 de la Ley 6a de 1945, 4o, 8o, 20, y 32 del Decreto Ley 1045 de 1978, 47 del Decreto 1848 de 1969, 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, y lo del Decreto 797 de 1949, en concordancia con el artículo 11 de la Ley 6a de 1945”*.

Como errores de hecho, el censor plantea el haber dado por demostrado, sin estarlo, que los servicios prestados al Instituto de Seguros Sociales por los demandantes Matilde Vargas Montenegro y Tito Octavio Macías Corredor, fueron subordinados, cuando los mismos se prestaron en virtud de contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993.

Dice que los errores de hecho son consecuencia de la errónea apreciación de los contratos de prestación de servicios, visibles a folios 16 al 33 y 40 a 98.

El recurrente luego de transcribir apartes de la sentencia impugnada, asevera que el Tribunal dio por acreditado el elemento subordinación exclusivamente con los documentos que contienen los contratos de prestación de servicios, concretamente de su cláusula segunda, y por

ello es la única prueba que se indica como causante de los yerros fácticos.

Expone que dichos contratos de prestación de servicios fueron erróneamente apreciados por el juzgador, porque de los mismos fue que dedujo el elemento de la subordinación, lo que implica su valoración equivocada, *“ya que único que permitía inferir todo el contenido de tales documentos, era que los servicios personales, que en virtud de los mismo se comprometieron a prestar los demandantes, estaban regidos por la Ley 80 de 1993, y por ende, había que tenerlo como contrato estatales de prestación de servicios, y no de trabajo que regulan las normas legales para los trabajadores oficiales”*.

Por último, afirma que si la Corte entiende que lo que el Tribunal vio en las declaraciones de los demandantes, fue confesión relativa a los hechos como prestaron sus servicios, y por ello se dio la subordinación propia del contrato de trabajo, *“también alego que ese juzgador incurrió en una errónea valoración de esa probanza, porque sus afirmaciones al respecto, no configuran esa clase de prueba”*.

VII. LA RÉPLICA

Al confutar el cargo los opositores aducen, en suma, que el Tribunal no se equivocó, dado que del cúmulo de pruebas documentales y declaraciones de los demandantes permiten arribar a la conclusión que se *«está frente a una relación laboral»*.

VIII. CONSIDERACIONES

La inconformidad de la entidad recurrente con la sentencia impugnada, estriba, en estricto rigor, en que los contratos de prestación de servicios fueron erróneamente apreciados por el Tribunal, porque *«fue de los mismos que éste dedujo el elemento subordinación, lo que implica su valoración equivocada, ya que único que permitía inferir todo el contenido de tales documentos, era que los servicios personales, que en virtud de los mismo se comprometieron a prestar los demandantes, estaban regidos por la Ley 80 de 1993, y por ende, había que tenerlo como contrato estatales de prestación de servicios, y no de trabajo que regulan las normas legales para los trabajadores oficiales»*.

El Colegiado infirió, que frente a los demandantes Matilde Vargas Montenegro y Tito Octavio Macias Corredor, respecto de los cuales se contrae el recurso extraordinario de casación, existió un verdadero contrato de trabajo con el demandado Instituto de Seguros Sociales, y que *«la parte demandada quien tenía la carga de la prueba, no desvirtuó la presunción acerca de que "toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza" del cual hizo referencia la Jurisprudencia antes trascrita»*,

Pues bien, en primer lugar, debe decirse, que al haberse establecido en la sentencia impugnada, que los citados actores habían prestado servicios personales al ISS, que de paso fueron subordinados, lo cual hacía que se pudiera tener por demostrada la existencia de un contrato de trabajo realidad con cada uno de ellos; a la sociedad recurrente le corresponde desvirtuar esas conclusiones

fácticas, acreditando en sede de casación, que el sentenciador se equivocó en la valoración o en la no apreciación de determinadas pruebas, de modo que de los medios de convicción que se denuncien se desprenda, sin sombra de duda, que el vínculo entre las partes fue independiente y autónomo.

La Corte no encuentra que los documentos acusados por el recurrente, esto es, los contratos de prestación de servicios que suscribieron los promotores del proceso, gocen de la suficiente fuerza probatoria para derruir la conclusión a la que arribó el juzgador de segundo grado en cuanto a que la naturaleza jurídica del vínculo que ató a las partes fue de índole laboral, máxime que de su solo contenido no se dedujo que los servicios prestados por ellos fueran dependientes o subordinados, ya que no puede perderse de vista, que el Tribunal sostuvo que conforme lo indicó *“la Corte Constitucional en la Sentencia C - 665 antes referida, no basta con la sola exhibición del contrato para que se desvirtúe la presunción de existencia de relación laboral, razón por la cual es vital analizar las demás probanzas”*, es decir, que dicho fallador para llegar a tal determinación, no tuvo en cuenta únicamente los contratos de prestación de servicios, sino otras probanzas tales como las certificaciones de retención en la fuente por servicios, constancia de prestación de servicios, comprobantes de pago e interrogatorio del representante legal, las cuales no fueron controvertidas en el cargo, lo que conduce a que con tales pruebas inatacadas se mantenga en pie la decisión recurrida.

Aquí, bien vale la pena recordar lo que de antaño ha adoctrinado esta Sala, en torno a que en los asuntos en donde se discute la existencia de un contrato de trabajo, el deber del juez no se contrae a observar solamente la forma; es menester auscultar todo el acervo probatorio, para llegar a la verdad real y encontrar, de ser el caso, el contrato realidad, en oposición a un contrato formal, tal como lo instituye el artículo 53 de la Constitución Política, que establece en forma concreta que impera *"la primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales"*. Y esa fue precisamente la labor desarrollada en este asunto por el *ad quem*.

Además, si el elemento *«prestación personal del servicio»* está plenamente probado en el presente litigio y el Instituto demandado no logró desvirtuar la presunción estatuida para el caso en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, acreditando que los actores desarrollaron la actividad contractual con plena autonomía e independencia, en definitiva se concluye que el Tribunal no incurrió en los yerros fácticos enrostrados.

IX. CARGO SEGUNDO

Ataca la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial, por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, *«del artículo 1º del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 24 del Código Sustantivo del Trabajo;*

768 del Código Civil; 32, numeral 3o de la Ley 80 de 1993, y 11 de la Ley 6a de 1945».

Asevera que es indudable que el alcance que el Tribunal le confiere al artículo 1° del Decreto 797 de 1949, que consagra la indemnización moratoria, es equivocado, porque no basta *«que en un escrito simplemente se declare que el contrato es civil y no de naturaleza laboral, para que se configure la buena fe, sería válido para el sector privado, pero tal aserción no puede predicarse, como lo hizo el Tribunal, como una verdad absoluta y pauta para el sector oficial, porque, contrario a lo ocurre en aquel, para éste, expresamente el numeral 3o del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, autoriza la celebración del contrato estatal de prestación de servicios que debe constar por escrito, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional ...»*. Que en tales condiciones, la sola circunstancia que se pueda generar un contrato de trabajo o la calidad de trabajador oficial, no trae como consecuencia inexorable, la imposición de la sanción moratoria.

Aduce que la misma Corte ha señalado, *«que esa clase de contrato puede generar en el contratista el carácter de trabajador oficial, ello no trae como consecuencia inexorable, la imposición de la sanción moratoria regulada por el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, en concordancia con el artículo 11 de la Ley 6a de 1945»*. En apoyo de su argumentación, copió apartes de las sentencias CSJ SL, 31 may. 2005, rad. 23917 y 25 mar. 2009, rad. 34219.

X. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia de segundo grado de violar la ley sustancial, por aplicación indebida *«del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, en concordancia con los artículos 11 de la Ley 6ª de 1945 y 32, numeral 3o de la Ley 80 de 1993»*.

Afirma que la anterior violación de ley tuvo ocurrencia, por la comisión por parte del Tribunal de dos errores de hecho, consistentes en haber dado por demostrado, sin estarlo, que la demandada actuó de mala fe al no pagar al demandante las prestaciones sociales que se ordenaron reconocer, cuando lo cierto es que el ISS procedió de buena fe.

Dice que tales yerros fácticos se produjeron por la errónea apreciación de los contratos de prestación de servicios, visibles a fls. 16 a 33 y 40 a 98, pero que en la sentencia recurrida se identificaron como de fls. 4 y 99.

Para la sustentación del cargo, manifiesta que la única prueba que refirió el *ad quem* para concluir que la demandada no actuó de buena fe, fueron los contratos de prestación de servicios, que se suscribieron en los términos del numeral 3° del art. 32 de la Ley 80 de 1993, y si bien la jurisprudencia ha dicho que esta clase de contrato puede generar que el contratista tenga el carácter de trabajador oficial, ello no trae consigo inexorablemente la imposición de la indemnización moratoria regulada por el art. 1° del Decreto 797 de 1949.

Expresa que lo que muestra el contenido de dichos contratos, es que el ISS tenía la creencia que el nexo contractual con el accionante estaba regido por contratos estatales de prestación de servicios, que según su texto lo identifican, e indican las fechas de inicio y terminación, al igual que el objeto y los honorarios pactados, es decir que esa documental alude a las condiciones de contratación con sujeción a la mencionada Ley 80 de 1993, que para el sector oficial permite esa forma de contratación, situación que colige que la demandada *«tuvo la conciencia que su conducta se ceñía a la ley y, por ende, que la relación con el actor estaba regida por un contrato administrativo de prestación de servicios, que le impedía el reconocimiento de derechos laborales, por mandato de la propia ley»*, lo cual lleva a que se hubiera apreciado erróneamente tal prueba.

XI. LA RÉPLICA

Los opositores sostienen que el Tribunal no se equivocó, porque hay suficientes elementos de juicio, para determinar que el ente demandado obró de mala fe, que como lo sostiene la sentencia impugnada se presume, además que son múltiples las condenas que la jurisdicción del trabajo ha proferido contra el ISS en casos de contrato realidad y que sin embargo persiste en mantener esa forma de vinculación engañoso, lo que no permite pregonar su buena fe.

XII. CONSIDERACIONES

Vista la motivación de la sentencia impugnada, el Tribunal para condenar al pago de la indemnización moratoria respecto de los demandantes MATILDE VARGAS MONTENEGRO y TITO OCTAVIO MACÍAS CORREDOR, en esencia sostuvo lo siguiente: (i) que conforme al art. 1° del Decreto 797 de 1949, la sanción moratoria se causa por el hecho concreto del no pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, por lo que basta con demostrar la no cancelación de cualquiera de estos conceptos para que de manera *«automática e inflexible»* se genere; (ii) que dicha norma establece una presunción de mala fe *«por el solo hecho del incumplimiento del pago»*; (iii) que el deudor para liberarse de esa sanción, debe desvirtuar dicha presunción de mala fe, y acreditar la buena fe de su actuar como lo consagra el art. 83 de la CN, evento en el que el Juez de trabajo debe examinar la conducta del empleador; (iv) que la simple alegación de la naturaleza del vínculo contractual y su discusión, no lleva a estimar que ese proceder fue exento de mala fe; y (v) que en el *sub lite* la parte demandada no probó que la conducta del ISS se enmarcara en el postulado de la buena fe, resultando evidente la mala fe que se presume, al evadir el pago de prestaciones sociales y desdibujar con los contratos de prestación de servicios la realidad, y como *«no pago»* y *«no consignó»* dentro de la oportunidad legal la respectiva liquidación de acreencias laborales, se causa la indemnización moratoria que se condena, *«máxime cuando dentro de las normas que consagran derechos laborales a favor de los trabajadores oficiales se encuentra establecida la indemnización*

moratoria sin otro miramiento que el no pago de las respectivas acreencias, que en el caso de autos brillan por su ausencia».

Para el recurrente «*esa clase de contrato [de prestación de servicios] puede generar en el contratista el carácter de trabajador oficial, [pero] ello no trae como consecuencia inexorable, la imposición de la sanción moratoria regulada por el artículo 1o del Decreto 797 de 1949, en concordancia con el artículo 11 de la Ley 6a de 1945*», desde el punto de vista jurídico ni fáctico.

Planteadas así las cosas, la Corte entrará a determinar si el juzgador de alzada se equivocó, al concluir que la mera declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo realidad y el no pago o consignación de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, por si solo hace presumir la mala fe del empleador demandado, y resulta suficiente para condenar a la indemnización moratoria a la terminación del vínculo contractual, además que en decir del Tribunal el ISS no acreditó en el plenario la buena fe para desvirtuar la citada presunción y exonerarse de esa sanción.

Pues bien, en torno a este punto, esta Sala en sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 39186, reiteró que la absolución de la indemnización moratoria cuando se discute la existencia de un contrato de trabajo, no depende del desconocimiento del mismo por la parte convocada a juicio al dar contestación al escrito inaugural del proceso, negación que incluso puede ser corroborada con la prueba de los respectivos contratos. Ni la condena de esta sanción

pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia. Lo anterior porque en ambos casos, se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria sobre las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del vínculo, a fin de poder definir si la postura de éste resulta o no fundada, y su proceder de buena o mala fe.

De suerte que la buena o mala fe fluye, en estricto rigor, de otros tantos aspectos que giran alrededor de la conducta del empleador que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de declarar la existencia de un contrato de trabajo, el fallador debe contemplar las pruebas pertinentes para auscultar dentro de ellas, la presencia de los argumentos valederos que sirvan para abstenerse o no de imponer la sanción.

Es que si el juzgador condena al pago de la indemnización moratoria únicamente sobre la base de la señalada declaratoria de existencia de un contrato laboral o simplemente por el no pago de salarios o prestaciones sociales, o para el sector oficial también por la no cancelación de una indemnización, sin más miramientos y análisis, como sucedió en el asunto bajo examen que el Tribunal parte del supuesto normativo que esa sanción se aplica de manera *«automática e inflexible»* haciendo presumir la mala fe, crea una regla general equivocada, por la potísima razón de que aplica la norma de manera automática o maquinal, cuando su deber, conforme a la ley, estriba, se

reitera, en realizar un estudio serio en torno a la conducta asumida por el deudor, esto es, en relación a los actos y comportamientos del empleador moroso que permitan descalificar o no su proceder.

En cuanto a la manera como los juzgadores deben apreciar la conducta del empleador, de cara a la imposición de la sanción por mora y a la inexistencia de parámetros o reglas absolutos, esta Corporación en sentencia de la CSJ SL ,13 abr. 2005, rad. 24397, explicó:

... *deben los jueces valorar ante todo la conducta asumida por el empleador que no satisface a la extinción del vínculo laboral las obligaciones a su cargo, valoración que debe hacerse desde luego con los medios probatorios específicos del proceso que se examina...*”, como lo dejó sentado en la sentencia del 15 de julio de 1994, radicación 6658.

“Así, pues, en materia de la indemnización moratoria no hay reglas absolutas que fatal u objetivamente determinen cuando un empleador es de buena o de mala fe. Sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro. En ese sentido se pronunció igualmente la Corporación en providencia del 30 de mayo de 1994, con radicación 6666, en la cual dejó consignado que: ‘Los jueces laborales deben entonces valorar en cada caso, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios y atendibles que lo exoneren de la sanción moratoria...’.

De ahí que el juez de alzada, al concluir que por la circunstancia de la declaratoria de la existencia de una relación laboral y el no pago de acreencias laborales, era suficiente para condenar al I.S.S. a la sanción moratoria prevista en el artículo 1° del D. 797 de 1949, desvió la verdadera inteligencia que le corresponde a este precepto

legal aplicable al asunto sometido a escrutinio de la Corte, si se tiene en consideración la correcta interpretación de tal norma conforme a su genuino y cabal sentido, que se desprende de lo asentado y de las enseñanzas jurisprudenciales que se acaban de transcribir.

Pero también la Colegiatura se equivocó al concluir que *«máxime cuando dentro de las normas que consagran derechos laborales a favor de los trabajadores oficiales se encuentra establecida la indemnización moratoria sin otro miramiento que el no pago de las respectivas acreencias, que en el caso de autos brillan por su ausencia»*, porque pese a efectuar otras consideraciones, terminó aplicando de manera automática la norma bajo estudio, que conduce inevitablemente a tener también por mal apreciada la prueba documental denunciada, ello únicamente frente a la súplica de la indemnización moratoria.

Por último, debe decirse, que el Tribunal igualmente erró al inferir que la *«mala fe se presume»* de cara a la imposición de la indemnización moratoria, pues esta posición doctrinal se revaluó, tal como se dejó sentado en la sentencia de la CSJ SL, 21 sep. 2010, rad. 32416, en la que se puntualizó:

Por lo demás, cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo

asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.

Así en la sentencia del 7 de julio de 2009, radicación 36821, la Corte precisó lo que a continuación se transcribe:

“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.

“Es decir, la sola deuda de tales conceptos no abre paso a la imposición judicial de la carga moratoria. Es deber ineludible del juez estudiar el material probatorio de autos, en el horizonte de establecer si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos.

“El recto entendimiento de las normas legales consagratorias de la indemnización moratoria enseña que su aplicación no es mecánica ni axiomática, sino que debe estar precedida de una indagación de la conducta del deudor.

“Sólo como fruto de esa labor de exploración de tal comportamiento, le es dable al juez fulminar o no condena contra el empleador. Si tal análisis demuestra que éste tuvo razones serias y atendibles, que le generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento, el

administrador de justicia lo exonerará de la carga moratoria, desde luego que la buena fe no puede merecer una sanción, en tanto que, como paradigma de la vida en sociedad, informa y guía el obrar de los hombres.

“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.

“A juicio de esta Corte, no es verdad que el artículo 230 de la Constitución Política de 1991 comporte que la indemnización moratoria del artículo 65 se convierta en automática y que la constante y pacífica jurisprudencia sobre la valoración que debe hacer el juez de la conducta del empleador, en la perspectiva de establecer si estuvo o no asistida de buena fe, para en el primer caso eximir al empleador de la sanción moratoria, ya no resulte válida.

“Que los jueces en sus providencias estén sometidos al imperio de la ley no impide que la interpreten para desentrañar su sentido, ni, en tratándose de normas laborales, que le asignen el entendimiento que mejor se acomode a la búsqueda de la equidad y de la justicia en las relaciones laborales.

“Sin duda, al fijar el sentido y los alcances del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo –al igual que los del 1 del Decreto 797 de 1949- la Corte no ha hecho nada distinto que atemperarse al imperio de la ley y de cumplir su misión de uniformar la interpretación en torno a esos dos textos legales.

“Su orientación reiterada y constante sobre la hermenéutica de tales disposiciones normativas no desconoce las normas constitucionales que regulan el trabajo humano. No encuentra la Corte en las que cita el censor que sea obligatorio condenar a un empleador a pagar la sanción moratoria por el hecho de estar demostrado su incumplimiento.

“Por ello importa destacar que su reiterado criterio jurisprudencial se acompasa con el paradigma de la buena fe consagrado en el artículo 83 de la Carta Política, como tuvo oportunidad de precisarlo en sentencia del 15 de julio de 1992 (Rad. 5.070), en la que, al hacer referencia a ese precepto constitucional, expuso “que de ninguna manera pueden considerarse

insubsistentes preceptos legales como el artículo 65 CST, según los cuales, como excepción al principio general, el deudor moroso debe demostrar su buena fe”.

Así las cosas, los cargos segundo y tercero resultan fundados y habrá de **casarse** la sentencia recurrida, en lo que atañe a la súplica de la indemnización moratoria, pero únicamente en relación al demandante **TITO OCTAVIO MACIAS CORREDOR**, que laboró hasta el 30 de julio de 2003, habiendo pasado a prestar servicios a la E.S.E. LUIS CARLOS GALAN SARMIENTO, tal como lo determinó el Tribunal y no es materia de discusión en la esfera casacional, máxime que la escisión del ISS establecida en el Decreto 1750 de 2003, tiene un efecto contundente que más adelante se mencionará.

En lo que respecta a la actora MATILDE VARGAS MONTENEGRO, que se desvinculó el 30 de noviembre de 2002, pese a ser fundado el ataque, no es posible quebrar la sentencia en este punto, porque la Corte en sede de instancia llegaría al mismo resultado de condenar al I.S.S. a pagar la sanción moratoria, pero por las razones que a continuación se explican.

- Referente a la demandante MATILDE VARGAS MONTENEGRO

Al estudiar la Corte el acervo probatorio, no encuentra razón alguna atendible por parte del Instituto de Seguros

Sociales para abstenerse de reconocerle y pagarle a la actora los salarios y prestaciones sociales al fenecimiento de la relación laboral.

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.

Por lo dicho, la decisión del Tribunal en lo que respecta a la demandante MATILDE VARGAS MONTENEGRO, sobre la condena de la indemnización moratoria, se mantiene incólume.

A continuación se dictará la sentencia de instancia, pero únicamente en relación con el actor TITO OCTAVIO MACÍAS CORREDOR, por cuanto no es posible frente a éste conservar la condena por sanción moratoria.

XIII.- SENTENCIA DE INSTANCIA PARA EL DEMANDANTE TITO OCTAVIO MACÍAS CORREDOR

En el caso del actor Macias Corredor, observa la Corte que siendo la fecha de retiro establecida por el Tribunal el 30 de julio de 2003, aspecto no controvertido, es claro que por virtud de la escisión del Instituto de Seguros Sociales que se ordenó mediante el Decreto 1750 del 26 de junio de 2003 publicado en el diario oficial 45.230 de la misma fecha, el demandante pasó de ser trabajador oficial a «*empleado público*» de la E.S.E. LUIS CARLOS GALAN

SARMIENTO, teniendo esta última calidad para el momento de su desvinculación y, por ende, no habría lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria como trabajador oficial consagrada en el parágrafo 2° del art. 1° del D.L. 797 de 1949, pues para el 26 de junio de 2003, cuando entró a regir el Decreto de la escisión, no se presentó la ruptura del vínculo de trabajo, pues el mismo continuó ejecutándose sin solución de continuidad, ya en la nueva condición de servidor público por expreso mandato legal, aun cuando varió la forma de vinculación a la administración.

Adicionalmente, es conveniente aclarar que más allá del 26 de junio de 2003, el mencionado demandante no conservó su condición de trabajador oficial, para entender que su posterior retiro lo fue en esa calidad, toda vez que éste no desempeñaba funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y de servicios generales, sino como se indicó desde la demanda inicial su cargo era de «AUXILIAR DE SERVICIOS ASISTENCIALES ENFERMERÍA», lo cual confirma su mutación a empleado público.

En sentencia de la CSJ SL, 13 mar. 2013, rad. N° 39753, reiterada entre otras en la decisión SL705-2013, 2 oct. 2013, rad. 43833, en relación al tema, dijo la Corporación:

Es evidente entonces, que el Decreto Ley 1750 creó una situación sui generis al prever el paso de dichos trabajadores oficiales a las Empresas Sociales del Estado como empleados públicos, sin solución de continuidad y que para todos los efectos legales se computaran los tiempos servidos a ambas

entidades ‘sin solución de continuidad’ como lo pregona el artículo 17 ibídem, protegiendo a estos servidores la estabilidad laboral, porque no se dio rompimiento de la relación no obstante haber cambiado la forma de vinculación a la administración. Esto significa que cuando se dá el paso del Instituto a las ESE’s, no hay lugar a reclamar frente al primero, como bien lo anota el recurrente, las acreencias laborales que son exigibles a la terminación del vínculo como lo son las cesantías, la indemnización moratoria, la indemnización por despido injusto, ni la compensación por las vacaciones, porque en estos casos la relación laboral no termina por expresa disposición legal”

Puestas así las cosas, habrá de confirmarse la absolución de la indemnización moratoria implorada por el demandante TITO OCTAVIO MACÍAS CORREDOR, que dispuso el Juez de primer grado.

Sin costas en casación por cuanto uno de los ataques resultó fundado. No se causan en la alzada y las de la primera instancia serán a cargo de la parte vencida Instituto de Seguros Sociales.

XIV.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el 27 de noviembre de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso que instauraron **MATILDE VARGAS MONTENEGRO, GLORIA LUCÍA JIMÉNEZ ALZATE** y **TITO**

OCTAVIO MACÍAS CORREDOR en contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, solo en cuanto revocó la absolución de la indemnización moratoria implorada por el actor **TITO OCTAVIO MACÍAS CORREDOR** y, en su lugar, dispuso concederla. NO SE CASA en lo demás.

En sede de instancia, se **CONFIRMA** la decisión del juez de primer grado, en lo relativo a **ABSOLVER** al Instituto de Seguros Sociales de la pretensión de la indemnización moratoria incoada por el actor **TITO OCTAVIO MACÍAS CORREDOR**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Presidente de Sala

Impedido

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS