

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

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ
Magistrado ponente

SL829-2015
Radicación n.º 45736
Acta 02

Bogotá, D. C., cuatro (04) de febrero de dos mil quince (2015).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en liquidación**, contra la sentencia de fecha 27 de noviembre de 2009, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario laboral promovido por **BLANCA DIANA MARTÍN BERNAL** contra el recurrente.

Previamente se ha de precisar respecto del memorial obrante a folios 30 y 31 del Cuaderno de la Corte, que no es procedente tener a la Administradora Colombiana de

pensiones “Colpensiones” como sucesora procesal del Instituto demandado, puesto que en este proceso esta última entidad fue llamada en su condición de empleadora y no como administradora del régimen de prima media.

I.- ANTECEDENTES

La señora MARTÍN BERNAL demandó al citado Instituto para que se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido sin solución de continuidad desde el 5 de febrero de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2003, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 2121 de 1945, y como consecuencia de lo anterior condenar al Instituto de Seguros Sociales al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, horas extras y recargos nocturnos de conformidad con lo dispuesto en la ley y en las convenciones colectivas vigentes durante la relación laboral, la indemnización consagrada en el artículo 51 del Decreto 2127 de 1945 y la indemnización moratoria consagrada en el artículo 1° del Decreto 797 de 1945.

Además, solicitó el pago de: los aportes correspondientes a la seguridad social -salud, pensiones y riesgos profesionales-, las cotizaciones por concepto de afiliación a la Caja de Compensación Familiar, el reintegro de las sumas de dinero que por concepto de retención en la fuente le fueron descontadas, la indexación de las condenas

resultantes, y lo que se llegare a probar durante el juicio de forma *extra y ultra petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones manifestó que, ingresó a laborar al servicio del ISS el 5 de febrero de 2001, mediante presuntos contratos de prestación de servicios en la Clínica Misael Pastrana Borrero en la ciudad de Bogotá, como terapeuta respiratoria; atendió las instrucciones impartidas por el empleador; tuvo un horario laboral asignado por turnos de seis horas continuas; recibió 128 pagos que no constituyen salario. Añadió que realizó labores propias de un contrato de trabajo en las instalaciones de la demandada con los instrumentos, implementos y equipos proporcionados por aquélla.

El Instituto de Seguros Sociales al dar respuesta a la demanda impetrada en su contra negó los hechos y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En su defensa adujo que todos los contratos fueron celebrados sin ningún vicio de consentimiento y bajo las directrices de la Ley 80 de 1993, en razón de sus calidades, por el término indispensable y liquidados en su oportunidad por común acuerdo entre las partes; que la contratación se realizó con el fin de cubrir las necesidades del Instituto en la prestación del servicio a los usuarios, de allí que los periodos se hayan fijado por el tiempo estrictamente necesario, por ello, el cumplimiento del plazo pactado no lo convierte en despido injusto. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, cumplimiento de las obligaciones por parte del ISS, carencia del derecho reclamado, falta de

legitimidad en la causa para demandar, y la que denominó declaratoria de otras excepciones.

Mediante sentencia del 13 de junio de 2008, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probada la excepción de ausencia de subordinación y condenó en costas a la parte demandante.

II-. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al decidir la apelación interpuesta por el apoderado de la demandante, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en sentencia del 27 de noviembre de 2009, revocó el fallo del juzgado y en su lugar, condenó al ISS al pago de los siguientes conceptos: cesantías \$1'412.803,33, intereses a la cesantías \$155.408,36, vacaciones \$577.965,00 indemnización por despido injusto \$3.390.728,00, indemnización moratoria \$51.374,66 diarios a partir del 30 de febrero de 2004 y hasta cuando se haga efectivo el pago total de acreencias. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda y revocó las costas impuestas imponiéndoselas a la parte demandada.

El Tribunal para determinar la existencia o no de una relación de índole laboral, inició su estudio estableciendo las características del contrato de prestación de servicios y

sus diferencias con el contrato de trabajo, para lo cual, tomó como derrotero la sentencia de la Corte Constitucional S-154/97, y el principio de la primacía de la realidad. Advirtió que para la fecha de la última contratación de la demandante, 30 de noviembre de 2003 (fls. 37 a 38), la Corte Constitucional mediante sentencia C-665 del 12 de noviembre de 1998, había declarado inexecutable el inciso segundo del artículo 24 del C.S del T. trasladando la carga de la prueba al empleador respecto a la presunción de la existencia del contrato de trabajo. Transcribió los artículos 2°, 3° y 20 del Decreto 2127 de 1945.

Bajo el anterior parámetro inició el análisis de las copias de los contratos de trabajo, incorporados al proceso, obrantes a folios 16 a 38, 278, 280, 281, 290, 296, 303, 308, 327, dio por demostrado que la fecha de inicio de la relación laboral comenzó el 6 de febrero de 2001 y terminó el 30 de noviembre de 2003.

Relacionó posteriormente, como pruebas allegadas al expediente: agendas de trabajo (fls. 43 a 80) -con las que dio por demostrado que la demandante aparecía programada entre los periodos del mes de mayo de 2001 hasta el mes de noviembre de 2003-, constancias de contratación expedidas por la entidad demandada (fls. 311, 315, 320, 324 y 325), certificados de retención en la fuente (fls. 39 a 42), certificaciones de trabajo (fl. 311, 315, 320, 324, y 325), pólizas de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales (fls. 276, 305, 330, 313 y 318) -de las cuales dedujo que la actora laboró al servicio del ISS sin

solución de continuidad- e interrogatorios de parte que se surtieron dentro del trámite procesal, a la actora y al Representante Legal de la entidad demandada, obrantes a folios 356 a 358 y 350 a 353.

Indicó que de las probanzas anteriores, se concluía que: de las *declaraciones* efectuadas por la señora BLANCA DIANA MARTÍN BERNAL y el señor GUILLERMO LEÓN IREGUI MEDINA, *reafirmaban sus posiciones expresadas tanto en la demanda como en la contestación de la demanda respectivamente.*

Expuso que un aspecto probatorio que llamó la atención de dicha Sala fue lo pactado en la cláusula segunda del texto de los contratos de prestación de servicios, en los que se dispuso,

"SEGUNDA - OBLIGACIONES DE EL CONTRATISTA: EL CONTRATISTA se obliga a: 1°) Prestar sus servicios personales de acuerdo con las Normas propias de su profesión actividad u oficio; 2°) **EL CONTRATISTA**, realizara las gestiones profesionales o actividades encomendadas respetando las normas y reglamentos del Instituto, conservando total autonomía y sin subordinación alguna o dependencia con el INSTITUTO 3°) Responder y velar por el buen uso y mantenimiento de los bienes y elementos entregados por **EL INSTITUTO**, para el ejercicio de las actividades convenidas y a no utilizarlos para fines y en lugares diferentes a los contratados (...)"

De la anterior cláusula dedujo que la demandante estaba sujeta al cumplimiento de normas y reglamentos para el desempeño de su labor, razón por la cual no se puede predicar la autonomía que caracteriza a los contratos de prestación de servicios, y la subordinación de un trabajador, más aún cuando fue el ISS quien le suministró los elementos para el desarrollo de su labor.

Igualmente concluyó que la actora prestó sus servicios en las instalaciones de la entidad demandada con el uso de los elementos del instituto desde el 6 de febrero de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2003, según dan cuenta los contratos de prestación de servicios n° 039 (fl. 331) y VA 015751 (fl. 37), y la agenda de trabajo obrante a folio 43. Además, resaltó que la labor desempeñada por la actora fue de manera continua e ininterrumpida, según lo advirtió de los contratos aportados, las agendas de trabajo, las certificaciones laborales; aspectos que la parte demandada no desvirtuó, al no demostrar que la vinculación de la demandante fue por un periodo de tiempo determinado, para suplir la necesidad en el servicio o desarrollar una actividad determinada.

Para el ad quem quedaron plenamente justificados los elementos demostrativos en que realmente se ejecutó o prestó el servicio en el lapso debatido -la prestación personal del servicio, la remuneración, la subordinación-, a fin de dar por probada la existencia de un contrato de trabajo. Enfatizó que la parte demandada, quien tenía la carga de la prueba, no desvirtuó la presunción relativa a

que *“toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza”*.

Así las cosas, el Tribunal declaró que entre la señora Martín Bernal y el ISS existió un contrato de trabajo desde el 6 de febrero de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2003, desempeñando el cargo de terapeuta respiratoria (fls. 311, 315, 320, 324, 325), devengando como salarios los indicados en los contratos (fls. 16 a 38, 278, 280, 281, 290, 296, 299, 303, 308, 327) -los cuales serían tenidos en cuenta al momento de liquidar las prestaciones a que hubiere lugar-.

Del estudio de las excepciones propuestas por la parte demandada, asentó respecto a la de prescripción, que la acción no estaba prescrita, por haber presentado la demandante la reclamación administrativa el 27 de junio de 2006 (fl. 184), esto es, dentro de los tres años siguientes a la fecha de la terminación de la relación laboral, la cual ocurrió el 30 de noviembre de 2003, (fl.184), y haber interpuesto la respectiva demanda el 11 de junio de 2007 (fl. 1). Frente a las pretensiones de carácter periódico, expuso que estarían prescritas, aquellas no reclamadas dentro de los tres años de la prescripción ordinaria, esto es, las que se generaron tres años antes de la presentación del escrito de agotamiento de la vía gubernativa, o sea, las causadas antes del 27 de junio de 2003, exceptuando las vacaciones, de las cuales afirmó, su término de prescripción es de cuatro años, según lo consagrado en el artículo 23 del Decreto 1045 de 1978.

Sentados los anteriores presupuestos, el Tribunal procedió a resolver las pretensiones condenatorias de la demanda, teniendo en cuenta para ello los salarios indicados en los contratos obrantes a folios 16 a 38, 278, 280, 281, 290, 296, 299, 303, 308 y 327, así:

Cesantías:

Condenó a la entidad demandada al pago, para el año 2003, de la suma de \$1'412.803,33, en aplicación del artículo 17 de la Ley 6 de 1945. Indicó que las causadas con anterioridad a la fecha señalada se encuentran prescritas.

Intereses a la cesantía:

Dispuso el pago de \$155.408,36 para el año 2003, en virtud del artículo 33 del Decreto 3118 de 1968, modificado por el artículo 3 de la Ley 41 de 1975. Advirtió que las causadas con anterioridad al periodo señalado, están prescritas.

Prima de servicios:

Despachó desfavorablemente la pretensión, al considerar que dicha prestación no beneficia a los trabajadores oficiales, por cuanto fue establecida para empleados públicos de conformidad con el Decreto 1042 de 1978.

Vacaciones:

Condenó a la suma de \$577.965,00, dejando en claro que fueron liquidadas, las correspondientes al periodo comprendido desde el 6 de febrero de 2003 hasta el 30 de noviembre de 2003, toda vez que las mismas prescriben en el término de 4 años, de conformidad con lo estipulado en el artículo 23 del Decreto 1045 de 1978.

Horas extras y recargos nocturnos:

Pretensión que fue resuelta de manera negativa, por no haber allegado la parte actora prueba alguna de la cual se derivaran, las horas extras laboradas, si fueron diurnas o nocturnas y las fechas en que se generaron.

Devolución de Aportes a la Seguridad Social y Retención en la Fuente:

Dispuso el reembolso de las sumas de dinero que por aportes a salud y pensiones tuvo que sufragar la actora durante la relación laboral, en la proporción que debe asumir el empleador, debidamente indexados.

Igualmente condenó al reembolso de las sumas de dinero que por concepto de retención en la fuente la actora tuvo que cancelar, debidamente indexadas.

Frente a la pretensión de riesgos profesionales y el pago de cotizaciones por afiliación a una Caja de

Compensación Familiar, no dispuso condena al no haber demostrado la actora los pagos que realizó por dicho concepto, dado que en los contratos no se evidencia que esta tuviera la obligación de cancelar valor alguno por dichos rubros.

Indemnización por despido:

Indicó que al tener en cuenta que se demostró una única relación laboral, desde el 6 de febrero de 2001 hasta el 30 de noviembre de 2003, y que no existen contratos de trabajo sucesivos en los que se haya pactado el término de duración de los mismos, es procedente la aplicación del plazo presuntivo consagrado en el artículo 43 del Decreto 2127 de 1945. Ahora bien, respecto a la indemnización derivada de la terminación unilateral del contrato de trabajo, consagrada en el artículo 51 de la misma disposición, en armonía con lo anterior, indicó que como la actora prestó sus servicios el 6 de febrero de 2001, debió haber finalizado el 6 de agosto de 2003, sin embargo al haberle permitido seguir laborando hasta el 30 de noviembre de 2003, se entendería prorrogado el contrato de trabajo por otros 6 meses, teniéndose como nuevo término por fenecer el 6 de febrero de 2004, por lo que concluyó que le faltaban 66 días para cumplir el plazo presuntivo, y en consecuencia, condenó a la indemnización correspondiente a dicho plazo, correspondiéndole la suma de \$3.390.728.

Indemnización moratoria:

El ad quem condenó al pago de \$51.374,66, correspondientes a un día de salario por cada día de retardo, desde el 30 (sic) de febrero de 2004, y hasta cuando se haga efectivo el pago total de las acreencias.

Al punto indicó que la obligación del ISS era pagar las prestaciones sociales y demás acreencias a la actora dentro de los 90 días siguientes a la fecha en la cual se terminó la relación laboral, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 797 de 1949. Añadió que la indemnización moratoria se establece de manera objetiva, por el hecho concreto del no pago de salarios y prestaciones sociales, por lo que su aplicación resulta automática e inflexible, sin que consagre la misma un elemento amplificador o ingrediente subjetivo, de manera tal, que el solo hecho del incumplimiento del pago o la mora, se puede interpretar como una presunción de mala fe, la cual tendría que ser desvirtuada.

Precisó que esta Corporación matizó el rigorismo contenido en la norma antes citada, al asentar que se puede exonerar de su aplicación, si se logra demostrar la buena fe en la conducta del deudor.

Indicó que según la doctrina y la jurisprudencia, la buena fe *supone una posición o convicción de honestidad honradez y de lealtad en dicho acto de contratación y en las subsiguientes etapas*, que es un estado mental y sincero de quien actúa sin malicia, y sin menoscabar el derecho ajeno; agregó que la buena fe es una norma de comportamiento

que en principio debe probarse, no presumirse, ya que la ley no la contempla como presunción de manera general. Asentó que el artículo 83 Superior establece la presunción de buena fe solo en el campo específico de las relaciones o gestiones de los particulares con las autoridades, por lo que en el campo de las relaciones interpersonales o privadas no se presume la buena fe, sino que simplemente es deber actuar con ella.

Añadió que no basta con enunciar que se actuó de buena fe, sin plantear hechos concretos y fundamentar la excepción; agregó que en el campo de la contratación laboral para que exista buena fe se tiene que demostrar cómo se realizó aquélla, la forma en que se revistieron las relaciones laborales en ese momento, el lugar y el hecho que se tenía el pleno convencimiento que no se pretendía ocultar una relación subordinada. Indicó que erradamente se exonera de la indemnización moratoria cuando se ha aceptado como prueba de la buena fe el simple hecho de que se discuta dentro del proceso la naturaleza del vínculo laboral, debiéndose probar en esos casos la conducta del empleador acorde con ese postulado, pues de lo contrario sería presumir que se actuó de buena fe por el solo hecho de discutirla.

Agregó que en el caso bajo estudio no se puede afirmar que la demandada desconocía la ley laboral, porque ésta establece la presunción de su conocimiento y de otra parte, porque la ignorancia de la misma no sirve de excusa; que además no puede alegarse un error de derecho, de acuerdo

con lo dispuesto en el artículo 768 del C.C., toda vez que constituye una presunción de mala fe.

Expuso el Tribunal, que no puede presumir la buena fe en el actuar de la demandada cuando utilizó otra forma de contratación para disfrazar el verdadero carácter en que se ejecutó la relación; máxime cuando el ISS no probó que su conducta estuviera ajustada con los postulados de la buena fe, pues por el contrario pesó en su contra el conocimiento de la ley laboral, y el hecho de que no podía utilizar una forma de vinculación con fines totalmente diversos a los establecidos en la ley.

Finalmente concluyó, que la actora efectuó sus funciones en virtud de un contrato de trabajo, y no bajo un contrato de prestación de servicios, por medio del cual el ISS pretendió ocultar la realidad, vulnerando por un largo periodo los derechos del trabajador; que al estar contenida dentro de las normas que regulan los derechos laborales de los trabajadores oficiales, la indemnización moratoria, sin otro miramiento que el no pago de las respectivas acreencias, que en el caso de autos, brillaron por su ausencia, procede la condena de aquella.

Perjuicios:

El Tribunal desestimó la pretensión al no haber probado la actora perjuicio alguno.

Indexación:

No accedió a la indexación de las prestaciones e indemnizaciones a que fue condenado el ISS por haberse reconocido la indemnización moratoria, la cual cubre cualquier aspecto de compensación o devolución.

Extra y Ultra petita:

Señaló que de conformidad con el artículo 50 del C.P.L. no está permitido hacer uso de tal facultad en esta instancia.

III-. DEMANDA DE CASACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandada interpuso el recurso de casación, con el siguiente contenido:

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el censor que la Corte:

CASE TOTALMENTE la sentencia del Tribunal y, una vez se constituya en sede de instancia, CONFIRME ÍNTEGRAMENTE el fallo del Juzgado.

Como alcance de la impugnación subsidiario, de acuerdo con el segundo ataque aspiramos a que la Sala CASE PARCIALMENTE el fallo recurrido respecto de las condenas al pago de las indemnizaciones moratoria y por la presunta terminación unilateral y sin justa causa de la relación de trabajo, y, una vez se constituya en sede de instancia, CONFIRME la decisión

absolutoria del juzgado respecto de esos conceptos. En último lugar, la Sala decidirá sobre las costas lo que considere pertinente.».

Con tal propósito formula dos cargos, los cuales no fueron replicados, así:

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de violar,

La sentencia acusada VIOLÓ INDIRECTAMENTE, por APLICACIÓN INDEBIDA, los artículos 1°, 2°, 3° y 20 del Decreto 2127 de 1945. 1° de la Ley 6 de 1945, 32 de la Ley 80 de 1993, 20 del Decreto 165 de 1997 y 13 y 53 de la Constitución Política, debido a que el Tribunal cometió el siguiente ERROR DE HECHO:

- Dar por probado, sin estarlo, que la demandante tuvo una relación laboral subordinada con la demandada.*

Las pruebas erróneamente apreciadas por el juez de apelación:

1. Los folios 16 al 80, 276, 278, 280, 281, 290, 296, 299, 303, 305, 308, 311, 313, 315, 318, 320, 324, 325, 327, 330, 331, 350 al 353 y 356 al 358 del primer cuaderno del expediente.

En la demostración del cargo señala la censura:

A pesar de que el Tribunal enunció todas las pruebas que se enumeraron anteriormente su decisión se tomó con base en la cláusula segunda de los contratos administrativos de prestación de servicios. Por eso, el ad quem manifestó:

‘De las anteriores estipulaciones, se colige, que efectivamente la demandante estaba sujeta 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.’ (Folios 408 y 409 del primer cuaderno del expediente).

Y, de acuerdo con la mencionada cláusula “...realizará las gestiones profesionales o actividades encomendadas respetando las normas y reglamentos del Instituto, conservando total autonomía y sin subordinación alguna o dependencia con EL INSTITUTO...”. (Mayúsculas sostenidas y negrillas en el texto original, subrayado fuera del mismo, folio 16 del primer cuaderno del expediente).

No puede confundirse el necesario respeto de las normas y reglamentos del Instituto, con la tipificación de la subordinación jurídica-laboral. Es que si los contratistas, de cualquier entidad, no respetan las políticas de ésta, se convertirían en “ruedas sueltas”, en islas dentro de una mal entendida autonomía. Al analizar este tipo de casos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado, por ejemplo:

‘...La existencia de un contrato independiente civil o comercial en ningún caso implica la veda total de instrucciones o el ejercicio de control y supervisión del contratante sobre el contratista, desde luego que tampoco la sola existencia de estos elementos permite concluir, de manera automática, la existencia del contrato de trabajo.

Es que definitivamente la vigilancia, el control y la supervisión que el controlante de un convenio comercial o civil realiza sobre la ejecución y las obligaciones derivadas del mismo, en ningún caso

es equiparable a los conceptos de ‘subordinación y dependencia’ propios de la relación de trabajo, pues estas últimas tienen una naturaleza distinta de aquellos; en todo caso, las instrucciones específicas hay que valorarlas dentro del entorno de la relación y no descontextualizadamente como lo intenta el censor...’ (subrayado fuera del texto original).

‘Es por lo anterior que resulta equivocado afirmar que las precitadas cláusulas son muestras de la subordinación jurídica propia de un contrato de trabajo, pues nada se opone a que en virtud de la iniciativa privada y dentro del marco de la autonomía de la voluntad, se hagan acuerdos como los que ocupan la atención de la Sala, no regidos por las normas laborales, sino por disposiciones civiles o comerciales...’(subrayado fuera del texto original).

Y es que de acuerdo con la uniforme e inveterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el elemento determinante de la existencia de una ligadura de tipo laboral es la subordinación o dependencia jurídica.

Y, según esta misma Corporación, ‘tal dependencia consiste en la facultad que tiene el patrono de dar órdenes al trabajador y el deber correlativo de éste de acatarlas...’, lo cual no puede confundirse con la realización de un trabajo (independiente) dentro de un horario fijado de común acuerdo entre el contratante y la contratista, con la entrega de las herramientas laborales ni con el indispensable respeto de los reglamentos del contratante. No. La autonomía e independencia de la actora, en ejercicio de su profesión liberal, era técnica y científica, pero no podía traducirse en una concepto de libertad absoluto dentro de una institución con políticas propias.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

Se equivoca la censura al afirmar que el Tribunal tomó su decisión con base en la ya señalada cláusula segunda pues fue justamente del análisis en conjunto de las pruebas que acusa el recurrente como erróneamente apreciadas por el juez de segunda instancia que el Tribunal dio por demostrada la subordinación, la prestación personal del servicio y la continuidad del mismo.

Es así, que el Tribunal de las denominadas '*agendas de trabajo*' –que dan cuenta de la programación fijada a la demandante, para cumplir su labor por medio de turnos (fl. 43 a 80 del cdno. ppal.), de las constancias expedidas por la administración de la Clínica Misael Pastrana Borrero (fls. 311, 315, 320, 324, 325) -que informan de la prestación personal de servicio de la demandante como *terapeuta respiratorio* y el cumplimiento de dicha actividad en los periodos contratados-, de las pólizas de seguro de cumplimiento suscritas por la actora a favor del ISS (fls. 276, 305, 313 , 318 y 330), dio por demostrada la permanencia de la actora en su trabajo sin solución de continuidad, y corroboró la subordinación a la que estuvo sometida la demandante durante el lapso de tiempo en que se desempeñó en el cargo de terapeuta; medios probatorios que por demás no fueron controvertidos, ni tachados de falsos por la parte pasiva en la debida oportunidad procesal, pues limitó su defensa solo a dar por demostrado

que la señora MARTÍN BERNAL estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales a través de contratos de prestación de servicios, regidos por la Ley 80 de 1993, sin desvirtuar, la presunción contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945.

Además no puede desdibujar el recurrente, la subordinación que dio por demostrada el Tribunal, con el argumento de que en los contratos de prestación de servicios, las partes pueden fijar los horarios para el cumplimiento de la labor contratada, toda vez que al haberse demostrado en el *sub lite* la calidad de trabajadora oficial de la actora, la imposición de horarios en el sector público es un indicativo de la subordinación laboral que ejerció el empleador sobre la actora, según lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 6ª de 1945, el cual señala que,

«Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio en forma personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten a horarios, reglamentos o control especial del patrono».

Así las cosas se itera, cuando el prestador de los servicios en el sector público está sometido a horario de trabajo, se está en presencia de un elemento indicativo de la subordinación laboral, puesto que precisamente su imposición por parte de quien se beneficia de la prestación del servicio implica un poder del mismo, que desconoce por

su propia naturaleza la eventual autonomía del primero en tanto, no le permite desarrollar la labor contratada dentro de un marco de libertad que es característica de una relación a través de un contrato de prestación de servicios.

Al punto esta Corporación en sentencia CSJ SL, 11 dic. 1997, rad. 10153, asentó:

“Importa anotar que el Tribunal en la sentencia recurrida asienta que “...no (se) puede pregonar subordinación laboral por el solo hecho de tener que cumplir el actor un horario cuando esta situación deviene del objeto mismo del contrato administrativo.... Esta consideración supone la ignorancia del artículo 1° de la Ley 6ª de 1945, por cuanto en él se dispone que no es contrato de trabajo “el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarlo y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrono”. Frente a tan expreso y claro tenor del artículo no puede razonablemente caber duda de que la obligación que tiene quien presta un servicio personal de cumplir con un horario es signo indicativo de subordinación, en la medida en que sujeta su actividad a las instrucciones que, en lo que tiene que ver con la oportunidad en la cual debe cumplir su labor, le impone quien recibe tal servicio, y por lo tanto, constituye claro desarrollo de la facultad de someterlo a reglamentos, además de ser una limitación de la autonomía en lo referente a la libre disposición del tiempo que, de igual modo, es manifestación de subordinación laboral, en cuanto implica “control especial del patrono”. Empero la ignorancia de tan explícita disposición legal por el Tribunal constituye un error jurídico, y como tal, desligado de la cuestión de hecho del proceso, razón por la que debió ser atacado por la vía adecuada para ello”. (Subrayas fuera del texto).

No está por demás recordarle al recurrente, que los interrogatorios de parte no son prueba calificada en

casación, excepto que contengan una confesión que lo perjudique o que favorezca a la parte contraria, sin que se pueda predicar esa circunstancia en el *sub lite*. Y por lo demás, nada dijo respecto de esas pruebas en el desarrollo del cargo, o si en los interrogatorios de parte contenían confesión alguna.

La misma falencia se observa de la gran lista que hace el recurrente de las pruebas en este cargo, pues no sustenta respecto de cada una de ellas lo que indican contrario a lo percibido por el juez de segunda instancia, como lo dispone el artículo 90 del C.P.L. y de la S.S..

Por lo anterior no prospera el cargo.

SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia impugnada de violar,

INDIRECTAMENTE, por APLICACIÓN INDEBIDA, los artículos 43, 47 y 51 del Decreto 2127 de 1945, 52 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, modificado por el artículo 1° del Decreto Ley 797 de 1949, 9 y 768 y 769 del Código Civil, 28 del Decreto 3077 de 1989, 7°, 12, 25, 29 y 32 de la Ley 80 de 1993. 2° del Decreto 165 de 1997, 32 del Acuerdo 139 de 1997, 6°, 8° y 13 del Decreto 2170 de 2002 y 1° y 17 del Decreto 1750 de 2003, debido a que el Tribunal cometió los siguientes ERRORES DE HECHO:

- *No dar por probado, a pesar de estarlo, que la demandada siempre actuó con buena fe simple durante la vigencia y terminación del vínculo que tuvo con la actora.*
- *Dar por demostrado, sin estarlo, que la relación entre la actora y el ente demandado finalizó unilateralmente y sin justa causa el 30 de noviembre de 2003.*

Los documentos erróneamente apreciados por el juez de apelación:

1. *Los folios 37 y 43 del primer cuaderno del expediente.*

Las pruebas no valorada (sic) por el ad quem.

1. *Los folios 283 al 286, 293, 339 y 342 y 343 del primer cuaderno del expediente.*

En la demostración del cargo señaló.

De acuerdo con el Tribunal el Seguro Social actuó de mala fe. Pero no pueden confundirse, utilizando las figuras del Derecho Penal, la culpa con el dolo. El actuar del instituto en este caso pudo ser culposo, pero jamás doloso debido a que no existió una intención de causar daño.

Y puede ocurrir, y de hecho sucede, que debido a la inmensa planta de personal del Instituto, en la práctica se presenten errores de buena fe simple. Pero, por el mero hecho de que exista una negligencia, dentro de un universo de cumplimiento, no puede deducirse que el I.S.S. obre de mala fe. No. Todo lo contrario. El I.S.S. intenta cancelar todas sus deudas en forma total y oportuna, pero como en toda organización de ese tamaño se presentan yerros pero, repetimos, jamás mala fe.

Todo lo contrario. Es un actuar honesto, legal y de buena fe, situación que excusa al demandado del pago de la indemnización moratoria porque estuvo convencido, por motivaciones objetivas, razonables y legítimas, de estar obrando correctamente.

Es que, nuevamente, el Seguro Social siempre ha obrado con buena fe simple en este tipo de casos porque ha tenido la convicción, por motivos atendibles y razonables, de no tener un nexo de carácter laboral. O, en palabras de la propia Sala de Casación Laboral:

‘Ni del interrogatorio de parte ni de la contestación a la demanda puede derivarse confesión alguna que conduzca a desvirtuar que la inferencia del tribunal de que la demandada, tenía la convicción de que con el demandante no existía una relación laboral.

Igual afirmación debe hacerse en torno a los documentos pues de ninguno de ellos puede concluirse que la entidad demandada tenía la convicción de encontrarse vinculada con la demandante en los términos de una relación laboral’.

‘Y es que, tal como lo ha venido expresando esta Sala en innumerables procesos similares contra la misma demandada, es precisamente la existencia de los contratos de prestación de servicios en cuestión la que permite inferir que la demandada asumiera, razonablemente, encontrarse liberada del pago de los créditos laborales reclamados, como que (...) dichos contratos se hallaban regulados por una normatividad que no prevé dichos pagos (‘art. 32 de la ley 80 de 1993’).

En conclusión, es indiscutible que el Seguro Social actuó con buena fe simple debido a que la no cancelación de las prestaciones sociales a la actora se debió a que estaba plenamente convencido, y lo está, por razones objetivas y valederas, de que la vinculación existente entre las partes no era de carácter laboral. Por lo tanto, no podía cubrirle a la demandante unas acreencias que, ni siquiera ésta, tenía certeza de su causación, Convencimiento que sólo se tuvo muchos años después de terminado el nexo, una vez se agotó un largo debate

judicial donde el ad quem opta por una vía, existiendo otra igualmente aceptable.

Además, el Instituto, de acuerdo con los folios 283 al 286, 293, 339 y 342 y 343 del primer cuaderno del expediente, determinó que tenía un déficit en su personal de planta para atender el servicio de terapeuta, y legal y presupuestariamente sólo podía incurrir en gastos de funcionamiento ya que le era jurídica y económicamente imposible aumentar su planta de personal. Por eso, debido a esa limitante legal, se vio obligada a vincular a la actora a través de un contrato administrativo de prestación de servicios.

Actuar en forma contraria hubiera implicado exponerse a sanciones disciplinarias, fiscales y penales. Es decir, era la única vía legal y presupuestaria que tenía el I.S.S. Y, de acuerdo con el principio básico del Derecho, nadie está obligado a lo imposible. No se le puede exigir a los funcionarios que actúen violando la ley. Por lo tanto, de existir algún reproche, éste tendría que recaer en el Estado - Legislador y/o el Estado Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pero no en quien sólo puede cubrir sus necesidades a través de gastos de funcionamiento, única disponibilidad presupuestal con la que cuenta.

Además, a diferencia de lo expresado por el juez de apelación, el nexo entre la actora y el Seguro Social no finalizó en forma unilateral y sin justa causa el 30 de noviembre de 2003. No. De acuerdo con los folios 342 y 343 del primer cuaderno, ésta continuó laborando para la ESE Luis Carlos Galán Sarmiento hasta julio de 2007 con base en los artículos 10 y 17 del Decreto 1750 de 2003. Por lo tanto, lo que se tipificó fue una sustitución patronal y no la extinción del nexo laboral.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

Se duele la recurrente de la decisión del ad quem en cuanto condenó al Instituto de Seguros Sociales al pago de la indemnización moratoria, pese a que, entre otras razones la demandante laboró para la *E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento*, hasta el mes de julio de 2007, y en cuanto dio por demostrado que la relación laboral finalizó en forma unilateral y sin justa causa el 30 de noviembre de 2003.

Si bien, el ad quem impuso condena por concepto de indemnización moratoria al no haber encontrado demostrada la buena fe en la conducta de la entidad demandada, y consecuentemente dispuso el pago de las acreencias laborales derivadas de aquel, lo cierto es que se equivocó al imponer condena por concepto indemnización moratoria por lo siguiente:

Tiene definido la jurisprudencia de la Corporación aplicada en casos similares al presente contra la misma demandada, que no hay lugar a fulminar condena por concepto de indemnización moratoria en los términos del artículo 1° del Decreto 797 de 1949, en aquellos eventos en que en virtud de la escisión dispuesta del Instituto de Seguros Sociales en el Decreto 1750 de 2003, el servidor público quede automáticamente vinculado a las Empresas Sociales del Estado creadas por esa misma normatividad, sin solución de continuidad, porque en estricto rigor no se da la finalización del vínculo laboral así su calidad haya mutado de trabajador oficial a empleado público.

En el *sub lite*, se advierte de la programación de turnos de los meses de junio a noviembre de 2003, obrantes a folios 43 a 48, que la demandante prestó servicios en el cargo de Terapeuta Respiratorio como trabajadora oficial hasta el 26 de junio de 2003, pasando desde el día siguiente en virtud del Decreto 1750 de 2003 a ser empleada pública por ministerio de la Ley, y sin solución de continuidad trabajó en la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento hasta julio de 2007, según certificación obrante a folios 342 y 343 del cuaderno principal. Se debe indicar que de conformidad con el numeral 4° del artículo 22 del Decreto 1750 de 2003, la Clínica Misael Pastrana Borrero, pasó a ser parte de la Empresa Social del Estado Luis Carlos Galán Sarmiento.

Por lo tanto, no es procedente hacerle producir efectos al artículo 1° del Decreto 797 de 1949 para atribuir al Instituto demandado la sanción implorada, pues se reitera, la indemnización prevista en esta última preceptiva está condicionada al fenecimiento del vínculo laboral lo que aquí evidentemente no ocurrió.

Para corroborar el anterior criterio, basta citar la sentencia CSJ SL, 22 oct. 2014, rad. 48825, allí dijo la Corporación:

Ahora bien, dejando de lado lo anterior, de todas maneras no se equivocó el Tribunal cuando consideró que en este caso no había lugar a fulminar condena por concepto de indemnización moratoria, en los términos del artículo 1° del Decreto 797 de

1949, porque en estricto rigor no se dio la finalización del vínculo laboral por cuanto en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1750 de 2003, que escindió el Instituto demandado, el actor quedó automáticamente vinculado a la E.S.E. FRANCISCO DE PAULA SANTANDER, sin que hubiese solución de continuidad en la relación laboral no obstante que su calidad mutó de trabajador oficial a la de empleado público.

En consecuencia, al haber pasado el demandante a integrar la nómina de la reseñada Empresa Social del Estado, sin solución de continuidad, no es procedente hacerle producir efectos al artículo 1° del Decreto 797 de 1949, para atribuir al Instituto demandado la sanción implorada, pues se reitera, la indemnización allí prevista está condicionada al fenecimiento del vínculo laboral, lo que aquí evidentemente no ocurrió, pues no cuestiona el recurso la conclusión fáctica del fallo gravado que el 26 de junio de 2003 el demandante quien se desempeñaba como Médico General pasó automáticamente a la E.S.E. Francisco de Paula Santander sin solución de continuidad en calidad de empleado público (fl. 86 vto.).

Esa solución jurídica se acompasa con lo definido por la jurisprudencia de esta Sala de la Corte. En sentencia CSJ SL, 13 mar. 2013, rad. 39753, reiterada entre otras en la CSJ SL519-2013, dijo la Corporación:

Al respecto se ha de precisar que el Decreto Ley 1750 de 2003 que dispuso la escisión del Instituto de Seguros Sociales y creó las Empresas Sociales del Estado para la atención de los servicios de salud que antes estaban a cargo de la entidad primeramente indicada, previó una situación especial para aquellas personas que si bien venían desempeñándose en el Instituto como trabajadores oficiales pasaron automáticamente a formar parte de las ESEs, recién conformadas, pero en calidad de empleados públicos.

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 pregonan 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 da 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.

Ahora bien, en consonancia con lo expuesto, también se equivocó el Tribunal al dar por demostrado que el ISS terminó la relación laboral de manera unilateral y sin que mediara una justa causa e impartir la condena correspondiente, pues como lo asentó la Sala en la sentencia anteriormente citada, la indemnización por despido injusto no procede en cuanto la actora pasó a la E.S.E. Luis Carlos Galán Sarmiento sin solución de continuidad en la prestación del servicio, al momento de la escisión, laborando en ésta última entidad hasta el mes de julio de 2007, según certificado remitido al trámite procesal por la E.S.E. obrante a folios 342 y 343.

De conformidad con lo anterior, el cargo prospera y se casará parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto impuso condena por concepto de indemnización moratoria e indemnización por despido injusto.

En instancia se absuelve a la entidad demandada por concepto de indemnización moratoria e indemnización por despido injusto, en armonía con las razones expuestas en sede de casación, en consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto absolvió a la entidad demandada por los anteriores conceptos.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación dada la prosperidad del segundo cargo. Las de las instancias estarán a cargo de la parte demandada en un 70%.

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 PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 27 de noviembre de 2009, en el proceso seguido por **BLANCA DIANA MARTÍN BERNAL** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en liquidación**, en cuanto condenó a la pasiva al pago de la indemnización moratoria e indemnización por despido injusto. No la casa en lo demás. En sede de instancia, se confirma la decisión del juzgador A quo instancia en cuanto absolvió a la entidad demandada del

pago de indemnización moratoria e indemnización por despido injusto.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación dada la prosperidad del segundo cargo. Las de las instancias estarán a cargo de la parte demandada en un 70%.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al tribunal.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS