



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

AL478-2023

Radicación n.º 90214

Acta 8

Bogotá, D. C., catorce (14) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

Sería del caso resolver el recurso de casación que el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN PAR I.S.S.** cuya vocera y administradora es la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A.**, interpuso contra la sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, proferida el 23 de mayo de 2019, en el proceso ordinario laboral iniciado por **ESPERANZA VIDAL PACHENE** contra **FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A., LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** y la recurrente, de no ser porque la Sala encuentra que en el trámite se ha incurrido en una causal de nulidad procesal insaneable por no haberse surtido la consulta en favor del demandado **I.S.S.** hoy liquidado, que, de haberse advertido

oportunamente, habría impedido la admisión inicial del recurso extraordinario y el adelantamiento de la actuación ante esta corporación, como pasa a explicarse.

I. ANTECEDENTES

La referida demandante llamó a juicio al Instituto de Seguros Sociales hoy PAR I.S.S., a la Fiduciaria la Previsora S. A., La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Nación Ministerio de Salud y Protección Social, para que se declare que entre ella y el I.S.S. se ejecutó un contrato de trabajo del 1 de junio de 2001 al 31 de marzo de 2013, terminado de manera unilateral y sin justa causa por la empleadora. En consecuencia, se condene al pago de cesantías, intereses a las mismas, auxilio de transporte, calzado y vestido de labor, compensación en dinero de vacaciones, las primas de vacaciones, servicios y de navidad, al igual que las indemnizaciones por despido, moratoria por falta de pago de prestaciones sociales y por no consignación de cesantías, la pensión sanción, la devolución de los dineros que canceló por concepto de retención en la fuente, las diferencias salariales entre lo que devengaba y lo que recibían los trabajadores oficiales con idénticas funciones, la indexación, las horas extras y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, relató que laboró al servicio del I.S.S. en el cargo de técnica de servicios administrativos, del 1 de junio de 2001 al 31 de marzo de 2013, data en que fue despedida; que tal relación jurídica se rigió por sucesivos contratos de prestación de servicios pero

se ejecutó bajo la constante subordinación de dicha entidad, en tanto cumplía horarios, recibía órdenes de los funcionarios de la empresa y realizaba las tareas asignadas con los elementos que esta le suministró.

Al finalizar, refirió que el salario era inferior al devengado por «*un trabajador oficial*» que despeñaba las mismas labores y, la empleadora nunca le pagó prestaciones sociales legales ni convencionales y tampoco la afilió al sistema de seguridad social. Asimismo, memoró que el I.S.S. se liquidó.

La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, expresó que no le constaban unos y que no eran ciertos otros.

En su defensa, expresó que carecía de incidencia en los derechos discutidos en el juicio, puesto que no asumió el pasivo laboral del I.S.S. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa, ausencia de título legal oponible al ministerio y prescripción.

El I.S.S. en liquidación hoy PAR I.S.S. también se mostró en desacuerdo con las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó los relativos a la existencia de sucesivos contratos de prestación de servicios, las funciones que la actora realizó, que no le pagó prestaciones sociales y, que no la afilió al sistema de seguridad social.

En su defensa, señaló que ese vínculo se rigió válidamente por la Ley 80 de 1993, por lo que no resultaba legítima la conducta de aquella encaminada a desconocer su calidad de contratista de la entidad.

Enlistó las excepciones de falta de causa para demandar, prescripción, contrato de prestación de servicios ausencia de relación laboral, pago, mala fe y la genérica.

La Nación Ministerio de Salud y Seguridad Social se opuso a las pretensiones. En lo relativo a los supuestos fácticos, aceptó únicamente el estado de liquidación del I.S.S.; de los demás, manifestó que no le constaban.

En su defensa, expresó que no tuvo la calidad de contratante o empleadora de la accionante y, por lo tanto, con independencia de tipo de vinculación, no debía asumir el pago de ningún concepto.

Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, *«inexistencia de la facultad y de consecuente deber jurídico de este ministerio para reconocer y pagar prestaciones sociales y derechos convencionales»*, cobro de lo no debido, inexistencia de solidaridad con el I.S.S., prescripción y la genérica.

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Cali, a quien correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 11 de agosto de 2016, resolvió:

Primero: Se declara que la relación que unió a la señora Esperanza Vidal Pachene [...] con el Instituto de Seguros Sociales, hoy P.A.R. I.S.S. en Liquidación representado por Fiduagraria S. A., estuvo regulada por un contrato ficto de trabajo, y por tanto, la demandante ostentó la calidad de trabajador oficial al servicio del ente demandado desde el día 1 de junio de 2001 hasta el 31 de marzo de 2013, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Se condena al Instituto de Seguros Sociales hoy PAR I.S.S. representado por Fiduagraria S. A. a pagar a la señora Esperanza Vidal Pachene la sumas que se determinan a continuación y por los siguientes conceptos:

- Nivelación salarial \$56.554.195
- Indemnización por despido \$35.018.471
- Cesantías \$15.008.278
- Intereses a las cesantías \$1.738.065
- Prima de servicios \$8.339.159
- Prima de vacaciones \$8.339.159
- Aux. transporte \$3.520.470
- Vacaciones convencionales \$15.039.369

Tercero: se condena al instituto de seguros sociales hoy P.A.R I.S.S representado por Fiduagraria S. A., a reconocer a favor de la señora Esperanza Vidal Pachene y sobre la sumas ordenadas en el acápite anterior la indexación, desde la fecha del reconocimiento ordenado en esta sentencia, es decir, desde la fecha que se hizo exigible cada obligación hasta la fecha en que se haga efectiva su cancelación y de acuerdo con la certificación del DANE sobre la variación del índice de precios al consumidor, de acuerdo a lo explicado en la parte motiva de este proveído.

Cuarto: Se absuelve al Instituto de Seguros Sociales hoy P.A.R I.S.S. representado por Fiduagraria S. A., de las demás pretensiones formuladas en su contra por el demandante.

Quinto: Declárese solidariamente responsable de las condenas impuestas en esta providencia a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Sexto. Se absuelve al Ministerio de Salud y Protección social de las pretensiones formuladas por la demandante.

Séptimo: Las costas serán a cargo de la parte demandada por haber sido vencida en este juicio, de conformidad con lo ordenado por el artículo sexto título II numeral 2.1.1. del Acuerdo 1887 de 2003 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, las que se tasarán en la suma de \$18.000.000 y condénese en costas a la demandante en cuantía de un salario mínimo legal vigente a favor del Ministerio de Salud y Protección Social.

octavo: Consulta. Envíese en consulta la presente providencia si no es apelada.

Al desatar el recurso de la apelación formulado por el demandante y el PAR I.S.S., la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, mediante sentencia de 23 de mayo de 2019, decidió:

Primero. Modificar el ordinal segundo de la sentencia número 210 prefería el 11 de agosto 2016 por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de declarar prospera la excepción de prescripción de las acreencias laborales causadas con anterioridad al 8 de julio de 2010, a excepción de la indemnización por despido injusto. En consecuencia, se ordena al par I.S.S. liquidar la nivelación salarial, las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, prima de vacaciones, auxilio de transporte y vacaciones conforme a la convención colectiva por el periodo comprendido entre el 8 de julio de 2010 y el 31 de marzo de 2013, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo. Revocar de manera parcial el ordinal cuarto de la sentencia referida en cuanto absolvió de la pretensión relativa a la indemnización moratoria consagrada en el artículo primero del Decreto 797 de 1949 y en su lugar se dispone condenar al PAR I.S.S. a pagar en favor de Esperanza Vidal Pachene la suma de treinta y cuatro millones cuatrocientos diecisiete mil novecientos cincuenta pesos (\$34.417.950) por concepto de indemnización moratoria conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Revocar el ordinal sexto de la sentencia apelada en el sentido de absolver al Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas las pretensiones incoadas por la demandante y en su lugar, condenar al Ministerio de Salud y Protección Social en caso de resultar insuficientes el remanente de la liquidación del Instituto de Seguros Sociales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto. Confirmar en los demás la sentencia de primera instancia.

Quinto: Sin costas en esta instancia.

En lo que interesa, el Tribunal indicó que **«la sala se centra en la presente audiencia frente a los puntos que fueron objeto de apelación»** y de acuerdo a ello señaló que los problemas jurídicos a resolver, se contraían a determinar: si la vinculación de la accionante con el I.S.S. correspondió a un contrato de trabajo o a uno de prestación de servicios; si operó el fenómeno de la prescripción; si había lugar al pago de las indemnizaciones moratoria y por falta de consignación de cesantías, al igual que la pensión sanción y, si las carteras ministeriales accionadas eran responsables solidarias en la asunción de dichos rubros.

Con tal objeto, inició por expresar que era un hecho indiscutido que la convocante prestó servicios al I.S.S. del 1 de junio de 2001 al 31 de marzo de 2013, con las funciones de técnica de servicios administrativos. Explicó que un contrato de prestación de servicios podía derivar en uno de trabajo, cuando se acreditara que en su ejecución se presentaron los elementos previstos en el *«artículo 23 del CST»*.

Enlistó los pactos que las partes celebraron en el periodo del 1 de junio de 2001 al 31 de marzo de 2013. Luego aludió a los testimonios de Elvira Zúñiga Martínez y Janet Becerra Torres, *«compañeras de trabajo»* de la actora, quienes manifestaron que esta cumplía horarios de *«7:30 am hasta las 4:30 pm»*; que *«prácticamente»* no hubo interrupción en la prestación del servicio en aquél lapso; que recibía órdenes de *«Vivian Choice Chávez y luego María de Jesús Escobar»*; que sus funciones eran de brindar asesorías, información,

recopilación de documentos, digitalización de documentos y grabación de disquete para que quedara la información en la base de datos, mismas que se asignó al personal de planta de la empresa, en el cual se encontraban las deponentes y, que el vínculo feneció por la liquidación del I.S.S.

Al concluir la relación probatoria, también mencionó los certificados de funciones de folios 266 a 278 y el certificado de devolución de elementos suscrito por la actora de folios «261, 682 y 685».

De los medios de convicción que enlistó, refirió que la convocante prestó servicios personales en favor del I.S.S, en actividades relacionadas con el giro ordinario de tal entidad, *«pues es evidente que las funciones realizadas no requerían de conocimientos especializados y podían ser desempeñadas por el personal de planta»* y, en ese sentido, concluyó de acuerdo al principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, que entre las partes se ejecutó un verdadero contrato de trabajo.

Llamó la atención en que la empresa contratante ocultó la existencia de dicha modalidad mediante el empleo de una figura de naturaleza distinta, pese a que la demandante realizó las tareas encomendadas de manera *«subordinada y dependiente con materias primas, insumos y equipos de la institución»*.

Indicó que en el expediente también figuraban las justificaciones de la necesidad del servicio y vinculación de

la actora a la luz de la Ley 80 de 1993; sin embargo, subrayó que ello no desvirtuaba la realidad del vínculo laboral, más si se tenía en cuenta que los contratos de prestación de servicios en cuestión, se suscribieron de manera sucesiva por más de una década y en ese periodo la supuesta insuficiencia de personal jamás cambió.

Precisó que los pactos que las partes firmaron tampoco alteraban aquella conclusión, puesto que, de un lado, la demandada no derruyó la presunción contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y, por otro, la parte actora demostró la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo.

Tras ello, se refirió a la excepción de prescripción y estimó que, en la medida que la reclamación ante el I.S.S. se formuló el 8 de julio de 2013, dicho fenómeno extintivo cobijó todas las prestaciones causadas antes del 8 de julio de 2010 y, señaló:

En cuanto a la prescripción, este medio que reclama el apoderado del par ISS dice a la sala de la conclusión a la que arribó el *A quo*, en tanto, la demandante podría elevar las reclamaciones respectivas con antelación, por tanto, y al advertir que la demandante presentó reclamación administrativa del 8 de julio de 2013, con la cual se entiende interrumpido el término prescriptivo folio 149 y 267 y la demanda se radicó el 6 de noviembre del mismo año, folio 8 del expediente, se tendrán por prescritas aquellas acreencias laborales causadas con anterioridad al 8 de julio de 2010.

Conforme a lo anterior, se modificarán las condenas impuestas en primera instancia, excepto la indemnización por despido injusto, las cuales deberán ser liquidadas por el PAR I.S.S. conforme a la convención colectiva a partir del 8 de julio de 2010 y hasta el 31 de marzo de 2013, toda vez que en el plenario obra la liquidación efectuada por el juzgado de primera instancia y no

se puede establecer con certeza de los factores que tuvo en cuenta para la liquidación de las mismas, siendo un imposible para esta colegiatura efectuar la liquidación de las acreencias laborales aplicando la prescripción.

En lo relativo a la indemnización moratoria, indicó que la demandada no esgrimió razones atendibles para justificar el encubrimiento de una verdadera relación laboral y la falta de pago de prestaciones sociales y, por lo tanto, dicha suma resarcitoria debía imponerse; sin embargo, señaló que el I.S.S. se liquidó y, en consecuencia, dicho rubro debía limitarse hasta «*la fecha de suscripción del acta final de liquidación definitiva del Instituto, es decir, el 31 de marzo de 2015, atendiendo lo dispuesto en el Decreto 553 de 2015*» y agregó que además debía tenerse en cuenta el plazo 90 días de que trata el Decreto 2124 de 1945. Así, liquidó la indemnización y la estableció en la suma de \$34.417.950.

En lo que respecta a la pensión sanción, la negó, pues advirtió que la accionante estuvo afiliada al sistema de seguridad social durante la vigencia de la relación jurídica con el I.S.S.

Luego estableció que, en caso de que los recursos del PAR I.S.S. fueran insuficientes, la Nación Ministerio de Salud y Protección Social también estaba llamada a responder por las obligaciones impuestas en este juicio, pues así lo estatuyó el Decreto 541 de 2016, sentido en el cual anunció la modificación del fallo del *a quo*.

Inconforme con esa decisión el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación - PAR I.S.S., formuló recurso extraordinario de casación el cual fue concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala de la Corte mediante auto de 28 de julio de 2021. Posteriormente, la parte recurrente presentó la sustentación de la demanda extraordinaria de casación, la cual fue replicada.

II. CONSIDERACIONES

El artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social modificado, por la Ley 1149 de 2007, estableció el grado jurisdiccional de consulta; el cual procede, en dos eventos: *i)* cuando las sentencias de primera instancia son totalmente adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, y no son apeladas y *ii)* cuando la decisión del *a quo* sea adversa a la Nación, al Departamento, al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante.

La consulta, si bien no es un recurso, resulta una expresión material de los artículos 29 y 31 de la Constitución Política, es decir, tiene carácter constitucional, en la medida en que ampara y protege los derechos fundamentales y garantías del trabajador y, por otra parte, para las entidades de derecho público, se manifiesta como una protección del interés público económico y una vigilancia del patrimonio público. Si bien de manera jurisprudencial se ha considerado

que el grado jurisdiccional de consulta no es un medio de impugnación, sí se encuentra estrechamente ligado a los principios de defensa, debido proceso y doble instancia, sin que le sean aplicables todos los principios y garantías de la apelación.

Esta corporación debe insistir en que la consulta no constituye un recurso adicional, sino un grado jurisdiccional, que deviene por ministerio legal y, por ende, impone la obligación al juez de primera instancia de consultar su fallo, como en este caso, por ser adversa al I.S.S. frente al cual la Nación es garante.

En tal contexto, la Sala observa que el presente proceso se promovió contra el Instituto de Seguros Sociales hoy liquidado, en el que se pretendió la aplicación del principio de la primacía de la realidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política y, por tanto, la declaratoria de un verdadero contrato de trabajo con vigencia del 1 de junio de 2001 al 31 de marzo de 2013.

En ese sendero, 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 que *«El pago de indemnizaciones y acreencias laborales se hará con cargo a los recursos del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación. En caso en 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»*.

Así, esta Sala tiene adoctrinado que las sentencias judiciales contra el Instituto de Seguros Sociales en liquidación son consultables, por cuanto de la norma transcrita se extrae que las obligaciones derivadas de acreencias laborales serán asumidas por La Nación con cargo a los recursos del presupuesto general, en caso de que los recursos de la entidad no sean suficientes (CSJ AL2965-2017 y CSJ AL8353-2017).

No obstante, la Sala observa que en este asunto el Tribunal no resolvió el grado jurisdiccional de consulta, que obligatoriamente debió surtirse a favor del demandado en mención, pues únicamente resolvió las impugnaciones propuestas por el demandante y el PAR I.S.S., con lo cual dejó por fuera de su estudio el análisis de la totalidad de las condenas impuestas en el fallo de primer grado, tales como las cesantías, los intereses a las mismas, las primas de servicios y de vacaciones, las vacaciones convencionales, nivelación salarial, entre otros aspectos que debía abordar de manera obligatoria por virtud del mandato legal en comento.

En consecuencia, se configura una nulidad insubsanable, de conformidad con el artículo 133 del Código General del Proceso, aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Estatuto Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que hace indispensable el uso del remedio procesal pertinente.

Sin embargo, como la Corte, carece de competencia

para declarar la nulidad de lo actuado por el Tribunal por originarse en las instancias, habrá de declararla únicamente frente al auto de fecha 28 de julio de 2021, mediante el cual se admitió el recurso de casación, declararse improcedente por anticipado, el recurso extraordinario interpuesto y se ordenará que regresen las diligencias al Tribunal de origen para que, adopte los remedios procesales del caso a efectos de surtir en debida forma la segunda instancia (CSJ SL3481-2020).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

III. RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la nulidad de todo lo actuado en sede de casación, a partir del auto proferido por la Sala el 28 de julio de 2021, por medio de cual se admitió el recurso extraordinario de casación formulado por el **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN PAR I.S.S.**, al ser extemporáneo por anticipación, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: ORDENAR que regresen las diligencias a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, para que, conforme a lo indicado en la parte motiva de esta providencia, adopte los correctivos procesales del caso.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase al

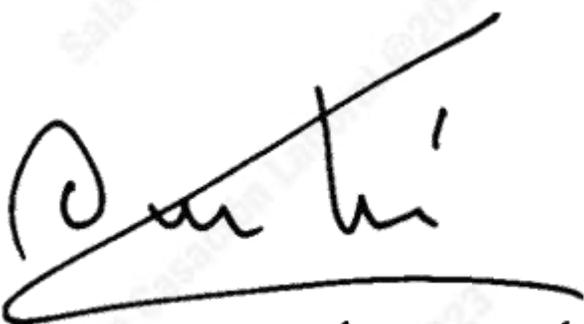
Tribunal de origen.



MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO



DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA



OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN