

Radicación n.º 71154

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL194-2019

Radicación n.º 71154

Acta 02

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de enero de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso GERMÁN ARCILA contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., el 3 de abril de 2014, en el juicio que adelanta contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN.

#### ANTECEDENTES

El citado accionante instauró proceso ordinario laboral con el fin de que fuera declarada la existencia de un contrato de trabajo desde el 1.º de agosto de 2006 y, en consecuencia, se proferiera condena por diferencias salariales entre lo percibido por el personal de planta y lo que se le viene pagando, más las vacaciones, cesantías y sus intereses, prima de servicios legales y convencionales, sanción por no consignación de cesantías, auxilio de alimentación, auxilio de transporte, subsidio familiar, devolución del dinero descontado por concepto de la retención en la fuente y aportes a seguridad social que correspondían al empleador, a pagar las cotizaciones a la seguridad social «sobre el salario que debió pagarle al demandante», la sanción moratoria prevista en el Decreto 797 de 1949, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Refirió que ha prestado servicios de manera ininterrumpida desde el 1.º de agosto de 2006, en varias dependencias del ISS seccional Cundinamarca, mediante 15 contratos de prestación de servicios que relaciona uno a uno. Aseveró que prestó servicios de manera personal y subordinada, en el horario de 8:00 a.m. a 5:00 p.m. de lunes a viernes; que como último salario mensual devengó \$849.787; que jamás tuvo que presentar cuentas de cobro para recibir tal remuneración, que desempeñó sus funciones en las instalaciones de la demandada, quien, además, suministraba los elementos de trabajo; que debía acatar las órdenes impartidas en resoluciones, circulares y memorandos emitidos por la Gerencia Seccional de Cundinamarca, el Departamento de Atención al Pensionado, la Presidencia, la Vicepresidencia y las Gerencias Nacionales del ISS y que cumplía las mismas funciones que los empleados de planta.

Aseguró que la presidencia del ISS adicionaba en forma bianual una hora al horario de trabajo para disfrutar de los turnos de descanso en navidad, año nuevo y semana santa; que no le pagó prestaciones legales ni convencionales, pero sí realizó retenciones en la fuente sobre la remuneración y que pagó las cotizaciones a la seguridad social con sus propios ingresos.

Al dar respuesta a la demanda, el ente accionado se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra. En cuanto a los hechos aceptó que se suscribieron 15 contratos de prestación de servicios con el actor a quien se le pagaba mensualmente; que el último pago fue de \$849.787;

que el contrato era supervisado por la Gerencia de Atención al Pensionado; que se desempeñó en el área de auxilios funerarios, y que no canceló prestaciones sociales y acreencias laborales por cuanto se trataba de un contrato de prestación de servicios. Sobre los demás hechos dijo no constarle.

Finalmente, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, autonomía de profesión u oficio, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el demandante no era de naturaleza laboral, compensación, buena fe del ISS, inexistencia del contrato de trabajo y la innominada.

#### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo de 25 de febrero de 2014, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre el señor demandante GERMAN (sic) ARCILA (...) y la demandada INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, (...) vigente entre el 1° de agosto de 2006 hasta el 31 de marzo de 2013 devengando como último salario la suma equivalente a \$849.787.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor del demandante, las siguientes sumas de dinero:

\$4.085.329 por concepto de prestaciones sociales y vacaciones.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a pagar al demandante la indemnización moratoria a partir del 31 de marzo de 2013.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción a las acreencias causadas con anterioridad al 31 de marzo de 2010.

QUINTO: CONDENAR a la demandada a pagar el valor de las vacaciones y cesantías de forma indexada de conformidad con el IPC certificado por el DANE al momento de su pago.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, fijando como agencias en derecho la suma de DOS MILLONES DE PESOS (\$2.000.000)

SÉPTIMO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme lo considerado.

#### SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

De la apelación del actor y del grado jurisdiccional de consulta que se surtió a favor del demandado, conoció la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, autoridad que mediante fallo de 3 de abril de 2014 decidió:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 25 de febrero de 2014 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas el cual quedará así:

Segundo: CONDENAR al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación a pagar a favor del señor Germán Arcila (...) las siguientes sumas de dinero:

Por concepto de cesantías la suma de (...) (\$3.341.339) suma que deberá ser indexada al momento del pago.

Por concepto de vacaciones la suma de (...) (\$1.686.502), debidamente indexados al momento del pago.

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el numeral SEGUNDO de la sentencia proferida el 25 de febrero de 2014, en el sentido de ABSOLVER a la demandada del pago de los intereses de cesantías y prima legal de servicios por las razones expuestas.

TERCERO: REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia proferida el 25 de febrero de 2014, en el sentido de ABSOLVER a la demandada del pago de la indemnización moratoria por las razones expuestas.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia proferida el 25 de febrero de 2014, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá y CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN a pagar a favor del señor GERMAN (sic) ARCILA (...) la suma de (...) (\$3.525.874), por concepto de prima de servicio convencional.

QUINTO: ADICIONAR la sentencia proferida el 25 de febrero de 2014, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá y ABSOLVER a la demandada INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN de la pretensión de reintegro, del pago del auxilio de alimentación, subsidio familiar, auxilio de transporte, devolución de aportes a pensión y salud y retención en la fuente por las razones expuestas.

SEXTO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás.

SÉPTIMO: Sin costas en la presente instancia.

En lo relevante para el recurso extraordinario, esto es, la sanción moratoria del artículo 1.º del Decreto 797 de 1949, el Tribunal consideró:

**El precedente jurisprudencial ha señalado que para imponer la sanción moratoria en cada caso se debe estudiar de manera particular la conducta del empleador, y respecto de la actuación del ISS, la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL 23 feb. 2010, 36506 expone que hay una reiteración de la conducta y por ello le es aplicable la sanción moratoria. En este caso, la Sala para predicar la mala fe de la entidad, además de tener en cuenta si hubo una actuación reiterada de la demandada, tendrá en cuenta las condiciones en que se realizó la contratación del demandante.**

**Respecto de la reiteración no es aplicable la sentencia CSJ SL 23 feb. 2010, 36506 en virtud de que el contrato que inicia la relación entre las partes fue suscrito el 1º de agosto de 2006 y para dicha fecha aún no se había expedido la mencionada sentencia y las sentencias anteriores de la Corte Suprema de Justicia, no habían señalado que el ISS estuviese obrando de mala fe.**

**Aunque no se desconoce que en la práctica se desarrolló un contrato de trabajo porque de las pruebas se deducen los elementos del mismo, esto no implica que se haya contratado con el objeto de vulnerar las normas que regulan los contratos de trabajo, y le correspondía a la parte demandada (sic) desvirtuar que el origen del contrato de prestación de servicios fue por una causa diferente a la señalada en él, esto es, que no había**

**personal suficiente en la planta del ISS, por ello se considera que la entidad demostró su buena fe y se revocará la decisión de primera instancia.**

## RECURSO DE CASACIÓN

El recurso extraordinario de casación lo interpuso la parte demandante, lo concedió el Tribunal y lo admitió la Corte Suprema de Justicia.

## ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente solicita que se case parcialmente el fallo impugnado, en cuanto revocó la indemnización moratoria concedida por el juez de primer nivel para que, en sede de instancia, la Corporación «confirme el numeral tercero de la sentencia proferida el 25 de febrero de 2014 por el [J]uzgado 29 [L]aboral del [C]ircuito de Bogotá D.C., y se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, a partir del 31 de marzo de 2013 y hasta cuando se verifique el pago de las acreencias laborales».

Con tal propósito, formula un cargo por la vía indirecta, que fue objeto de réplica oportuna.

## CARGO ÚNICO

Plantea la violación de la ley sustancial por vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida de los siguientes preceptos: «Decreto 797 de 1949, art. 1°; Dto. 1045, arts. 1°, 5°, literales a), b), c), d), i), art. 10°, 13°; Ley 6ª de 1945, arts. 1°, 17, literal a); Decreto 2127 de 1945, arts. 1, 2, 3; Decreto 1160 de 1947, art. 6°; Ley 50 de 1990, art. 99; Ley 15 de 1959, art. 1, 3, y 4°; Decreto 3135 de 1968, arts. 10, 11 y 41; Decreto 3118 de 1968, arts. 50 y 51; Ley 80 de 1993, arts. 32, numeral 3°; C.S.T., arts. 14, 20, 21, 23, 24, 127, 467, 468, 469 y 471; Constitución Política, arts. 13, 25 y 53; C.P.L. arts. 60 y 61; C. de P.C., art. 174».

Asegura que la violación legal, se dio como consecuencia de los siguientes errores de hecho:

1. Dar por demostrado sin estarlo, que para la celebración de cada uno de los 15 contratos suscritos con el demandante el PRESIDENTE del instituto certificó que no existía personal de planta suficiente para el cumplimiento de las labores que desempeñó el demandante.
2. Dar por demostrado sin estarlo, que la demandada justificó la necesidad del servicio haciéndola parte integrante de cada uno de los 15 contratos que suscribió con el demandante.
3. No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que entre el 1 de agosto de 2006 y el 31 de marzo de 2013, la demandada utilizó 15 contratos de prestación de servicios y 4 otro sí, para encubrir durante 6 años y 8 meses la subordinación jurídica que ejerció sobre la actividad habitual y permanente prestada personalmente por el demandante.
4. Dar por demostrado, sin estarlo, que la demandada actuó de buena fe.
5. No dar por demostrado, a pesar de estarlo, que la demandada actuó de mala fe.

El recurrente denuncia la equivocada apreciación de los 15 contratos de prestación de servicios y sus 4 otro sí (f.º 9 a 15, 24 a 32, 162, 175, 189 a 190), de la misiva de 8 de febrero de 2011 (f.º 33), con la que se le comunicó su traslado al grupo de numeración de actos administrativos, de los memorandos y autorizaciones para el retiro de expedientes e insumos de las oficinas del ISS (f.º 34 a 160), de las comunicaciones con las que la accionada comunicó los horarios de trabajo y

los turnos compensatorios que debía cumplir para acceder a días de descanso (f.º 193 a 248), las documentales sobre cumplimiento de órdenes y directrices para la realización de sus labores (f.º 250 a 29), de la contestación a la demanda y de la prueba testimonial.

Cuestiona los dos argumentos que usó el Tribunal para eximir a la demandada de la sanción moratoria. El relacionado con la inaplicabilidad de la sentencia CSJ SL 36506, 23 feb. 2010, solo porque la relación contractual inició antes de que aquella fuera proferida. Sobre el particular, sostiene que en los 3 años posteriores al citado fallo, la accionada suscribió 6 contratos más de prestación de servicios con el actor, pese al fuerte llamado de atención hecho por la Corte en esa oportunidad.

Indica que aunque en los 15 contratos el presidente de la entidad certificó que el personal de planta era insuficiente para satisfacer las tareas, no hay prueba que corrobore tal situación. En consecuencia, estima la censura que no es posible inferir que la accionada obrara de buena fe y mucho menos que estuviera amparada en la causa legal del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002.

Para el recurrente la necesidad del servicio debía certificarse con prueba documental independiente que respaldara cada uno de los 15 contratos, pues «el simple hecho de consignarlo como parte del contrato en su acápite de consideraciones previas, no es suficiente para encontrar probado éste (sic) aspecto y concluir que la demandada realmente actuaba bajo la convicción de cumplir con los parámetros de la Ley 80 de 1993».

La circunstancia de no acreditar la falta de personal de planta para las labores, en contraposición al abundante material probatorio que da cuenta de la subordinación ejercida por el ISS, permite colegir que los 15 contratos eran apenas instrumentos formales; que estos no se ejecutaron en la forma pactada, y que no se cumplieron los requisitos previstos en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios para ese tipo de contratación. Entonces, no es factible extraer buena fe de la actuación desplegada por la demandada, pues esta «NO se puede predicar cuando se desconoce la ley laboral».

También pasó por alto el Tribunal que los contratos suponían la ejecución permanente y continua de funciones relacionadas con el objeto misional de la entidad, en su condición de administradora del régimen de prima media. Tales tareas debían ser desarrolladas por trabajadores de planta y no por personal externo, de acuerdo con la Ley 80 de 1993 y la sentencia CC C-154-1997, en la que se indicó que «si la necesidad el servicio es permanente, se debe proceder a la creación de los cargos y no reemplazar de manera permanente la planta de personal con contratistas».

Agrega que se valoró indebidamente la misiva de 8 de febrero de 2011 (f.º 33) con la que el ISS trasladó al actor a cumplir labores en un grupo diferente para el que había sido contratado, pues en el contrato n.º 5000021339 vigente entre el 1.º de diciembre de 2010 al 31 de marzo de 2011, el objeto consistió en ejercer actividades relacionadas con el auxilio funerario, mas no con la numeración y traslado de expedientes administrativos. Según la censura, la asignación de tareas no contempladas en dicho acuerdo, son una muestra irrefutable de la subordinación ejercida por el ISS y de su mala fe, pues era plenamente consciente de que no se trataba de un contrato de prestación de servicios porque el demandante no era autónomo en la ejecución de las tareas.

De lo mismo dan cuenta los folios 34 a 160, los cuales contienen memorandos y autorizaciones para que el demandante retire expedientes e insumos de las oficinas del ISS, como también los folios 193 a 248 en los que se constata la manera en la que la accionada le impuso horarios y le

exigió el cumplimiento de turnos para disfrutar de días de descanso, los folios 250 a 291 y la prueba testimonial que revelan que el demandante estaba obligado a acatar órdenes y directrices del ISS. Sobre ellas aduce que «emerge con claridad el ejercicio de una subordinación jurídica permanente que desvirtúa el actuar de buena fe de quien con lealtad considera que está desarrollando una relación jurídica regulada por la autonomía en la prestación personal del servicio».

Resalta que en su contestación, la demandada aceptó haberse reservado el derecho a asignar al actor cualquier actividad que requiriera por necesidades del servicio, y haber redactado el formato de oferta de servicios, lo que demuestra que se valió de instrumentos contractuales propios de la Ley 80 de 1993 para ocultar la relación laboral que los ataba.

Pone de presente que la accionada solo afirmó estar convencida de que el contrato se regía por la Ley 80 de 1993, sin probar un actuar diligente y provisto de la lealtad propia de quien actúa de buena fe, pues no aportó «las certificaciones de ausencia de planta de personal, las justificaciones de la necesidad del servicio, la hoja de vida presentada por el supuesto contratista, todas y cada una de las ofertas de servicio que debían acompañar a todos y cada uno de los 15 contratos, los certificados de disponibilidad presupuestal, las actas de inicio y liquidación de cada contrato».

Finalmente, asegura que el Tribunal dejó de lado la sentencia CC C 154 de 1997 que declaró la exequibilidad del artículo 3.º de la Ley 80 de 1993 siempre que no se desarrollen relaciones revestidas de subordinación jurídica que lleven a reemplazar a los trabajadores oficiales con contratistas, tal como lo hizo la demandada; luego, debe condenarse a la accionada a la sanción moratoria, posición acogida en la Corte Suprema de Justicia, en sentencias CSJ SL 44651, 28 en. 2015 y CSJ SL 47937, 18 feb. 2015.

## RÉPLICA

La llamada a juicio manifiesta apartarse de los pronunciamientos de instancia que declararon la existencia de una relación laboral, en tanto los servicios prestados por el actor lo fueron mediante contrato de orden civil, más no laboral. En lo que sí dijo estar de acuerdo con el ad quem, es en que no puede deducirse la mala fe del ISS a partir de un precedente jurisprudencial, sobre todo cuando el instituto no tuvo la intención de perpetuar una contratación temporal y actuó creyendo que la vinculación del actor no era laboral.

Asevera que la sanción moratoria no procede de manera automática, tal y como lo ha sentado la Corte Suprema de Justicia en las sentencias CSJ SL 20586, 8 jul. 2003 y CSJ SL 33615, 23 sep. 2008, de lo que se sigue que no procede su imposición, ya que no está probado que el instituto realizara maniobras revestidas de mala fe para defraudar derechos del actor, pues siempre entendió que obraba conforme a derecho y le canceló cumplidamente sus honorarios.

Por último, insiste en que entre el ISS y el demandante no hubo una relación de trabajo; que el instituto ejerció supervisión sobre la ejecución del objeto contractual y no una subordinación como lo pretende hacer ver el recurrente. Por eso, al no existir una relación subordinada, ni mediar ánimo defraudatorio de parte de la accionada, el recurso de casación no está llamado a prosperar.

## CONSIDERACIONES

Con el ataque se pretende demostrar que el ISS actuó desprovisto de buena fe, ya que no solo omitió probar la causal del artículo 13 del Decreto 2170 de 2002, esto es, la «falta de personal de

planta suficiente para prestar el servicio a contratar», sino que además ejerció poder subordinante frente al actor, lo cual descarta la buena fe que alegó, así como el presunto convencimiento de estar ante un contrato de prestación de servicios.

Como lo ha adoctrinado esta Corporación, la sanción moratoria regulada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, para el sector privado, y en el artículo 1.º del Decreto 797 de 1949, para el oficial, es de naturaleza sancionatoria, de modo que para su imposición el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si actuó de buena o mala fe, pues solo la presencia de este último elemento le abre paso.

Para el caso particular, el ad quem tuvo en cuenta que en sentencia CSJ SL 36506, 23 feb. 2010, la Corte Suprema impuso dicha sanción al ISS tras constatar la reiterada celebración de contratos de prestación de servicios que ocultaban una relación laboral subyacente; no obstante, la Sala descartó su aplicabilidad al sub judice por ser un fallo posterior al 1.º de agosto de 2006, fecha en que inició la relación contractual acá analizada.

No obstante, olvidó el ad quem, que tal providencia analizó una relación laboral ejecutada con el ISS entre el 7 de diciembre de 1994 y el 30 de noviembre de 2002, la cual se desarrolló en similares condiciones a las del presente asunto. Así, el precedente resultaba plenamente aplicable al caso por cuanto al 31 de marzo de 2013, fecha de terminación del vínculo del demandante, la regla jurisprudencial ya existía y dirimió un conflicto con supuestos fácticos similares.

Ahora bien, aun cuando se admitiera la inoperancia del criterio jurisprudencial, la sanción moratoria solo puede descartarse mediante un examen acucioso del material probatorio y la demostración de la buena fe patronal. Por tanto, si de las circunstancias fácticas se colige que el empleador obró con lealtad, sin ánimo de ocultación o de atropello, debe ser absuelto por dicho concepto, pues la existencia de una verdadera relación laboral no trae consigo la imposición de la sanción, ya que, como se subrayó, su naturaleza sancionatoria impone al juzgador auscultar en el elemento subjetivo a fin de determinar si el empleador tuvo razones atendibles para obrar como lo hizo.

Hecha la anterior precisión, no es difícil advertir la equivocación del fallador, a quien le bastó mencionar que «le correspondía a la parte demandante desvirtuar que el origen del contrato de prestación de servicios fue por una causa diferente a la señalada en él», para absolver al ISS de la sanción moratoria. Tal reflexión resulta desatinada, en tanto reiteradamente esta Corporación ha sostenido que es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta. Así se presentó en la sentencia CSJ SL 32416, 21 sep. 2010:

Por lo demás, cabe anotar que si bien es cierto en algún momento del desarrollo de su jurisprudencia esta Sala de la Corte consideró que, de cara a la imposición de la sanción por mora en el empleador incumplido existía una presunción de mala fe, ese discernimiento no es el que en la actualidad orienta sus decisiones, porque, pese a que mantiene su inveterado y pacífico criterio sobre la carga del empleador para exonerarse de la sanción por mora, de probar que su conducta omisiva en el pago de salarios y prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe, considera que ello en modo alguno supone la existencia de una presunción de mala fe, porque de las normas que regulan la señalada sanción moratoria no es dable extraer una presunción concebida en tales términos, postura que, ha dicho, se acompasa con el artículo 83 de la Carta Política.

En vista de lo anterior, el ad quem incurrió en la violación denunciada al declarar improcedente

la sanción porque el accionante no demostró que el contrato estuviera motivado en una razón diferente a la expresada en él. Tal desatino tuvo su génesis en la equivocada apreciación de la prueba documental arrojada al expediente, pues como bien lo trae a colación el recurrente, los 15 contratos no prueban que la contratación estuviera justificada, como tampoco que el personal de planta fuese escaso para cumplir las obligaciones a cargo del ente, solo porque así lo hizo constar en ellos el presidente del ISS.

Cumple recalcar que nadie puede derivar un beneficio de su propia declaración, porque a nadie le está dado crear su propia prueba. Por eso, la simple mención que hizo la empleadora en el contrato sobre una situación que aparentemente justificaba la contratación directa del demandante, no constituye por sí sola prueba de esa circunstancia.

Tampoco se estima coherente que el Tribunal tuviera como probada la buena fe únicamente con las constancias presentes en los contratos de prestación de servicio, ya que la estipulación contractual no es prueba idónea del animus patronal, por lo que es menester acreditar las razones que condujeron a optar por la modalidad contractual y que justifiquen la conducta de la demandada, para sustraerse del reconocimiento de derechos laborales respecto de quien fue su trabajador subordinado. Entonces, no es suficiente aducir que se actuó bajo el convencimiento de hallarse en el marco de un contrato de prestación de servicios porque así se estipuló, sino que deben corroborarse las condiciones que llevaron a estructurar esa creencia razonable.

En consecuencia, no era viable inferir la buena fe solo con los contratos suscritos entre el demandante y el ISS, sin miramientos acerca de las razones que motivaron su suscripción y las circunstancias en las que se ejecutó el contrato, máxime cuando la prueba documental da cuenta de que las funciones se desempeñaron con vocación de permanencia, entre el 1.º de agosto de 2006 hasta el 31 de marzo de 2013; que las actividades asignadas al contratista eran connaturales a la actividad misional del ISS y fueron ejercidas bajo su continua subordinación y dependencia.

No debe olvidarse que la subordinación se verificó del conjunto de pruebas, especialmente de las documentales de folios 143 a 154, en las que se aprecia que las funciones se desempeñaron con materiales, insumos y equipos de la demandada; las de folios 193 a 248 que revelan que el actor debía acatar las directrices definidas por el ISS, en cuanto al tiempo que destinaba a cumplir las funciones, la cantidad y la manera en que debía ejecutarlas y las de folios 33 y subsiguientes que indican que el accionante desempeñaba funciones en igualdad de condiciones que el personal de planta.

Resulta palmario que el ISS ejerció deliberadamente un poder subordinante en el demandante durante toda la relación jurídica, muy a pesar de la modalidad de contratación que escogió para vincularlo, no solo por la conducta ya reseñada sino porque en cada contrato se reservó el derecho de asignarle tareas distintas a las expresamente establecidas. Además de lo anterior, el ISS soslayó la carga de la prueba que le concierne para exonerarse de la sanción moratoria, pues ningún elemento de convicción aportó en aras de demostrar que la contratación del actor se sujetó a los parámetros descritos en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, como tampoco acreditó la presunta necesidad del servicio que motivó la celebración de los 15 contratos de prestación de servicios.

Evidentemente, la segunda instancia apreció equivocadamente el material probatorio acopiado, que lejos de dar cuenta de un actuar transparente, leal o benévolo de parte de la entidad, reflejan su intención de encubrir una verdadera relación laboral para así evadir el reconocimiento de derechos laborales, lo cual es suficiente para que proceda la sanción moratoria prevista en el

artículo 1.º del Decreto 797 de 1949 para el sector oficial.

En consecuencia, resulta forzoso descartar que el ISS obrara amparado en una convicción seria y razonable de acatamiento a la ley, por el contrario, de la manera en que se ejecutaron las funciones y de la prolongación de la conducta en el tiempo, solo es posible colegir la intención del ISS de defraudar derechos laborales mediante la adopción de contratos civiles para encubrir verdaderas relaciones laborales.

Así las cosas, en este asunto no hay razón atendible y valedera para exonerar al Instituto demandado del pago de la indemnización moratoria, por lo tanto el cargo prospera.

Sin costas en casación.

## SENTENCIA DE INSTANCIA

En instancia, se reiteran las razones expuestas en sede extraordinaria, en cuanto a la procedencia de la sanción moratoria prevista en el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 797 de 1949.

Al respecto, es importante acotar que dada la naturaleza jurídica del ISS, de empresa industrial y comercial del Estado, sus servidores son trabajadores oficiales y, excepcionalmente, empleados públicos, cuando ejerzan labores de dirección y confianza, de acuerdo con el artículo 5.º del Decreto 3135 de 1968.

Por tanto, como el demandante se desempeñó entre el 2006 y el 2013 en el «departamento seccional de atención al pensionado – gerencia administradora de pensiones seccional Cundinamarca» (f.º 4, 5 y 6) y no hay evidencia de que sus funciones fueran de dirección y confianza según los estatutos del ISS, se trata de un trabajador oficial, que se rige por la Ley 6.<sup>a</sup> de 1945, el Decreto 2127 de 1945 y demás normas concordantes.

En ese orden, para la liquidación de la sanción se tendrá en cuenta el último salario mensual devengado por el demandante de \$849.787 y se condenará al Instituto a pagarle \$28.326,23 diarios, desde el 1.º de julio de 2013 y hasta el momento en que operó la liquidación definitiva de la entidad demandada, acaecida el 31 de marzo de 2015, tal como se indicó en el Decreto 553 de 2015.

Esto, dado que el Decreto 2127 de 1945 da al empleador oficial 90 días para el pago de la liquidación definitiva de prestaciones sociales, salarios o indemnizaciones, luego de los cuales opera la sanción por el incumplimiento o retardo cuando haya mala fe. Entonces, como en el sub lite la relación laboral finalizó el 31 de marzo de 2013, según lo declararon las instancias, esta empieza a computarse desde el 1.º de julio del mismo año.

La sanción moratoria operará hasta la liquidación de la entidad responsable, esto es, hasta la suscripción del acta final de liquidación del ISS que fue publicada en el Diario Oficial 49470 del 31 de marzo de 2015. Comoquiera que la entidad existió hasta la fecha indicada, es hasta ese momento que debe liquidarse la sanción, pues con posterioridad a esa data el instituto perdió toda posibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones que pudiesen estar a su cargo.

La Sala subraya que con la extinción definitiva de la entidad, la obligación se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, por tanto, no es viable extender la sanción más allá del 31 de marzo de 2015. Así, lo ha entendido esta

Corporación en los eventos de disolución y liquidación de entidades en los que tampoco es posible emitir orden de reintegro o de reinstalación más allá de la existencia de la entidad, entonces, lo mismo sucede en tratándose de la sanción moratoria dado que no es lógico condenar por la demora en la atención de obligaciones a quien se encuentra imposibilitado para cumplir.

En consecuencia, precisa la Corte Suprema de Justicia su criterio a fin de establecer que cuando ocurre la liquidación de la entidad, la sanción moratoria se calcula hasta que aquella deja de existir. Esto se explica, porqué al no tener el ISS la posibilidad de atender las obligaciones ordenadas en este trámite judicial con posterioridad a su liquidación final, necesariamente debe considerarse esta circunstancia para limitar la condena por concepto de indemnización moratoria hasta la fecha de extinción de la entidad, acaecida el 31 de marzo de 2015.

Así las cosas, luego de realizar las respectivas cuentas, se obtuvo la suma de diecisiete millones ochocientos cuarenta y cinco mil quinientos veinticuatro pesos con noventa centavos (\$17.845.524,90) por concepto de indemnización moratoria computada desde el 1.º de julio de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015.

De otra parte, teniendo en cuenta que la deuda por concepto de sanción moratoria es susceptible de sufrir un deterioro económico por el transcurso del tiempo, se hace necesario indexarla para traerla a valor actual y así preservar su valor real. En este caso, la actualización del monto impuesto a título de sanción moratoria, calculada desde el 1.º de abril de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2018, da como resultado la suma de tres millones ciento setenta y cinco mil quince pesos, con sesenta y nueve centavos (\$3.175.015,69), sin perjuicio de lo que se cause en adelante y hasta cuando se verifique su pago.

Costas en primera y segunda instancia a cargo del ISS y en favor del demandante.

## 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, CASA la sentencia proferida el 3 de abril de 2014 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el proceso ordinario laboral que GERMÁN ARCILA adelanta contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN en cuanto absolvió de la sanción moratoria del artículo artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, modificado por el artículo 1.º del Decreto Ley 797 de 1949. NO LA CASA en lo demás.

En instancia,

**PRIMERO:** MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN a pagar al demandante, las sumas de \$17.845.524, a título de indemnización moratoria, calculada desde el 1.º de julio de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015 y \$3.175.015,69 correspondiente a la indexación computada desde el 1.º de abril de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2018, sin perjuicio de lo que se cause en adelante y hasta cuando se verifique su pago.

**SEGUNDO:** Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

FERNANDO CASTILLO CADENA

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma del Ministerio de Relaciones Exteriores

ISSN 2256-1633

Última actualización: 15 de enero de 2024 - (Diario Oficial No. 52.621 - 27 de diciembre de 2023)

