

República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**  
Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 3

**DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ**  
**Magistrado ponente**

**AL707-2021**

**Radicación n.º 78851**

**Acta 6**

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Sería del caso resolver el recurso de casación interpuesto por el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, EN LIQUIDACIÓN PAR ISS**, administrado por **FIDUAGRARIA S.A.**, contra la sentencia proferida por la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, el 22 de mayo de 2017, dentro del proceso que en su contra instauró **ALBERTO JOSÉ MENDOZA ARRIETA**, si no fuera porque se evidencia la existencia de una causal de nulidad procesal insaneable, que de haberse advertido oportunamente, habría impedido la admisión del recurso extraordinario y el adelantamiento de la actuación por parte de la Corporación.

**I. ANTECEDENTES**

Alberto José Mendoza Arrieta llamó a juicio al ISS, para que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, «*conforme lo establece el artículo 5º de la convención colectiva de trabajo denominada "acuerdo integral"*»; y, que se «*pretermitió*» el procedimiento para despedirlo, según la referida normativa. En consecuencia, solicitó el reintegro al mismo cargo u otro de superior categoría, sin solución de continuidad; el reconocimiento y pago de la diferencia salarial que dejó de percibir, según el «*cargo de Profesional Universitario*»; vacaciones; cesantías y sus intereses «*doblados*»; primas de servicios, vacaciones, antigüedad, adicional y técnica «*para profesionales no médicos*»; aportes a salud y pensión; bono pensional por el tiempo laborado; y, retención en la fuente.

En subsidio, requirió el auxilio definitivo de las cesantías, según los factores del art. 62 extralegal o de la ley; y, todos los casos, la indemnización moratoria, indexación y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones, en que prestó sus servicios al ISS mediante contratos de prestación de servicios, desde el 7 de junio de 2011 hasta el 31 de marzo de 2013, en calidad de abogado del departamento «*Atención al Pensionado*» de la seccional Sucre, siendo su último salario \$2.216.137; que tal vínculo estuvo regido por un verdadero contrato de trabajo, dado que laboró de manera subordinada, pues tenía que asistir obligatoriamente todos los días a las instalaciones de la entidad, en un horario de 8:00 a.m. a 12:30 p.m. y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m., obedecer

las instrucciones y órdenes impartidas por el gerente o jefe inmediato; y, que para *«gozar de la prima de navidad»*, tenía que trabajar tiempo suplementario.

Narró que en atención a que el ISS es una empresa industrial y comercial del Estado, sus trabajadores son de carácter oficial, salvo los de dirección, confianza y manejo, según los decretos 2148 de 1992 y 3135 de 1968; que la convención colectiva de trabajo 2001-2004, que suscribieron el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL se encuentra vigente por las prórrogas establecidas en el CST y además, es aplicable a todo el personal que este o no sindicalizado, se acuerdo al art. 471 del CST; que el 22 de julio de 2013 presentó la reclamación administrativa, la cual fue despachada de manera desfavorable a través de oficio n.º SSSL-GS 229-2013 del 24 de ese mismo mes y año (fs.º 1 a 6).

Al contestar, el Instituto de Seguros Sociales, se opuso a todas las pretensiones; en cuanto a los hechos, aceptó que el demandante se vinculó a la empresa mediante contratos de prestación de servicios, a partir del 7 de junio de 2011 hasta el 31 de marzo de 2013, pero aclaró que fue de *«forma interrumpida»*, la última retribución mensual, que era una empresa industrial y comercial del Estado, que las convenciones colectivas solo se aplican a los trabajadores oficiales y la presentación de la reclamación administrativa y su negativa. Negó que la naturaleza de la relación contractual hubiera mutado a uno de índole laboral.

En su defensa, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, *«imposibilidad del ente de seguridad social de disponer del patrimonio de los coadministrados por fuera de los cánones legales»*; presunción de buena fe del ISS Liquidación; mala fe demandante; y, las que se puedan declarar de oficio (f.º133 a 138).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito Sincelejo, mediante fallo del 11 de febrero de 2015 (cd. fs.º163), decidió:

**PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante **ALBERTO JOSÉ SIERRA** y el demandado **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIAL** [...] existió contrato de trabajo, el cual tuvo vigencia entre el 7 de marzo de 2011 y el 31 de marzo de 2013.

**SEGUNDO: CONDENAR** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIAL** a pagar al demandante **ALBERTO JOSÉ MENDOZA SIERRA** la cantidad de \$22.717.040,41 por concepto de compensación en dinero de vacaciones legales, primas de servicios legales y convencionales, auxilio de las cesantías convencionales, intereses de cesantías convencionales, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

**TERCERO: CONDENAR** al demandado **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIAL** a efectuar los aportes en pensión, correspondientes a todo el tiempo de servicio, por el demandante **ALBERTO JOSÉ MENDOZA SIERRA**, esto es, los equivalentes al tiempo comprendido entre el 7 de marzo de 2011 y el 31 de marzo de 2013, en la proporción legalmente establecida, a la entidad de seguridad social en pensión libremente escogida por este, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

**CUARTO: CONDENAR** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, a pagar a la demandante **ALBERTO JOSÉ MENDOZA SIERRA** la cantidad de \$73.871,23 diario, a partir de la fecha en que se cumplieron los 90 días siguientes al

vencimiento del último de los contratos de prestación de servicios entre ellos celebrados (31 de marzo de 2013), eso es, a partir del 31 de junio de 2013, hasta cuando se produzca el pago total de la obligación.

**QUINTO: ABSOLVER** al demandado el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, de las demás pretensiones de la demanda.

**SEXTO: CONDENAR** en costas al demandado **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**. Como agencias en derecho a favor del demandante **ALBERTO JOSÉ MENDOZA SIERRA** se señala la suma de \$4.543.408,08. Incluyase en la liquidación de costas que se practique por la Secretaría. (Negrilla de Sala).

Inconforme con la anterior decisión, la entidad demandada formuló recurso de apelación.

### **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, mediante sentencia del 22 de mayo de 2017, confirmó la de primer grado y, condenó en costas a la entidad demandada (cd. fs.º 8 del Tribunal).

Indicó que le correspondía determinar, si se encontraba probada *«la existencia de un contrato de trabajo bajo la teoría de un contrato realidad, atendiendo a que el vínculo laboral entre las partes en contienda estaba instituido por el denominado contrato de prestación de servicios»*.

Analizó los contratos de prestación de servicios que suscribieron las partes (fs.º9 a 19), para concluir que Alberto Mendoza Arrieta, estaba obligado a cumplir de manera personal las funciones que su cargo implicaban,

pues así se desprendía de la «*cláusula primera*», donde se estipuló que «*El contratista se obliga con el Instituto a proyectar 110 resoluciones manuales para primera instancia, o 100 recursos de reposición*», igualmente, que debía «*Responder como mínimo veinte 20 solicitudes diarias ante los despachos judiciales u órganos de control, dentro de los informes mensuales deberá acreditar como mínimo 200 respuestas a los órganos de control y los despachos judiciales*».

Tal conclusión la corroboró con el testimonio de Ledys Bertel Gómez y la contestación de la demanda, donde se hizo «*una aceptación tácita, respecto de que el actor prestó sus servicios personales en el Instituto de los Seguros Sociales*», razón por la que estimó que no era de recibo el argumento esbozado en la apelación, referente a que los elementos del contrato realidad no se cumplieron a cabalidad.

Manifestó que una vez demostrada la prestación personal del servicio, opera la presunción legal del «*artículo 24 del CST y que para los trabajadores oficiales igual tiene la norma en el Decreto 2127 de 1941*», quedando en cabeza del empleador el deber de desvirtuar «*la subordinación, para demostrar que esa prestación del servicio fue a título de otro contrato*», situación que no logró demostrar el ISS, como quiera que «*no obra en plenario prueba, con la que se logre desacreditar tal suposición*».

Resaltó que, si en gracia de discusión, no existiera en el ordenamiento jurídico la aludida presunción legal y le correspondiera al actor probar la subordinación, de todas maneras sí se acreditó en el proceso, ya que de los contratos de prestación de servicio se desprendía que las funciones que desarrolló, entre otras, *«la expedición de las resoluciones de reconocimiento de pensión»*, eran actividades propia del objeto social de la entidad, sumado a que del memorando GS n.º02 del 28 de abril de 2011, expedido por la gerencia seccional de Sucre del ISS, se evidenciaba *«una serie de advertencias respecto al horario de trabajo»*, incluso al cumplimiento de una jornada laboral.

Precisó que de los contratos examinados, también se desprendía que el demandante *«recibía como contraprestación por la actividad contratada»* un dinero mensual, por lo que una vez acreditado el cumplimiento de los elementos del contrato de trabajo, surgía la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, consagrado en el artículo 53 de la CN, que incluso estaba incorporado al ordenamiento jurídico en materia laboral antes la promulgación de la Constitución Política de 1991, consistente en darle prelación a las circunstancias que rodearon la relación jurídica más que a los formalismos contenidos en los instrumentos contractuales celebrados por las partes.

Referencia la sentencia CSJ SL, 26 ene. 2007, rad. 29418, para concluir que el vínculo que ató a las partes fue de carácter laboral.

El Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, en Liquidación PAR ISS, administrado por FIDUAGRARIA S.A., interpuso recurso de casación, el cual fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

La sentencia de primer grado fue adversa al ISS, razón por la que dicha entidad interpuso recurso de apelación, el cual fue dirimido por el Tribunal, quien solo centró el problema jurídico materia de alzada, en establecer si en el *sub lite* se encontraba acreditada, «*la existencia de un contrato de trabajo bajo la teoría de un contrato realidad, atendiendo a que el vínculo laboral entre las partes en contienda estaba instituido, por el denominado contrato de prestación de servicios*».

De lo anterior, surge evidente que *ad quem* omitió el deber de surtir el grado jurisdiccional de consulta, que obligatoriamente debió hacerse a favor de la entidad y conforme al mismo, pronunciarse sobre las condenas emitidas por el juzgador singular.

El artículo 69 del CPTSS, modificado por el 14 de la Ley 1149 de 2007, estableció el grado jurisdiccional de consulta. En virtud de esta figura, las providencias de primera instancia que no fueren apeladas, deben ser revisadas por el superior, esto es, cuando sean adversas al trabajador. Similar situación acontece con las sentencias de

primer grado que sean desfavorables, total o parcialmente a los intereses de la Nación, el Departamento, Municipio, o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante.

Por otra parte, el artículo 19 del Decreto 2013 de 28 de septiembre de 2012 que ordenó la supresión y liquidación del ISS -vigente para la fecha en que se interpuso la demanda-, dispuso: *«El pago de indemnizaciones y acreencias laborales se hará con cargo a los recursos del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación. En caso que los recursos de la entidad en liquidación no sean suficientes, la Nación atenderá estas obligaciones laborales con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación».*

De modo que, como lo ha establecido en múltiples ocasiones esta Sala de Casación Laboral, las sentencias judiciales en contra del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación son consultables, por cuanto las obligaciones derivadas de acreencias laborales, serán asumidas por la Nación con cargo a los recursos del presupuesto general, en el caso en que los recursos de la entidad no sean suficientes.

Sobre el particular, la Corporación en providencia CSJ AL2965-2017, recordó que:

[...] las sentencias judiciales contra el Instituto de Seguros Sociales en liquidación son consultables, por cuanto de la norma transcrita, las obligaciones derivadas de acreencias laborales serán atendidas por la Nación con cargo a los recursos

del Presupuesto General de la Nación, en caso que los recursos de la entidad no sean suficientes; motivo por el cual, en ninguna irregularidad incurrió el Tribunal al conocer en el citado grado jurisdiccional la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Barranquilla el 5 de julio de 2013, dado que contra ésta no se interpuso recurso alguno.

Cumple memorar, que la consulta si bien no resulta ser un recurso (CC C-968-2003), si es un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin la intervención de las partes; así mismo, es una manifestación de los arts. 29 y 31 de la CN, en tanto ampara y protege los derechos fundamentales y garantías del trabajador y vela por el interés público.

En sentencia CC C-424-2015, se adoctrinó:

Pese a que la jurisprudencia ha considerado que este mecanismo de control jurisdiccional de consulta no es propiamente un medio de impugnación, cuenta con una estrecha relación con los principios de derecho de defensa, debido proceso y doble instancia, sin que a la misma le sean aplicables todos los principios y garantías de la apelación, tanto así, que el juez que asume conocimiento en grado de consulta no está limitado por el principio de *non reformatio in pejus*, sino que oficiosamente puede hacer una revisión del fallo.

[...]

Lo anterior, se puede resumir en que el grado jurisdiccional de consulta (i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es una (sic) examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de *non reformatio in pejus*.

En ese orden y, en observancia a que el Tribunal no resolvió el grado jurisdiccional de consulta, que obligatoriamente debió surtirse a favor de la entidad demandada, pues como se dijo en líneas anteriores, se limitó solo a abordar el punto objeto de apelación, se configura la nulidad insubsanable, consagrada en el art. 133 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión del art. 145 del CPTSS, lo que hace indispensable el uso del remedio procesal pertinente.

Como quiera que la Corte carece de competencia para declarar una nulidad suscitada en el trámite de instancias, se ordenará la devolución del expediente al Tribunal de origen, a fin de que adopte los correctivos procesales y se resuelva el grado jurisdiccional de consulta.

## **V. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,  
**RESUELVE:**

**PRIMERO: DECLARAR** sin valor ni efecto el auto de 28 de febrero de 2018, que admitió el recurso extraordinario de casación formulado por el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, en Liquidación PAR ISS, administrado por FIDUAGRARIA S.A.

**SEGUNDO: DECLARAR** la nulidad de todo lo actuado en sede de casación.

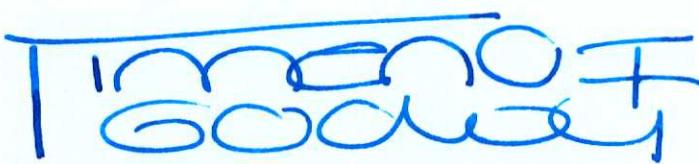
**TERCERO: DECLARAR** improcedente por anticipado el recurso de casación concedido por la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Sincelejo, mediante proveído de 16 de agosto de 2017, corregido en auto de 13 de diciembre de ese año, a la parte demandada.

**CUARTO: DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para que, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia, adopte los correctivos procesales que permitan surtir en debida forma la segunda instancia.

Notifíquese y cúmplase.



**DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ**



**JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO**



**JORGE PRADA SÁNCHEZ**