

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

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE
Magistrado ponente

SL9641-2014
Radicación n.º 43457
Acta 26

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de julio de dos mil catorce (2014).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la señora **MARLENE HERNÁNDEZ CARO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en descongestión, el 15 de septiembre de 2009, en el proceso que instauró la recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

En cuanto a los memoriales obrantes a folios 59 y 60 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, en consecuencia se niega la sucesión procesal, en los términos del artículo 35 del Decreto 2013 de 2012, y demás normas concordantes.

I. ANTECEDENTES

Marlene Hernández Caro llamó a juicio al Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que se declare que entre las partes en contienda existió una relación laboral desde el 1° de noviembre de 1996 hasta el 30 de septiembre de 1999, mediante 8 contratos de trabajo, en calidad de trabajadora oficial. Como consecuencia de la anterior declaración, pide, de manera principal, que el I.S.S. sea condenado a reconocerle y pagarle, debidamente indexados, las cesantía y sus intereses; las primas de servicio, navidad, vacaciones; las horas extras diurnas y nocturnas; dominicales y festivos y sus recargos; la indemnización por no el suministro de la dotación; la devolución de la retención ilegal de salarios, consistente en el 4% del valor de la nómina; la sanción moratoria estatuida en el art. 1° del D. 797/1949; la sanción moratoria del art. 99 de la L. 100/1993; que se ordene la inscripción y pago de los conceptos de seguridad social; y las costas del proceso. De manera subsidiaria, solicitó que se declare que las partes estuvieron vinculadas laboralmente a partir del 1° de noviembre de 1996 hasta el 30 de septiembre, mediante un contrato de trabajo a término indefinido. Como consecuencia de lo anterior, que se condene al pago de las acreencias laborales relacionadas en las pretensiones principales, así como de la indemnización por despido injusto.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que se desempeñó como auxiliar de servicios asistenciales en el área de enfermería en la Clínica Los Andes del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES desde el 1° de noviembre de 1996

hasta el 30 de septiembre de 1999; que fue contratada por el I.S.S. mediante contratos de trabajo a término fijo; que los turnos asignados fueron en la mañana de 7 a.m. a 7 p.m. y en la noche de 7 p.m. a 7 a.m.; que no le fueron pagados el trabajo suplementario, las horas extras diurnas y nocturnas, los dominicales y festivos; que el instituto demandado le realizaba de manera ilegal un descuento del 4% de su salario mensual; que nunca le fue consignada la cesantía, de acuerdo con la L. 50/1990; y que agotó la reclamación administrativa.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y negó la mayoría de los hechos.

En su defensa, propuso las excepciones de falta de jurisdicción, carácter de servidora pública de la demandante, carencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, falta de causa para demandar, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, imposibilidad del ente de disponer del patrimonio de los coadministrados por fuera de los cánones legales, buena fe, contrato de prestación de servicios, ausencia de la relación laboral, ausencia absoluta de relación laboral y prestaciones sociales en contratos estatales, ausencia de subordinación y dependencia en los contratos estatales de la L. 80/1993, pago, buena fe y existencia de pruebas ciertas que desvirtúan la presunción del artículo 24 del C.S.T.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 7 de marzo de 2006 (fls. 160 a 167), dispuso:

1. *CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – SECCIONAL ATLÁNTICO a reconocer y pagar a la demandante MARLENE DEL CARMEN HERNANDEZ (sic) CARO, identificada (...) debidamente indexada, la suma de NOVECIENTOS VEINTIDOS MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON 00/100 (\$922.993,00), por concepto de liquidación de prestaciones sociales, discriminados así.*
 - a) *Por cesantías.....\$256.892,00*
 - b) *Primas de servicios.....\$409.209.00*
 - c) *Primas de navidad\$128.446.00*
 - d) *Vacaciones.....\$128.446.00*
2. *DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probada la excepción de inexistencia de la obligación, propuestas por la parte demandada.*
3. *ABSOLVER a la demandada INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de los demás cargos de la demanda instaurada por MARLENE DEL CARMEN HERNANDEZ (sic) CARO, por las razones expuestas en los considerandos de esta providencia.*
4. *COSTAS a cargo de la parte vencida.*

Por tener incidencia en las resultas del recurso, el juez de primer grado -en lo que concierne a la excepción de prescripción-, sostuvo que «*teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se impetró el 07 de junio de 2002 (folio 35), de lo que se infiere que por ministerio de la ley están prescritas las reclamaciones anteriores al 07 de junio de 1999, de conformidad con la excepción de prescripción propuesta, por lo tanto se declarará parcialmente probada*».

5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en descongestión, mediante fallo del 15 de septiembre de 2009, confirmó la decisión de primera instancia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal centró su atención en torno a los siguientes puntos:

1º) Prescripción parcial

Sostiene que la demandante recurrente en la alzada no tiene razón, cuando aduce que la prescripción debe empezar a contarse una vez vencido el término de gracia de los 90 días que tiene la administración, por cuanto dicho término es para cancelar salarios, prestaciones e indemnizaciones que a la terminación del contrato se adeuden al trabajador oficial. Por tanto, dijo el Tribunal, el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, es una norma especial de carácter sustantivo que *« reformó el art. 52 del decreto 2127 de 1945, sin que ninguna incidencia pueda desprenderse para la modificación, aplicación o interpretación de normas adjetivas como el art. 151 del C.P.T. que establece el término general de prescripción para los derechos laborales, y solo el art. 90 del ordenamiento procesal civil aplicable por el principio de integración normativa, establece la posibilidad de interrumpir el*

fenómeno prescriptivo. Entonces el desacertado argumento expuesto para revisar en ese punto la sentencia se queda sin piso, por lo que huelga confirmar lo decidido por el a quo».

2º) Salarios moratorios

Asentó el juzgador de segundo grado que tampoco era procedente tal condena, por cuanto su aplicación no es automática e inexorable cuando no hay pago en las acreencias laborales a la terminación de la relación de trabajo, ya que se debe examinar la conducta asumida por el empleador, para descartar la mala fe.

Agregó que la entidad llamada a juicio desde la contestación de la demanda y durante todo el proceso *«ha sostenido y probado que el contrato que existió fue de prestación de servicios, el cual está autorizado por la ley 80 de 1993, ese convencimiento es una justificación razonada y atendible, para concluir la buena fe exonerante de dicha sanción».* En apoyo de su conclusión copió apartes de una sentencia que no identificó.

3º) Descuentos por retención en la fuente

Adujo que en el caso específico de los contratos de prestación de servicios, las entidades públicas hacen el descuento en cumplimiento de la norma legal que a ellas se impone como agentes retenedores, *«y como quiera que median contratos estatales revestidos de todas las formalidades, porque otra cosa muy diferente es que por*

aplicación de normas sociales de la primacía (sic) realidad se les califique como de trabajo, es por que (sic) en ese caso ya le corresponde al afectado desvirtuar ante la DIAN dicho hecho, para que esa entidad que recibió dichos dineros por imposición tributaria, proceda a su correspondiente devolución».

4º) Pago de los aportes a la seguridad social e indemnización por despido injusto

Sostuvo la Sala sentenciadora que tampoco estas súplicas deben prosperar por cuanto:

al estar acreditada la interrupción en la prestación del servicio con el bache entre el contrato que finalizo (sic) en enero 30 y el que comenzó el 01 de abril de 1997, no procedía como lo hizo el juzgado la declaratoria de la existencia de un solo contrato y lo que subyace es la existencia de varios contratos de prestación de servicios, los cuales terminan por vencimiento de periodo (sic) pactado sin que opere en ellos el despido injusto que en este proceso tampoco se demostró, y dentro de los cuales era obligación pactada del contratista afiliarse a la seguridad social, sin que igualmente se hubiera (sic) acreditado formalmente los valores pagados y que (sic) tal virtud se reclaman.

6. RECURSO DE CASACIÓN

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

7. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, revoque parcialmente la sentencia de primer grado,

en cuanto declaró la prescripción a partir del 7 de junio de 2002 y se proceda a la reliquidación de las prestaciones sociales, en cuanto absolvió al Instituto respecto a la sanción moratoria, indemnización por despido injusto, devolución de dineros retenidos como retefuente y en su defecto despache favorablemente las pretensiones invocadas en la demanda en tal sentido, condenando en costas como en derecho corresponda

Con tal propósito formula siete cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados, los cuales serán estudiados algunos individualmente y conjuntamente el segundo con el tercero y el cuarto con el quinto.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia por violar de manera directa, por interpretación errónea el «*art. 1o del Decreto Legislativo 797 de 1.949 que modificara el art. 52 del DR. 2127/45, en concordancia con los artículos 151 del.-CPL, 90 CPC y los artículos 1, 2, 3, 11, 13, 18, 19, 20, 28, 40, 43, 51, 52, del DR 2127 de 1.945, art. 42 del DL 3135 de 1.968, arts. 1,8, 17, 18, 19, 26 y 52 de la Ley 6ª de 1.945;; (sic) art. 43 del DR 1848 de 1.969*».

Asevera que la violación que le endilga a la sentencia impugnada, es fruto de la interpretación equivocada que el Tribunal le confirió al art. 1o del D. 797/1949, dado que le restringe su alcance al no tener en cuenta «*el período de*

gracia de 90 días, concedido al empleador oficial para que regule su presupuesto y pague las acreencias laborales a sus servidores».

Añade que para establecer la fecha de configuración del término de la prescripción se debe tener en cuenta el período de gracia (90 días) que establece el mencionado precepto, *«lo que nos indica que el período prescriptivo inicia el 07 de marzo de 1.999 y no el 07 de junio de 1999 como lo dedujo el A Quo, decisión que fuera confirmada por el Tribunal en la sentencia que se impugna»* (sic)

VII. LA RÉPLICA DE TODOS LOS CARGOS

Sostiene que los ataques adolecen de fallas en la técnica de casación, tales como: (i) el tema relativo a la prescripción debió enfocarse por violación medio; (ii) los cargos segundo, quinto y sexto, a pesar de estar dirigidos por la vía directa, contienen debates fácticos; (iii) en el séptimo cargo se debatió respecto de la carga de la prueba y, en consecuencia, el ataque ha debido encaminarse por el sendero de puro derecho. Por último aduce que su conducta siempre estuvo revestida de buena fe.

VIII. CONSIDERACIONES

Como se recuerda, la Sala sentenciadora sostuvo que la demandante no tenía razón cuando adujo que la prescripción debía empezar a contarse una vez vencido el término de gracia de los 90 días que tiene la

administración, por cuanto dicho término es para cancelar salarios, prestaciones e indemnizaciones que a la terminación del contrato se adeuden al trabajador oficial. Por tanto, dijo el Tribunal, que el art. 1º del D. 797 de 1949, es una norma especial de carácter sustantivo que *«reformó el art. 52 del decreto 2127 de 1945, sin que ninguna incidencia pueda desprenderse para la modificación, aplicación o interpretación de normas adjetivas como el art. 151 del C.P. que establece el término general de prescripción para los derechos laborales, y solo el art. 90 del ordenamiento procesal civil aplicable por el principio de integración normativa, establece la posibilidad de interrumpir el fenómeno prescriptivo»*.

Así, prohió la decisión del juez de primera instancia que dispuso que *«teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se impetró el 07 de junio de 2002 (folio 35), de lo que se infiere que por ministerio de la ley están prescritas las reclamaciones anteriores al 07 de junio de 1999, de conformidad con la excepción de prescripción propuesta, por lo tanto se declarará parcialmente probada»*.

Debe precisar la Sala, que aunque la recurrente en el desarrollo del cargo confunde las fechas que fueron tenidas en cuenta por los juzgadores para determinar la prescripción, en sentir de la Corte ello es un mero *lapsus calami*, que, a la verdad, no impide que esta Corporación aborde el estudio del ataque, pues es patente el sentido y alcance de la disconformidad de la censura.

Según lo planteado en el cargo, corresponde a la Corte Suprema de Justicia determinar el **día inicial -dies a quo-** para comenzar a contabilizar el término de prescripción de las acciones de los trabajadores oficiales, cuando la relación laboral ha fenecido.

El párrafo 2° del art 1° del D. 797/1949, en la parte pertinente estatuye:

(...) Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4° de este Decreto, solo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de éste término los funcionarios o entidades respectivas deberán efectuar la liquidación y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador (...)

Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este párrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley

Nótese que el precepto en precedencia consagra un período de gracia de 90 días en favor del deudor - administración pública-, con que ella cuenta, una vez terminado el vínculo jurídico laboral con el trabajador oficial, para liquidar y pagar las acreencias laborales de éste; es decir, en palabras del artículo 1551 del Código Civil, dicho plazo «es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación».

Pero antes de avanzar en el análisis propuesto, aquí y ahora bien vale la pena memorar las enseñanzas expuestas por esta Sala en sentencia del pasado 14 de marzo, CSJ SL3169-2014, rad. 44069, en torno a que los plazos de los **términos prescriptivos** empiezan a correr, como lo dice expresa, explícita e inequívocamente la ley, desde cuando **las obligaciones se hacen exigibles** (verbigracia, artículos 41 del Decreto 3135 de 1968, 102 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, 488 Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social) y la exigibilidad de las obligaciones se predica **desde cuando, estando sometidas a plazo o condición, termina aquél o se cumple ésta, es decir, desde cuando sean puras y simples.**

Así pues, y a no dudarlo, también resulta provechoso traer a colación el principio consagrado en el artículo 1553 del Código Civil según el cual **«quien tiene plazo, nada debe»**, es decir, que durante los 90 días de gracia que la ley le otorga a la administración pública para cumplir con sus obligaciones laborales -plazo que, valga decir, constituye un hecho futuro, determinado y cierto-, la cancelación de estas no puede exigirse y por tanto el acreedor no puede echar mano de su derecho de crédito, esto es, se suspende su ejercicio, salvo, claro está, en los casos en los que se presente lo que la doctrina ha denominado decadencia del beneficio.

Entonces, como ya se dijo, vencido el plazo de 90 días, la obligación se hace exigible, precisamente porque,

verificado aquel, ésta muta su naturaleza a una obligación pura y simple, y a partir de allí el trabajador ya puede hacer uso del derecho de acción consagrado en la Constitución y la ley, puesto que el empleador oficial, a partir de ese momento, queda constituido en mora.

Como síntesis, se tiene que el hito temporal que debe ser considerado para que se inicie el conteo de la prescripción, solo se presenta transcurridos los 90 días siguientes a la terminación del contrato de trabajo, vale decir, a partir del día 91, no antes.

Puestas las cosas en la anterior dimensión, emerge que la Sala sentenciadora incurrió en el dislate que la impugnadora le achaca, en cuanto consideró que el término de prescripción de las acciones laborales de los trabajadores oficiales empieza a contabilizarse a partir de la data en que la relación laboral se extingue, toda vez que, se itera, principia a partir del día 91 de la finalización del contrato de trabajo.

Siendo consecuentes con lo discurrido, el cargo sale victorioso.

IX. CARGO SEGUNDO

Ataca la sentencia por vía directa, en la modalidad de infracción directa *«del numeral 2 del art. 27 del DR 2127/45»*.

Dice la recurrente que el Tribunal para resolver lo atinente a la retención de salarios, descuentos identificados como «*reterfuente*», ignoró la aplicación del art. 27 del DR 2127/45, especialmente, el numeral 2, que de manera expresa prohíbe la retención de salarios y prestaciones en dinero sin autorización escrita del trabajador.

Luego de transcribir el precepto en referencia y apartes de la sentencia impugnada, concluye que si el *ad quem* «*hubiera dado aplicación al citado art. 27 del DR 2127/45 hubiera revocado la decisión absolutoria del A Quo en lo que respecta a la devolución de los descuentos ilegales denominados “reterfuente”*».

X. CARGO TERCERO

Aduce que la sentencia acusada viola indirectamente la Ley sustancial en la modalidad de aplicación indebida del «*artículo 27 del DR 2127/45*».

Como errores de hecho señala:

a) *Haber dado por demostrado, sin estarlo, que los presuntos contratos de prestación de servicios que obran en las documentales señaladas, tienen carácter de legalidad.*

b) *No haber dado por demostrado, estándolo, que la contratación civil que aparece en las documentales señaladas, es una contratación viciada.*

c) *Haber dado por demostrado, sin estarlo, que las deducciones efectuadas por concepto de reterfuente son legales.*

d) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que le corresponde a la demandante diligenciar ante la DIAN la devolución de los dineros descontados por el I.S.S. identificados como retefuente.

Afirma que tal violación de la norma sustantiva, fue por la valoración equivocada de los documentos que obran en el expediente a folios 19 a 33 y 50 a 112, documentales que contienen multiplicidad de presuntos contratos de prestación de servicios suscritos por la actora y el Instituto demandado.

Para la recurrente, el Tribunal se contradice cuando afirma que las contrataciones contenidas en las documentales revisten legalidad, «*para luego confirmar la sentencia del a quo que manifiesta que la contratación es laboral*», luego si la contratación que unió a las partes fue de carácter laboral, «*mal podría afirmar que las deducciones por concepto de retefuente eran legales, por ende, incurrió en el tercer error que le hemos endilgado*».

De manera que si la retención deviene ilegal, «*no debe el Tribunal achacar a la demandante la carga de desvirtuar ante la DIAN el hecho de la ilegalidad de la retención multicitacia,(sic) (...) pues debe ser el Instituto demandado quien deba reclamar ante la DIAN en el evento que considere pertinente recuperar dichos rubros, incurriendo así el Tribunal en el cuarto error que le hemos endilgado*».

XI. CONSIDERACIONES

En sentir de la Sala los dos cargos en precedencia apuntan, en estrictez, a acreditar que el juez de alzada se equivocó al estimar que le corresponde al actor diligenciar ante la DIAN la devolución de los dineros descontados por el convocado a juicio, por concepto de retefuente.

De antaño tiene precisado la Corte sobre esta reclamación -«*devolución de los descuentos ilegales denominados retefuente*»-, que por tratarse de una cuestión de índole tributaria, ajena a lo que propiamente constituye el presente litigio, no resulta procedente acceder a tal petición, por cuanto no es un asunto de naturaleza laboral; para el efecto puede consultarse la sentencia CSJ SL del 29 de jun. 2001, rad. 15499, reiterada, entre otras, en la CSJ SL del 14 de oct. 2009, rad. 34559 y del 23 de oct. 2012, rad. 41579.

Sin más, los cargos no triunfan.

XII. CARGO SEXTO

Ataca el fallo por violar la ley sustancial en forma directa, en la modalidad de infracción directa «*de los arts. 11 de la ley 6ta. De 1945, 40,43 y del numeral 3º del artículo 51 del DR 2127 DE 1945*».

Aduce que el Tribunal, a pesar de considerar que existió un contrato de trabajo entre las partes -confirmando la sentencia del *a quo*, en cuanto reconoció la existencia de éste-, «*al momento de pronunciarse respecto a la*

indemnización por el despido injusto se rebela a conceder la indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo con el argumento de que hubo un bache entre el contrato que finalizó en enero 30 y el que comenzó el 01 de abril de 1.997».

Para la recurrente el Tribunal «se rebeló de plano a la aplicación del numeral 3º del art. 51 del DR. 2127/45 que contiene la indemnización generada por el despido injusto, norma que si hubiera sido aplicada el Tribunal hubiera condenado al IS.S. al pago de la respectiva indemnización».

XIII. CONSIDERACIONES

Como quedó dicho cuando se hizo el itinerario procesal, el fallador en torno a la pretensión sobre la indemnización por despido sin justa causa, asentó:

al estar acreditada la interrupción en la prestación del servicio con el bache entre el contrato que finalizo (sic) en enero 30 y el que comenzó el 01 de abril de 1997, no procedía como lo hizo el juzgado la declaratoria de la existencia de un solo contrato y lo que subyace es la existencia de varios contratos de prestación de servicios, los cuales terminan por vencimiento de periodo (sic) pactado sin que opere en ellos el despido injusto que en este proceso tampoco se demostró ».

El cargo carece de demostración, pues la impugnante se limita a recordar lo dicho por el Tribunal y a copiar las normas relacionadas en la proposición jurídica, pero no ofrece ningún argumento atendible, tendiente a mostrarle a

la Corte la existencia del quebranto normativo que le enrostra al *ad quem*.

Debe memorarse la vieja doctrina sentada por esta Corte, en cuanto a que los cargos formulados por la vía directa, requieren satisfacer la real aceptación de los fundamentos fácticos edificantes de la decisión acusada, por lo que no puede existir desavenencia entre las conclusiones de hecho del sentenciador, fruto de su actividad valorativa, y los hechos en que se basa la censura.

Lo precedente, porque una de las formas en las que es viable atacar una sentencia bajo la modalidad de infracción directa, es cuando descansa sobre hechos plenamente aceptados o suficientemente demostrados, situación que no acontece en el asunto bajo escrutinio, toda vez que mientras para el juzgador la terminación de la relación laboral fue «*por vencimiento de periodo (sic) pactado sin que opere en ellos despido injusto que en este proceso tampoco se demostró*», para la recurrente el contrato sí feneció sin que mediara justedad.

De modo que la acusación debió encausarse precisamente para derruir la conclusión del Tribunal en cuanto al modo de terminación del contrato de trabajo, laborío que brilla por su ausencia en el presente cargo dirigido por el sendero de puro derecho.

Así, el cargo se desestima.

XIV. CARGO SÉPTIMO

Textualmente dice que *«Acusamos la sentencia que se impugna de violar la Ley sustancial por la vía indirecta en la modalidad de Aplicación Indebida, fruto de errores ostensibles de hecho en que ha incurrido el Tribunal al valorar indebidamente algunas pruebas».*

Afirma que los errores ostensibles en que incurrió el Tribunal son:

a) Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la relación laboral que existió entre las partes se rigió por varios contratos de prestación de servicios.

b) No haber dado por demostrado, estándolo, que la relación laboral que existió entre las partes fue regida por un contrato de trabajo a término indefinido, esto es, por el plazo presuntivo.

Sostiene que el juzgador, al absolver al Instituto de Seguros Sociales de la indemnización generada por el despido, dijo que no eran de recibo las críticas del apelante por estar acreditada la interrupción en la prestación del servicio y le otorgó validez a los contratos de prestación de servicios que el mismo

Tribunal considera al definir de fondo la apelación que se trata de un contrato de trabajo y no de prestación de servicios, razón que lo lleva a la confirmación del fallo del a quo. Del acervo probatorio acercado al proceso dedujo el a quo en el fallo que confirma el tribunal, que la relación laboral fue de carácter laboral, para lo cual tuvo en cuenta las documentales obrantes a folios 19 a 33, 49, 50 a 112 del expediente, documentales que

fueron mal apreciadas por el Ad Quem al determinar que de tales documentos se desprende que la relación que existió entre MARLENE HERNANDEZ CARO y el 1.5.5. fue contratación civil.

Afirma que el Juez de alzada le impuso una carga probatoria a la demandante que no *«le pertenece, como es la demostración de la injusticia en el despido, pues, sabido es, que dicha carga probatoria es del resorte del empleador».*

XV. CONSIDERACIONES

Resulta forzoso el rechazo del cargo, por la potísima razón de que carece de proposición jurídica, toda vez que no cumple con la exigencia de la letra a) del numeral 5° del artículo 90 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, ni aún el art 51 del D. 2651 de 1991, puesto que no denuncia norma sustancial alguna violada por el juzgador que haya constituido la base esencial del fallo o que haya debido serlo.

XVI. CARGO CUARTO

Ataca el fallo por vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida *«de los artículos 32 de la Ley 80 de 1993, 1o del Decreto Ley 797/49 que modificara el art. 52 del DR. 2127/45».*

Como errores evidentes de hecho denota:

- a) *Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el I.S.S. actuó de buena fe en su actuar omisivo.*

- b) *No haber dado por demostrado, estándolo, que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES actuó con ostensible mala fe al negarse a pagar las prestaciones sociales adeudadas a la demandante.*
- c) *Haber dado por demostrado, sin estarlo, que el I.S.S. probó que el contrato que existió con la accionante fue de prestación de servicios.*
- d) *Haber dado por demostrado, sin estarlo, que la presunta contratación civil que existió entre las partes estaba autorizada por la Ley 80 de 1993.*

Señala que los documentos que el Tribunal no valoró en su verdadero alcance fueron la demanda, la contestación de la demanda y los documentos contenidos a folios 19 a 33 y 50 a 113 y folio 49, los cuales contienen presuntos contratos de prestación de servicios, así como la confesión que fuera declarada por el *a quo* en la primera audiencia de trámite, celebrada el 16 de julio de 2.003 y que figura a folio 137 y ss.

Agrega que en la demanda se relacionaron 15 hechos que se encuentran a folios 1 a 3 del cuaderno del juzgado, precisando que:

Instituto demandado contestó la demanda a folios 41 a 43, manifestando que no eran ciertos los hechos primero y séptimo, de los 13 hechos restantes, esto es, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 10, 11 y 12 dijo no constarle y que los hechos 13, 14 y 15 eran ciertos», y el juzgado «declaró probados tales hechos, constituyéndose así la confesión declarada en audiencia pública, confesión que no fue infirmada por el I.S.S. no obstante tener toda la oportunidad procesal para hacerlo y que a la postre el Tribunal no tuvo en cuenta al momento de desatar la alzada.

Sostiene que luego de tener por probados dichos hechos, «no había argumentos para que el *Ad quem* dedujera

buena fe en el comportamiento omisivo del I.S.S., mas (sic) aún, cuando el Instituto no propuso la buena fe como excepción de mérito o de fondo».

De los documentos que contienen la presunta contratación civil, «*se deduce que no existe temporalidad en la contratación, lo que es certificado en documental que obra a folio 49 del cuaderno del juzgado el cual contiene certificación laboral y se deduce que no existe solución de continuidad en el ejercicio de sus funciones como auxiliar de enfermería por parte de MARLENE HERNANDEZ (sic) CARO, luego mal podría llegar a la conclusión de que la contratación civil estaba cubierta por el manto de la Ley*».

Asevera que el Tribunal afirmó que la pasiva había «*sostenido y probado que el contrato que existió fue de prestación de servicios — véase inciso primero del folio 194 del expediente- y luego dice que confirma la decisión del a quo, quien entendió que el contrato fue laboral, luego si el contrato lo fue de carácter laboral nunca pudo ser autorizado por la ley 80 de 1.993 como lo afirma el Tribunal, incurriendo así en el tercero y cuarto error que le hemos endilgado*».

XVII. CARGO QUINTO

Acusa la sentencia de violar directamente, en la modalidad de interpretación errónea «*los arts. 1 de la Ley (sic) 797/49 que modificara el art. 52 del DR. 2127/45, art. 32 de la ley 80/93*».

El ataque se puede condensar así:

1º) El Tribunal le otorgó un valor extensivo al art. 32 de la L. 80/1993,

pues ignoró las restricciones contenidas para efecto de contratar servicios personales mediante contratación civil, luego interpretó erróneamente la citada norma, es decir, le extendió su alcance y como consecuencia de ello pregoné (sic) la legalidad de la presunta contratación civil que existió entre las partes.

2º) El I.S.S. no propuso la excepción de buena fe y fundó «su defensa pregonando la legalidad de una contratación civil que rebasa los parámetros del art. 32 de la Ley 80/93».

3º) El Tribunal interpretó de manera equivocada la jurisprudencia en la cual basó su decisión, por cuanto lo que ha enseñado la Corte Suprema de Justicia es que las razones que deben existir y

que conlleven a exonerar de la sanción al empleador incumplido deben ser poderosas y jurídicas, tal como se puede apreciar no es jurídica la razón que expone el I.S.S. al ampararse en una presunta contratación civil que no cumple con los requisitos mínimos exigidos por el art. 32 de la Ley 80 de 1993, como son la autonomía y la temporalidad de la presunta contratación civil. El Tribunal le ha otorgado legalidad a la presunta contratación civil, mediante un equivocado entendimiento de la jurisprudencia en que basa su decisión.

XVIII. CONSIDERACIONES

En lo que concierne a la absolución de la sanción moratoria, el fallador estimó que la entidad llamada a juicio

desde la contestación de la demanda y durante todo el proceso *«ha sostenido y probado que el contrato que existió fue de prestación de servicios, el cual está autorizado por la ley 80 de 1993, ese convencimiento es una justificación razonada y atendible, para concluir la buena fe exonerante de dicha sanción»*.

De acuerdo con el esquema de los cargos, el primer asunto medular materia de elucidación, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es saber si la mera creencia del empleador, en cuanto a que el contrato que ató a las partes fue de una naturaleza diferente a la laboral, es suficiente para exonerarlo de la sanción moratoria por el incumplimiento en el pago de los salarios y prestaciones sociales a la terminación de la relación laboral.

En torno a esta cuestión, la Corte en sentencia CSJ SL del 8 de may. 2012, rad. 39186, reiteró que la absolución de esta clase de sanción cuando se discute la existencia del vínculo contractual laboral, no depende de la negación 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 mismos contratos. Ni la condena de esta súplica pende exclusivamente de la declaración de su existencia que efectúe el juzgador en la sentencia que ponga fin a la instancia. Ello habida consideración que en ambos casos se requiere de un riguroso examen de la conducta del empleador, a la luz de la valoración probatoria que hable de

las circunstancias que efectivamente rodearon el desarrollo del contrato, a fin de poder determinar si la postura de éste resulta o no fundada. Esto depende igualmente de la prueba arrimada y no del simple comentario o afirmación de haberse regido el nexo por un contrato de prestación de servicios, para el caso de aquellos especiales a que alude el art 32 de la L. 80/1993, o de la existencia de la prueba formal de dichos convenios.

Entonces, la buena o mala fe del empleador no está o se refleja en la mera creencia en torno a que el contrato que ligó a las partes fue de una naturaleza diferente a la laboral, sino que fluye, en estricto rigor, de otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción. Expresado en palabras diferentes: la dicha creencia no significa necesaria e inexorablemente la dispensa de la sanción moratoria, porque la empleadora puede cometer actos que demuestren que su actuación laboral, al no cumplir sus obligaciones, no estuvo acompañada de razones atendibles, configurativas de buena fe.

Es que si el juzgador exonera del pago de la sanción moratoria al empleador únicamente sobre la base de la mencionada creencia, sin más miramientos y análisis, como

sucedió en el asunto bajo examen, crea una regla general que conduce a un yerro jurídico, 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 efecto, la circunstancia de que el Tribunal en este proceso se hubiera referido de manera genérica al contrato de prestación de servicios que creyó la demandada había «*sostenido y probado*», no le bastaba para dispensar al demandado de la sanción moratoria; es decir, dicha faena de ningún modo lleva a que hubiera analizado la verdadera conducta de la empleadora como era su deber, y en los términos trazados anteriormente.

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 mediante sentencia, 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 manera que el juez de alzada, al concluir que la sola creencia del Instituto de Seguros Sociales de que el contrato fue de prestación de servicios, era suficiente para exonerarlo de la sanción moratoria prevista en el artículo 1° del D. 797/1949, 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.

Ahora bien, desde el punto de vista fáctico, también se equivocó el Tribunal pues al estudiarse la plataforma probatoria no se encuentran razones atendibles por parte del Instituto de Seguros Sociales para haberse abstenido de reconocerle y pagarle a la actora los salarios y prestaciones sociales al fenecimiento de la relación laboral.

Reitérese que los contratos 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 los mismos no acreditan más que una indebida actitud del ISS carente de buena fe, al acudir a iterativos y aparentes contratos de prestación de servicios que no están sujetos a la citada L. 80/1993, 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 el actor un contrato de trabajo bajo la apariencia de uno de otra índole.

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

Luego, palmario es para la Corte que no obran elementos de juicio que permitan inferir que el Instituto de Seguros Sociales actuó según los lineamientos de la buena fe.

Salen victoriosos los ataques, por lo que habrá de casarse la sentencia impugnada.

XIX. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, procede la Corte Suprema de Justicia a estudiar la disconformidad del recurrente concerniente a que:

El A quo al momento de decidir la excepción de prescripción lo hace erradamente, pues no tiene en cuenta que tal excepción empieza a correr luego de periodo (sic) de gracia que se le concede a los empleadores oficiales para el pago de los salarios, prestaciones sociales, sanciones e indemnizaciones, en los términos de Art.- 1º del Decreto 797 de 1949, es decir, 90 días después de haberse terminado el contrato de trabajo. Para el caso que nos ocupa, la señora Juez declaró la excepción de prescripción sin tener en cuenta el periodo (sic) de gracia en comentario, por ende se hace necesario reliquidar las prestaciones sociales ajustándose a la realidad y a lo ordenado por la ley laboral oficial

Dijo el juzgador de primer grado que «*teniendo en cuenta que la reclamación administrativa se impetró el 07 de junio de 2002 (folio 35), de lo que se infiere que por ministerio de la ley están prescritas las reclamaciones anteriores a 07 de junio de 1999, de conformidad con excepción (sic) de prescripción propuesta, por lo tanto se declarará parcialmente probada*».

Como quedó asentado en la esfera casacional el término de prescripción de las acciones de los trabajadores oficiales empieza a contabilizarse una vez transcurridos los 90 días de gracia que tiene la administración pública para satisfacer las obligaciones laborales de quien fue su servidor.

Bajo el horizonte en precedencia y teniendo en cuenta que: (i) el contrato que ligó a las partes se ejecutó entre el 1° de noviembre de 1996 y el 30 de septiembre de 1999; (ii) el término de prescripción comenzó a correr el 1 de enero de 2000, esto es a partir del día 91 después del retiro, teniendo plazo para reclamar en tiempo hasta el 1 de enero de 2003; (iii) el escrito inaugural del proceso se presentó el 2 de julio de 2002, es decir, dentro de los 3 años siguientes; (iv) no hay ningún derecho prescrito. Debe aclarar la Corte que en este caso en particular resulta intrascendente que la demandante hubiera elevado reclamación administrativa el 7 de junio de 2002, como quiera que demandó en tiempo.

Así las cosas pasa la Corte a modificar la condena impuesta por el juzgador de primera instancia, teniendo en consideración la línea jurisprudencial trazada en las sentencias CSJ SL del 14 de ago./2012, rad. 40011 y del 9 de abr./2014, SL5642-2014, rad, 44090, así:

VALOR DE LAS PRESTACIONES Y VACACIONES → \$ 5.636.250,00

DESDE	HASTA	DÍAS	SALARIO BASE	PRIMA DE SERVICIOS	AUXILIO DE CESANTÍAS	VACACIONES	PRIMA DE NAVIDAD
01/11/1996	31/12/1996	60	\$ 474.000,00	\$ 79.000,00	\$ 79.000,00	\$ 39.500,00	\$ 39.500,00
01/01/1997	31/12/1997	360	\$ 579.000,00	\$ 579.000,00	\$ 579.000,00	\$ 289.500,00	\$ 289.500,00
01/01/1998	30/06/1998	180	\$ 579.000,00	\$ 289.500,00	\$ 289.500,00	\$ 144.750,00	\$ 144.750,00
01/07/1998	30/11/1998	150	\$ 677.000,00	\$ 282.083,33	\$ 282.083,33	\$ 141.041,67	\$ 141.041,67
01/12/1998	31/12/1998	30	\$ 779.000,00	\$ 64.916,67	\$ 64.916,67	\$ 32.458,33	\$ 32.458,33
01/01/1999	30/09/1999	270	\$ 779.000,00	\$ 584.250,00	\$ 584.250,00	\$ 292.125,00	\$ 292.125,00
TOTAL				\$ 1.878.750,00	\$ 1.878.750,00	\$ 939.375,00	\$ 939.375,00

De otra parte, debe recordarse que ha sido criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia que **la sanción moratoria** es incompatible con la **indexación**, *«puesto que la primera incluye los perjuicios concernientes a la*

devaluación de la moneda que derivan del no pago oportuno de las acreencias laborales que da lugar a ella, y que se corrige con la actualización de la moneda cuando no cabe el resarcimiento integral de perjuicios que deviene del proceder calificado como desprovisto de buena fe por el juzgador, se habrá de casar la sentencia también en cuanto impuso la indexación de las condenas» (sentencia CSJ del 13 de nov/2013, SL807-2013, rad. 39010).

Como en el asunto bajo examen es procedente la sanción moratoria, tal como se explicó en la esfera casacional, habrá de revocarse parcialmente el fallo dictado el 7 de marzo de 2006, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Barranquilla, en cuanto condenó a la indexación y absolvió por dicho concepto, para en su lugar condenar al demandado a la sanción moratoria conforme a lo estipulado en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, es decir vencido el término de 90 días de la terminación del contrato de trabajo, esto es, a partir del 1º de enero de 2000.

En consecuencia, teniendo presente que el último sueldo mensual devengado por la actora correspondió a la suma de \$818.417,00, se condenará al demandado a pagar a su favor la suma de \$27.280.57 diarios a partir del 1º enero de 2000, hasta cuando se verifique el pago de las obligaciones laborales objeto de condena, condena que al 3 de junio de 2014, asciende a la suma de \$142.404.558,00, así:

DESDE	HASTA	DIAS	SALARIO	SANCION MORATORIA
01/01/2000	30/06/2014	5.220	\$ 818.417,00	\$ 142.404.558,00

Sin costas en recurso extraordinario, las de las instancias quedan a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en descongestión, en el proceso ordinario promovido por la recurrente MARLENE HERNÁNDEZ CARO contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES., en cuanto confirmó los numerales 1º, 2º y 3º de la sentencia de primer grado y no impuso costas en la alzada. No se casa en los demás.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

Primero: Modificar el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia del *a quo* y, en su lugar, condenar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a reconocer y pagar a la actora:

- a) Por cesantía: \$1.878.750,00
- b) Por prima de servicios: \$1.878.750,00
- c) Por vacaciones \$939.375,00

d) Por prima de navidad \$939.375,00.

Segundo: Modificar el numeral 2° de la parte resolutive de la sentencia del *a quo*, en cuanto declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, para en su lugar declarar que no se encuentra probada dicha excepción.

Tercero: Revocar parcialmente el numeral 1° de la parte resolutive del fallo recurrido en apelación en cuanto dispuso indexar la condena y, en su lugar, se absolverá por tal concepto.

Cuarto: Revocar el numeral 3° de la parte resolutive de la sentencia apelada, en cuanto absolvió a la demandada del pago de la sanción moratoria consagrada en el Artículo 1° del Decreto 797 de 1949 y, en su lugar, condenar al Instituto de Seguros Sociales, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, a pagarle a la señora Marlene Hernández Caro la suma de \$27.280.57 diarios a partir del 1° enero de 2000, hasta cuando se verifique el pago de las obligaciones laborales objeto de condena, sanción que al 30 de junio de 2014, asciende a la suma de \$142.404.558,00.

Quinto: Costas en la segunda instancia, a cargo del instituto demandado.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE