

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

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ
Magistrado ponente

SL14436-2014
Radicación n.º 48825
Acta 38

Bogotá, D. C., veintidós (22) de octubre de dos mil catorce (2014).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por **JESÚS HUGO PÉREZ LIZCANO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, el 12 de agosto de 2010, en el proceso que instauró contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en liquidación**.

Previamente se ha de precisar respecto del memorial obrante a folios 50 y 51 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

El citado demandante convocó a proceso al Instituto con el fin en lo que interesa a la casación, de que se declare la existencia de relación laboral con el demandado, en condición de trabajador oficial, entre el 3 de enero de 1989 y el 25 de junio de 2003, la cual fue terminada unilateralmente por la entidad empleadora. En consecuencia, se ordene al Instituto el reintegro al mismo cargo o a otro de igual o superior categoría, más el pago de los salarios y prestaciones legales y convencionales dejados de percibir entre la fecha del despido y la del reintegro.

En subsidio solicitó las cesantías e intereses causados, primas semestral, de antigüedad, de servicios, de Navidad y vacacional; bonificaciones por servicios prestados y por recreación; auxilio de bienestar social; subsidio familiar; auxilio de transporte; becas y auxilios convencionales; compensatorios; horas extras; festivos; dominicales y recargos, aportes a seguridad social en pensiones; indemnización convencional por despido y por despido sin justa causa; perjuicios morales y materiales, la sanción moratoria, indexación y lo ultra y extra petita, entre otros.

Como apoyo a sus pedimentos indicó el demandante que laboró al servicio del Instituto demandado, entre el 3 de enero de 1989 y el 25 de junio de 2003, inclusive, mediante

contrato de trabajo denominado «*contrato realidad*»; que ejercía como Médico General, que la labor encomendada la desempeñó personalmente, de manera subordinada, idénticas en cuanto a modo, tiempo, cantidad y calidad, a las ejecutadas por los trabajadores oficiales del Instituto, recibía órdenes y cumplía horario, percibía una asignación mensual de \$1.484.000,00 por lo que en realidad se trató de una verdadera relación laboral, toda vez que concurren los elementos esenciales que la caracterizan. El vínculo contractual fue terminado unilateralmente y sin justa causa por la entidad empleadora. Que al interior del Instituto existe una organización sindical y le son aplicables las disposiciones convencionales, por agrupar a más de la tercera parte de los trabajadores del demandado. Presentó reclamación administrativa el 23 de junio de 2006, la cual fue resuelta negativamente mediante Oficio DJN-UAL N° 10118 de 24 de julio de ese año.

El Instituto en la contestación de la demanda negó la mayoría de los hechos o dijo que no tenían la calidad de tales, admitió la prestación del servicio a través de contratos de prestación de servicios, que hubo reclamación administrativa y que fue denegada. Se opuso a las pretensiones y adujo en su defensa que el actor estuvo vinculado a la entidad mediante varios contratos de prestación de servicios, de conformidad con el estatuto de contratación estatal, como trabajador independiente; no estuvo sometido a subordinación sino que simplemente se impartían instrucciones de carácter general a fin de cumplir el objeto del contrato, sin que el horario constituya elemento

de dependencia, teniendo en cuenta la necesidad del servicio. Adicionalmente, no existió una única contratación sino que se dieron varios contratos y los servicios se prestaron de manera interrumpida y discontinua.

Propuso las excepciones de mérito de cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, ausencia de subordinación y dependencia en los contratos estatales de la Ley 80 de 1993, mala fe del demandante. Las previas fueron decididas oportunamente.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 1º de octubre de 2009, el Juzgado de conocimiento que lo fue el Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta, declaró la existencia de contrato de trabajo entre el 4 de octubre de 2001 y el 30 de junio de 2003. Condenó al Instituto al pago de varias acreencias laborales, entre ellas, cesantías por valor de \$786.654; intereses a las mismas \$ 47.199; primas de servicio convencional \$786.654, para un total de \$1.620.507. Impuso indemnización moratoria a razón de \$52.443.60 diarios, a partir del 7 de noviembre de 2003 y hasta cuando se verifique el pago total de la obligación y declaró próspera parcialmente la excepción de prescripción de los derechos laborales exigibles hasta el 23 de junio de 2003. Absolvió de las demás pretensiones.

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Ambas partes apelaron; la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta, en sentencia del 12 de agosto de 2010, modificó la de primer grado; declaró la existencia del contrato de trabajo del 20 de noviembre de 1996 al 25 de junio de 2003, elevó el pago de las condenas impuestas por la primera instancia, las cuales indexó, ordenó cancelar las vacaciones así como la correspondiente prima de vacaciones y los aportes a la seguridad social; revocó el literal d.), para en su lugar absolver al demandado del pago de la indemnización moratoria y confirmó la sentencia apelada en todo lo demás.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Juzgador de segundo grado luego de referirse a la competencia para asumir el conocimiento del presente asunto, y al contenido de la sentencia C-579 de 1996, estimó que la declaratoria de la relación debía ser del 20 de noviembre de 1996 al 26 de junio de 2003, fecha de ejecutoria de la memorada sentencia de la Corte Constitucional, reprodujo apartes de la sentencia de esta Sala CSJ 12 sept, 2006, rad. 26892.

Delimitó la controversia en lo que fue objeto de debate, para la demandada, la inexistencia de la relación laboral, y para el actor, los extremos de vigencia de la relación laboral y la procedencia de la imposición de la sanción moratoria, en sujeción al principio de consonancia, al igual que su incidencia en los derechos mínimos e irrenunciables.

Consideró para decidir la controversia, los medios de convicción obrantes en el plenario, tanto documentales como testimoniales, para, con fundamento en ellos y en lo establecido en el Decreto 2127 de 1945 así como lo sostenido por esta Corporación en la sentencia CSJ SL, 1º jul. 2009, rad.30437, estimar acreditada la subordinación jurídica, descartando que *«la demandante(sic) hubiera actuado en forma autónoma e independiente cuando en el mismo texto de los contratos suscritos se convino que la contratada quedaría sometida a las normas y reglamentos del Instituto e incluso se consagró la posibilidad de imponerle multas ala actora (sic) a título de sanción, previsiones normativas que en nada reflejan la pretendida autonomía e independencia en el desempeño de sus funciones que invoca el demandado, todo ello corroborado con el dicho de los testigos que declararon en este proceso cuya versión ha aceptado la Sala como admisible de acuerdo con la reglas de la sana crítica. [D]e otra parte como los restantes elementos esenciales del contrato de trabajo no fueron desvirtuados la Sala concluye que entre el señor JESÚS HUGO PÉREZ LIZCANO y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se dio en realidad dicho contrato»*.

Ahora, en lo que respecta a los extremos de la relación, reiteró que si bien estaba demostrado que ésta principió el 3 de enero de 1989, solo se habilitó para declararla a partir del 20 de noviembre de 1996 y hasta el 25 de junio de 2003, inclusive, en razón a que, al día siguiente pasó a la ESE FRANCISCO DE PAULA SANTANDER.

En cuanto a la aplicación de la convención colectiva de trabajo, indicó que los contratos fueron continuos e ininterrumpidos, que la organización sindical era

mayoritaria y por ende, al actor le eran aplicables los beneficios convencionales suscritos entre la entidad y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social.

En lo referente al tema de la indemnización moratoria, estimó el Juzgador *Ad quem*, luego de transcribir el parágrafo 2º del artículo 1º del Decreto 797 de 1949:

De acuerdo a la norma en cita, la indemnización moratoria solamente procede en el evento de despido o retiro del trabajador, en el presente asunto, no se da ni lo uno ni lo otro pues en virtud del artículo 17 del decreto 1750 de 2003, se garantizó la continuidad laboral del actor, si el empleado fue desvinculado con posterioridad al 26 de junio de 2003, ese aspecto le corresponde definirlo a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, al tener el actor la condición de empleado público para dicha fecha.

Como fundamento de lo expuesto, transcribió apartes de la sentencia de esta Sala CSJ SL, 4 feb. 2009, rad. 35195.

IV.- RECURSO DE CASACIÓN.-

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso extraordinario, el cual concedido por el Tribunal y admitido por la Corte se procede a resolver, previo estudio de la demanda de casación y su réplica.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto revocó la condena al pago de la indemnización moratoria, para que, en sede de instancia se acceda a la súplica de la demanda interpuesta por el actor *«en el sentido de imponer condena al pago de la indemnización moratoria, en la forma y términos pedidos por el demandante»*.

Con tal propósito formula tres cargos, replicados oportunamente, así:

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia por vía directa por falta de aplicación *«las disposiciones contenidas en los artículos 11 de la Ley 6 de 1945, parcialmente modificado por el artículo 3 de la Ley 64 de 1946, 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, así como los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, los cuales subrogaron a estos últimos, respectivamente, y el artículo 492 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a la vigencia de las normas que se refieren a los trabajadores oficiales»*.

Los preceptos acusados fueron transcritos en su totalidad y asevera el censor que no existía motivo para absolver al Instituto de la sanción moratoria; cita lo sostenido por esta Sala de Casación, en sentencia de 26 de junio de 1986, sin indicar radicado y considera que tanto el Juzgado como el Tribunal se equivocaron y actuaron en

oposición a las referidas disposiciones, pues una vez demostrada la no cancelación de las prestaciones, evidente resulta, la condena implorada.

Expone que en casos de contornos similares esta Sala ha accedido a la indemnización moratoria, para lo cual rememora lo expuesto en sentencia CSJ SL, 25 may. 2010, rad. 37120:

«se desconocieron los preceptos que regulan la imposición de una indemnización [...] en caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos [...]la cual consiste en reconocer y cancelar de sus propios recursos [...]al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo, hasta que se haga efectivo el pago de las mismas para lo cual bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto» como lo señala expresamente tanto el artículo 2º de la Ley 244 de 1995, como el artículo 5º de la Ley 1071 de 2006, que lo subrogó, tanto en cuanto que, adicionalmente, a la prueba de la no cancelación de derechos en los plazos contemplados en la ley, todos los hechos acreditan la mala fe con la que ha venido actuando el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en este caso, y en otros de similares características».

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia por *«infracción indirecta de normas sustanciales, por error de Derecho, por la violación de disposiciones procedimentales y, específicamente, los*

artículos 21 del Código Sustantivo del Trabajo y 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los artículos 1 y 2 de la Ley 244 de 1995, así como también los artículos 4 y 5 de la Ley 1071 de 2006, los cuales subrogaron aquellos, y el artículo 53 de la Constitución Política».

En efecto, las sentencias de primer y segundo grado, a pesar de «*dar por demostrados los hechos constitutivos de la indemnización moratoria*» absolvieron a la demandada, lo que en su sentir es incongruente e incoherente y contrario al artículo 50 del C.P.T. y S.S. y no se acompasa el contenido de las decisiones proferidas por la Corte Constitucional sobre este tema, entre otras, la C-662 de 1998.

Precisó que de haber acudido a las facultades ultra y extra petita, habría advertido la pertinencia de la sanción, que ante la omisión en la aplicación de las disposiciones acusadas, se quebrantaron principios constitucionales.

De igual manera, al invocar a la doctrina para fundamentar la acusación de normas constitucionales, así como las que contienen principios generales, concluye que en verdad no se tuvo en cuenta el que atañe a la primacía de la realidad sobre la formalidad.

VIII. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia por «*infracción de normas sustanciales de derecho, por interpretación errónea del*

artículo 1º del Decreto 797 de 1949, 16 y 17 del Decreto 1750 de 2003».

Previa alusión de las disposiciones acusadas, así como a la providencia del Tribunal, *in extenso*, considera que se incurrió en error hermenéutico pues, a su juicio, «*una es la situación jurídica que se deriva de un contrato individual de trabajo, como acuerdo de voluntades entre la trabajadora y el empleador y otra bien diferente la derivada de una situación legal y reglamentaria, que supone la soberanía e imperio del Estado, al nombrar y remover libremente al empleado público, y el obligatorio sometimiento de éste a las inmodificables normas que crean y definen las funciones del empleo y el monto de la asignación monetaria, a la que sólo se puede reaccionar con la decisión libre de aceptar el nombramiento y posesionarse del cargo, o de rechazarlo».*

Diferencia lo relativo al contrato de trabajo de una relación legal y reglamentaria, lo que significa situaciones jurídicas distintas, por lo que el proceder del juez de alzada transgredió dichas disposiciones e incurrió en el error denunciado.

Para finalizar sostiene que «*[N]o podía entenderse como jurídicamente válido que el Tribunal desdibuje la relación contractual, afirmando que ésta no termina, o , mejor que el trabajador no ha sido despedido o retirado del servicio, puesto que real y efectivamente, la relación contractual – como acuerdo de voluntades, repito- cesó de manera definitiva, independientemente de que se haya creado otro tipo de vínculo con el Estado, que, repito, corresponde a una naturaleza jurídica totalmente diferente.»*

IX. RÉPLICA

El opositor esgrime que los cargos no obstante estar orientado uno por la senda directa, otro por la indirecta y un tercer cargo por violación de la ley sustancial por interpretación errónea, adolece de serios errores técnicos que imposibilitan su estudio, ello en parte porque la falta de aplicación de la ley no es un concepto de violación, lo correcto sería atacar la sentencia por infracción directa, no obstante en su desarrollo lo que atribuye es una *aplicación indebida*. Tampoco señala los presuntos errores evidentes pues buena parte de sus demostraciones están fundadas en argumentaciones subjetivas, y que son insuficientes para demostrar que el Tribunal incurrió en los yerros atribuidos y menos aún con la connotación de manifiestos.

X. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

La Corte procederá al estudio conjunto de estos tres cargos que se elevan contra el fallo del Tribunal no obstante su orientación por distintas vías, en atención a que acusan similar elenco normativo, persiguen idéntico objetivo, y por así permitirlo el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por el artículo 161 de la Ley 446 de 1998.

Advierte la Sala la existencia de varios defectos de técnica que imposibilitan el estudio de fondo de las acusaciones que se elevan contra el fallo del Tribunal.

En el primer cargo cita el censor la Ley 244 de 1995, sin embargo esta normatividad no regula el caso puesto que lo aquí pretendido es el pago de indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato, y como se verá más adelante el supuesto normativo no se cumple porque aquí no puede hablarse de retardo en el pago de las cesantías definitivas, pues no hubo terminación del nexo laboral. No puede olvidarse que para la prosperidad de un cargo directo por infracción directa de la ley, la norma sustantiva que se acuse debe ser la que regule la controversia, so pena de ser rechazada la acusación.

El segundo cargo denuncia un supuesto error de derecho, cuando sabido es que esta clase de desatino se estructura según el artículo 87 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, *«cuando se haya dado por establecido un hecho con un medio probatorio no autorizado por la ley, por exigir ésta al efecto, una determinada solemnidad para la validez del acto, pues en este caso no se debe admitir su prueba por otro medio y también cuando deja de apreciarse una prueba de esta naturaleza, siendo el caso de hacerlo»*; y en este evento, el censor no se refiere a prueba solemne o *ad substantiam actus* que hubiera sido desconocida en el fallo, sino que se limita a señalar unas normas sustantivas y procesales de las cuales se duele que el *Ad quem* las infringió.

Además se mezclan razonamientos fácticos y jurídicos desconociendo así el censor reglas elementales del recurso

extraordinario que imponen que cuando la acusación se dirige por el sendero de lo fáctico, no pueden plantearse argumentaciones jurídicas porque dicha mixtura convierte la demostración en un simple alegato de instancia.

En el tercer cargo por interpretación errónea no se desarrolla una argumentación clara y coherente, para demostrar dónde estuvo el desvío hermenéutico del Tribunal y cuál sería el correcto entendimiento de las normas acusadas como se exige en el recurso extraordinario.

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 1º 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 1º 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 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.

Por las razones anteriores, se desestiman los cargos.

Costas a cargo de la parte recurrente; se fijan agencias en derecho en la suma de \$3.150.000,00. Por Secretaría tásense las demás costas.

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, **NO CASA** la sentencia de doce (12) de agosto de dos mil diez (2010), proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, en el proceso ordinario promovido por **JESÚS HUGO PÉREZ LIZCANO** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en liquidación**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y 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