

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL**

<b>CLASE DE PROCESO:</b>	<b>ORDINARIO LABORAL</b>
<b>DEMANDANTE:</b>	<b>MARIA SUSANA CABRERA</b>
<b>DEMANDADO:</b>	<b>PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – LIQUIDADADO</b>
<b>RADICACIÓN:</b>	<b>76001 31 05 012 2013 00498 01</b>
<b>JUZGADO DE ORIGEN:</b>	<b>DOCE LABORAL DEL CIRCUITO</b>
<b>ASUNTO:</b>	<b>APELACIÓN SENTENCIA – CONTRATO REALIDAD, PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES, INDEMNIZACION ART.65, PRESCRIPCIÓN, APORTES A LA SEGURIDAD SOCIAL, FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA</b>
<b>MAGISTRADA PONENTE:</b>	<b>MARY ELENA SOLARTE MELO</b>

**ACTA No. 044**

**Santiago de Cali, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintidós (2022)**

Conforme lo previsto en el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, integrada por los Magistrados ANTONIO JOSE VALENCIA MANZANO, GERMAN VARELA COLLAZOS y MARY ELENA SOLARTE MELO quien la preside, previa deliberación en los términos acordados en la Sala de Decisión, procede a conocer de los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia 87 del 17 de junio de 2014, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Cali, y dicta la siguiente:

**SENTENCIA No. 158**

**1. ANTECEDENTES**

**PARTE DEMANDANTE**

Pretende se declare la existencia de un vínculo laboral con el ISS, vigente entre el 20 de abril de 2007 y el 30 de noviembre de 2012, solicitando se ordene nivelación

salarial convencional, primas legales y extralegales, vacaciones, compensatorios, prima de vacaciones, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías, aportes al sistema de seguridad social, reintegro de los aportes, reintegro del 100% de la retención en la fuente, indemnización moratoria, sanción moratoria por falta de consignación de las cesantías en un fondo e indexación.

Como sustento de sus pretensiones señala que:

- i) Laboró al servicio del ISS de forma ininterrumpida y subordinada desde el 18 de febrero de 2004 hasta el 30 de noviembre de 2012 a través de contratos de prestación de servicios.
- ii) Se desempeñó como contadora pública, asesora de cuenta y fiscalización en el Departamento Financiero Seccional del I.S.S. Valle del Cauca, cumpliendo horario, desempeñando idéntica labor y en las mismas condiciones que los trabajadores de planta.
- iii) El 2 de noviembre de 2012 solicitó reconocimiento y pago de acreencias laborales.
- iv) El 21 de enero de 2013 la demandada informó que no es cierto que con la prestación del servicio se hubiese configurado una relación laboral.
- v) La entidad demandada al finalizar los contratos de prestación de servicios no le pagó prestaciones sociales.

## **PARTE DEMANDADA**

Niega la existencia del vínculo laboral e indica que dicha relación se rigió por la Ley 80 de 1993. Que la demandante no prueba lo injusto del despido y que no le consta la reclamación administrativa. Propuso como excepciones de fondo las de: *“inexistencia de la obligación por carecer de soporte legal las pretensiones efectuadas por la actora, cobro de lo no debido, prescripción, la innominada e inexistencia del demandado”*

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI por sentencia No.87 del 17 junio de 2014 DECLARÓ que entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN y la señora MARIA SUSANA CABRERA, existió un contrato de trabajo, vigente entre el 18 de febrero de 2004 y el 30 de noviembre de 2012. DECLARÓ parcialmente probada la excepción de prescripción, y no probadas las demás excepciones propuestas.

CONDENÓ al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar los siguientes conceptos:

Cesantías (2/11/2009 a 30/11/2012): \$5.595.384

Intereses sobre las cesantías (2/11/2009 a 30/11/2012): \$623.573

Prima de servicios (2/11/2009 a 30/11/2012): \$5.595.384

Vacaciones (2/11/2009 a 30/11/2012): \$2.799.887

ABSOLVIÓ al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN de las demás pretensiones, y CONDENÓ en costas a la demandada.

ADICIONÓ la sentencia para indicar que las sumas adeudadas deberán ser debidamente indexadas.

Consideró el *a quo* que:

- i) Con lo dicho por los testigos se demuestra la existencia de una relación laboral entre las partes, siendo sus dichos corroborados por la prueba documental.
- ii) No se allegó copia de la convención colectiva, por lo que no es posible endilgarle a la parte demandada la aplicación a cabalidad de una convención colectiva para este caso.
- iii) Se presentó reclamación administrativa el 2 de noviembre de 2012 e interpuso la demanda el 31 de mayo de 2013, luego las prestaciones causadas con anterioridad al 2 de noviembre del año 2009 están prescriptas.

- iv) Debe ser reintegrado a la demandante el monto de los aportes a la seguridad social que correspondían al empleador.
- v) La devolución de la retención en la fuente debe reclamarse ante la DIAN.
- vi) La demandada siempre negó la existencia del contrato de trabajo y lo hizo bajo un convencimiento legítimo de que la relación se regía por la Ley 80 de 1993, por lo que no se causan las moratorias.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

### **PARTE DEMANDANTE**

El apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación señalando que hubo una mala interpretación de la norma respecto a las cesantías, pues se debieron reconocer desde el momento en que se inició el contrato de trabajo; se aplicó la prescripción a las cesantías siendo que el trabajador no las puede retirar sino cuando termina la relación laboral, en este caso, el 30 de noviembre 30 de 2012 y la demanda se presenta el 31 de mayo de 2013, sin que opere la prescripción.

Respecto a los aportes a seguridad social, estos tampoco prescriben, por lo tanto, el reintegro se debe realizar desde el inicio de la relación laboral en febrero de 2004 hasta el 2012.

Frente a la indemnización moratoria por no pago de que trata el art. 65 del C.S.T, no se puede perder de vista que la Ley 80 de 1993 en el artículo 32 establece que los contratos de prestación de servicios son los que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con su administración o funcionamiento. Pero un trabajador que está, como la demandante, durante 8 años realizando la misma labor, denota una actitud insidiosa, engañosa y caprichosa de la entidad, por lo que no se puede admitir que haya existido buena fe de parte del ISS en liquidación, cuando la ley le dice que debe organizarse para que esa labor sea una función de planta. Indica que no puede ser ocasional una función que desempeña un trabajador durante 8 años en una entidad haciendo los cobros a los empleadores incumplidos, y se pudo demostrar que había trabajadores de planta que realizaban las mismas funciones.

Finaliza indicando que solicitó en se condenara algún otro derecho que pudiera establecerse de acuerdo con el artículo 50 CPTSS, y al trabajador no se le ha reconocido la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización por no consignación de las cesantías.

## **PARTE DEMANDADA**

La apoderada de la parte demandada interpone recurso de apelación argumentando que no existió contrato de trabajo entre las partes, en la medida en que no se dieron los tres elementos para ello, como fueron la prestación personal del servicio, el salario y la subordinación, considera e insiste en que se trataba de contratos de prestación de servicios regidos por la Ley 80 de 1993, los cuales se liquidaron uno a uno y obedecieron a la necesidad del servicio y de acuerdo a la oferta de servicios presentada por la demandante. Que la entidad siempre actuó de buena fe, por lo que se le debe absolver, al tratarse de contrato de prestación de servicios sin que haya lugar a reconocimiento de prestaciones sociales.

## **TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Conforme el Art. 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por un término de cinco (5) días para que presenten alegatos de conclusión.

Dentro del plazo conferido, la parte demandada presentó alegatos de conclusión.

## **2. CONSIDERACIONES**

Por el principio de consonancia -artículo 66A del CPTSS-, la Sala sólo se referirá a los motivos de inconformidad contenidos en los recursos de apelación.

No advierte la sala violación de derecho fundamental alguno, así como tampoco ausencia de presupuestos procesales que conlleven a una nulidad.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no se constituyen en una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación que fue interpuesto y sustentado ante el a quo.

## **2. SENTIDO DE LA DECISIÓN**

La sentencia apelada **se modificará y revocará parcialmente**, por las siguientes razones:

### **2.1. PROBLEMA JURÍDICO**

Corresponde a la Sala resolver los siguientes problemas jurídicos: **a)** ¿Existió entre la demandante y el ISS una relación laboral?, o por el contrario, ¿la relación contractual debe entenderse regida por la Ley 80 de 1993?; **b)** De hallarse probada la existencia del contrato de trabajo, se deberá estudiar si el fenómeno prescriptivo fue analizado correctamente por el a quo respecto al auxilio de cesantías; **c)** también se deberá establecer si procede la condena por indemnización moratoria prevista en Art. 1° del Decreto 797 de 1949 y la indemnización por no consignación de auxilio de cesantía prevista en el Art. 99 de la Ley 50 de 1990; **d)** Si es procedente ordenar la devolución de los aportes a seguridad social en los términos planteados en el recurso; **e)** se analizará el tema de las facultades ultra y extra petita frente a la indemnización por despido sin justa causa.

### **2.2 SENTIDO DE LA DECISIÓN**

Para definir, si existió una relación laboral entre la demandante y el I.S.S., se analizarán las circunstancias en las que se ejecutaron los diferentes contratos celebrados entre las partes, para lo cual se tendrá en cuenta el principio constitucional de “primacía de la realidad” consagrado en la Carta Política en el artículo 53, en virtud del cual en materia laboral debe prevalecer la verdad material sobre las formas, es decir, que si bien en el caso bajo estudio existen múltiples contratos escritos de prestación de servicios que en su contenido dicen regirse por la Ley 80 de 1993, debe examinarse si se configuró una verdadera relación laboral.

Toda vez que en el presente caso la parte demandada en la alzada argumenta que la relación existente entre la entidad y la actora estaba regida por un contrato de prestación de servicios regida por la Ley 80 de 1993, es del caso anotar, tal como lo han hecho las altas cortes, que, este tipo de contrato no se puede constituir de manera alguna en un instrumento que lleve a desconocer los derechos laborales,

por lo que a fin de brindar protección a la relación laboral es dable acudir a los principios constitucionales.

Para determinar si la actora estuvo vinculada al ISS por una relación laboral, se hace necesario acudir al Decreto 2127 de 1945, que en su artículo 2 dispone que para que haya contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos, cuales son: La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; la dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional; y el salario como retribución del servicio.

En concordancia con lo anterior acudir a los artículos 3 y 20 de esta misma norma; el primero de ellos dispone que una vez reunidos los elementos del contrato, este no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera. El segundo consagra una presunción de idéntica naturaleza a la prevista por el Art. 24 del C. S. T. según la cual una vez demostrada la prestación personal del servicio se presume la existencia de un contrato de *trabajo*.

Es decir que el primer elemento a demostrar es la prestación personal del servicio. Se procede entonces a verificar si efectivamente la demandante ha logrado demostrar con las pruebas recaudadas en el proceso la presencia de este elemento.

Tal y como se puede evidenciar en los diferentes contratos de prestación servicios suscritos (Fls. 22 a 87), desde el inicio del vínculo se pactó de manera formal una prestación personal del servicio por parte de la señora MARIA SUSANA CABRERA OVALLE, atendiendo a su calidad de profesional como contadora pública, y se lee lo siguiente: *“Los suscritos CLAUDIA CELINA RODRIGUEZ TORRES, (...) quien en el texto de este documento se denominará EL INSTITUTO de una parte, y de otra MARIA SUSANA CABRERA OVALLE (...) actuando a nombre propio, quien en adelante se denominará EL CONTRATISTA, hemos acordado celebrar el presente contrato de prestación de servicios PROFESIONALES como CONTADOR*

*PUBLICO que se registrá por las cláusulas que más adelante se señalan, previas las siguientes consideraciones (...).”*

El numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 establece:

*“(...) Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente indispensable.*

En el presente caso la relación contractual de la actora con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entre el 18 de febrero de 2004 y el 30 de noviembre de 2012, está probada con los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes que se relacionan a continuación (fls. 22 a 87):

FOLIO	CONTRATO VIGENCIA	ACTIVIDAD CONTRATADA	HONORARIOS
22, 82	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 5.599.839,00
	<b>18/02/2004</b> a 30/06/2004		
26, 88	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 3.853.100,00
	01/06/2004 a 15/08/2004		
82	Certificación de servicios	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 5.086.092,00
	23/08/2004 a 30/11/2004		
42, 82	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 6.164.960,00
	01/12/2004 a 30/03/2005		
44, 82	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 6.504.032,00
	01/04/2005 a 30/07/2005		
82	Certificación de servicios	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 4.878.024,00
	01/08/2005 a 30/10/2005		
48, 82	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 8.130.040,00
	01/11/2005 a 24/01/2006		
82	Certificación de servicios	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 8.509.442,00
	25/01/2006 a 31/08/2006		
54, 82	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 4.878.024,00
	01/09/2006 a 30/11/2006		
82	Certificación de servicios	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 6.504.032,00
	01/12/2006 a 31/03/2007		
56, 82	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 13.279.065,00
	13/04/2007 a 17/12/2007		
58, 82	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 5.636.828,00
	18/12/2007 a 31/03/2008		
60, 82	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 9.756.048,00
	01/04/2008 a 30/09/2008		

FOLIO	CONTRATO VIGENCIA	ACTIVIDAD CONTRATADA	HONORARIOS
67, 82	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 5.582.627,00
	18/11/2008 a 28/02/2009		
69, 82	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 5.193.812,00
	02/03/2009 a 31/05/2009		
70, 82	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 7.878.254,00
	01/06/2009 a 15/10/2009		
8, 83	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 14.939.503,00
	16/10/2009 a 30/06/2010		
77, 83	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 8.928.685,00
	01/07/2010 a 30/11/2010		
78, 83	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 7.142.948,00
	01/12/2010 a 31/03/2011		
79, 83	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 12.896.415,00
	01/04/2011 a 31/10/2011		
80, 83	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 14.738.760,00
	01/11/2011 a 30/06/2012		
81, 83	Certificación de servicios y contrato	Prestación de servicios Prof. Contador público	\$ 9.088.902,00
	03/07/2012 a <b>30/11/2012</b>		

En la prueba documental que milita en el plenario no se halló documento alguno que diera cuenta de que en algún momento la prestación del servicio fuera efectuada por persona diferente a la demandante; por el contrario, se corrobora que el demandante de manera personal atendió las obligaciones originadas de su vínculo con la demandada, pues los otro sí o adiciones fueron firmados también por ella (Fls. 52, 55, 57, 62, 63, 66, 73, 75 y 76), las constancias y certificaciones expedidas por la demandada siempre fueron a nombre de la actora (Fls. 28, 29, 30, 35, 36, 37, 38 y 82 a 84).

Sobre este punto, los testigos AMANDA LUGO ARAGÓN, FRANK EDWIN ROJAS y CARLOS ENRIQUE HERNANDEZ MAFLA quienes trabajaron para el ISS como personal de planta a excepción de la primera, manifiestan que era la contadora MARIA SUSANA CABRERA quien por sí misma realizaba labores tales como recaudar lo que las empresas le debían al Seguro Social, por lo que visitaba las empresas, revisaba la nómina y revisaba a qué personas les habían pagado las cotizaciones a seguridad social y a cuales no, sacaba un listado, confrontaba si había deuda, realizaba informes a Bogotá. También daba respuesta a tutelas, resolvía recursos de reposición y atendía a empleadores, sin que fuera posible que delegara sus funciones a otra persona.

Es decir, que según lo declarado por los testigos, la actividad desempeñada por la demandante, se ejecutó de manera estrictamente personal, siendo ella misma quien

se encargaba de la realización de las tareas que le eran impuestas por parte del Instituto de Seguros Sociales a través de su personal de planta como era Coordinadores y Gerentes, pues incluso el testigo CARLOS ENRIQUE HERNANDEZ MAFLA señaló haber sido el jefe inmediato de la actora en varias oportunidades, por lo que la convocaba a reuniones, se le informaba sobre las metas que debía cumplir, el plan de trabajo que debía ejecutar cada mes, se le llamaba la atención, y si se debía ausentar tenía que avisar, tenía que atender público y los elementos que usaba para su trabajo eran suministrados por el Seguro Social, agregando que debía cumplir horario, sin que haya autorizado a alguna persona en algún momento para que se encargara de cumplir estas tareas en su ausencia.

Ha cumplido entonces la demandante con la carga de la prueba que le corresponde, demostrando que prestó sus servicios de manera personal a favor del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Correspondiendo entonces a la accionada desvirtuar la existencia de la subordinación.

En cuanto a la subordinación, este elemento cobra vital importancia tratándose de un contrato de prestación de servicios, pues es precisamente el que lo diferencia de un contrato laboral, en el cual el trabajador se encuentra bajo la dependencia del empleador, debiendo cumplir con las órdenes e instrucciones que le imponga. Por lo que se procede a verificar si el demandado cumplió con la carga de desvirtuar la existencia de este elemento.

De las pruebas recaudadas, no encuentra la Sala que se haya logrado desvirtuar la presencia de este elemento. Los testigos claramente manifiestan que la señora MARIA SUSANA CABRERA no solo recibía órdenes, sino que también le era impuesto un horario de trabajo, el cual no podía modificar a su arbitrio y del que se vigilaba constantemente su cumplimiento, recibía llamados de atención, instrucciones y verificación constante de sus funciones por parte del señor Pablo Alberto Pérez y la señora Luz Marina Warner, siendo la última la coordinadora de recaudo y cartera y el primero era el Jefe Financiero.

Así las cosas, la Sala considera que la demandada no ha logrado desvirtuar la existencia de este elemento del contrato de trabajo, por lo que serán desestimados los argumentos de la alzada respecto a la inexistencia de la relación laboral.

El salario no fue objeto de reparo en los recursos de apelación, por lo que se tendrá como tal el hallado por el a quo<sup>1</sup>.

Ahora, a fin de determinar la categoría que ostentaba la demandante como servidora del extinto ISS, se hace necesario acudir a la normativa que reglamentaba las relaciones laborales-contractuales del ISS y su catalogación como entidad pública.

El Decreto Ley 1651 de 1977, artículo 3º, precisó que los cargos de director general del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, secretario general, subdirectores y gerentes seccionales de la entidad, serían ejercidos por “funcionarios de libre nombramiento y remoción”, y los demás servidores tendrían la calidad de “funcionarios de la seguridad social”, salvo aquellos que cumplieran actividades de aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado, transporte, quienes tendrían la calidad de “trabajadores oficiales”.

Luego, el Decreto 2148 del 30 de diciembre de 1992, cambió la naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales, al establecerse en el artículo 1, que funcionaría como una Empresa Industrial y Comercial del Estado –EICE- del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente.

A través del Acuerdo 003 de 03 de mayo de 1993, el Instituto de Seguros Sociales adoptó sus estatutos y en el artículo 33 clasificó a los servidores públicos; determinó los cargos que serían desempeñados por “empleados públicos”, y dispuso que los demás trabajadores conservarían su carácter de “funcionarios de la seguridad social” y “trabajadores oficiales”, hasta cuando se adoptara la estructura y planta de personal.

El Parágrafo del artículo 235, de la Ley 100 de 1993, señaló que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales mantendrían el carácter de “empleados de la seguridad social”. La Corte Constitucional en sentencia C-579 de 30 de octubre de 1996, declaró INEXEQUIBLE tal disposición y el inciso 2º, artículo 3º, Decreto Ley 1651 de 1977, advirtiendo que la decisión produciría efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria, es decir, el 20 de noviembre de 1996; decisión que reconoce la calidad de “trabajadores oficiales” por principio general a los empleados del ISS, y

---

<sup>1</sup> Se halló que el salario promedio mensual que se tuvo en cuenta para efectuar las liquidaciones entre el 02 de noviembre de 2009 y el 30 de noviembre de 2012 fue de \$1.768. 350.

por excepción la de “empleados públicos”, retirando del ordenamiento jurídico las normas referidas a la calidad de “funcionarios o empleados de la seguridad social”.

Por su parte, conforme al artículo 5° del Decreto 3135 de 1968, quienes prestan servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales.

Así, dada la naturaleza jurídica del Instituto de Seguros Sociales, como Empresa Industrial y Comercial del Estado, sus servidores son trabajadores oficiales y excepcionalmente, empleados públicos cuando ejerzan labores de dirección y confianza.

En este orden de ideas, la demandante, quien se desempeñó entre el año 2004 y el 2012 “en el Departamento Financiero del ISS Seccional Valle del Cauca como Contadora Pública” (certificados fls.35 y 81 a 84), ostentó la calidad de trabajadora oficial, quedado sin piso la apelación de la demandada en este punto.

## **PRESCRIPCIÓN DEL AUXILIO DE CESANTÍAS**

Ahora, en lo que atañe a la prescripción del auxilio de las cesantías, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de agosto de 2010, radicación 34393, expresó:

*“Así las cosas, se reitera nuevamente, que el sistema legal de liquidación del auxilio de cesantía actualmente vigente, no modificó la fecha de causación o de exigibilidad de la referida prestación social. Simplemente y desde luego de manera radical y funcional, cambió la forma de su liquidación, **pero en lo demás, mantuvo la misma orientación tradicional en cuanto a que solo a la finalización del vínculo contractual laboral, el ex-trabajador debía recibirla y beneficiarse de ella** como a bien lo tuviera sin las limitaciones exigidas en los casos en que durante la vigencia del contrato necesitara anticipos parciales o préstamos sobre el mismo.*

*El hecho de que el empleador renuente a la consignación, le implique el pago de un día de salario por cada día de retardo, no significa que el término de prescripción como modo de extinguir una obligación, empiece desde la fecha límite que tenía para consignar anualmente, pues no es eso lo que regula el artículo 99 de la ley 50 de 1990, sino otra cosa bien diferente y que atrás quedó consignado; pues de otro lado, tampoco debe olvidarse que dicha sanción solo va hasta la finalización del contrato de trabajo, por virtud de que en este momento la obligación de consignar se convierte en otra, cual es la de pagar directamente al trabajador los saldos adeudados por auxilio de cesantía, incluyendo los no consignados en el*

fondo, como reza el artículo 99 numeral 4° anotado, sin perjuicio de que la sanción por mora que de ahí en adelante se pueda imponer sea la prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002.

Por tanto, la obligación de consignar que tiene el empleador no supone que su omisión en ese sentido haga exigible desde entonces el auxilio de cesantía correspondiente a la anualidad o fracción de año en que se causó, por virtud de que **la exigibilidad de esa prestación social, en estricto sentido lógico jurídico -y en ello se debe ser reiterativo-, se inicia desde la terminación del contrato de trabajo**, momento en que de acuerdo con el numeral 4° del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se insiste, surge para el empleador la obligación de entregar directamente a su ex-servidor los saldos de cesantía que no haya consignado en el fondo, así como los intereses legales sobre ellos que tampoco hubiere cancelado con anterioridad.

Además, frente a la liquidación de la cesantía, con corte al 31 de diciembre de cada año, la cual debe consignarse a más tardar el 14 de febrero del año siguiente, lo que surge es una relación contractual entre el empleador y el fondo, en el que aquél se obliga a consignar al fondo de cesantía administrado por la respectiva sociedad y ésta se compromete a administrar esos recursos en los términos del artículo 101 de la Ley 50 de 1990, en cuya relación, convenio y trámite respectivo, para nada interviene el trabajador y menos le surge obligación alguna que tenga que cumplir en este aspecto.

Por lo anterior, conforme a la norma de marras, la obligación de consignar para el empleador, es como se acaba de anotar, debiendo de buena fe consignarle en el respectivo fondo lo que le corresponda en forma completa a favor del operario. De modo que si no lo hace, deberá someterse a la condigna sanción por la mora, sin que jamás ese incumplimiento se traduzca en un perjuicio y sanción para el trabajador, castigándolo con la prescripción extintiva cuando el operario no requiere al patrono para que deposite al fondo su cesantía, figura aquella que resultaría siendo una condena injusta para el trabajador porque pierde la prestación, **con lo que se estaría premiando al empleador incumplido sin fundamento jurídico alguno, sin haberse consolidado la exigibilidad de la cesantía, la cual se tipifica al terminar el contrato como ya se acotó**. En cambio sí, se repite, se estaría premiando al empleador incumplido, violándose de contera el debido proceso y el derecho al trabajo, como derechos fundamentales consagrados en los artículos 25, 29 y 53 de la Carta Política.

Lo expresado quiere decir, que **mientras esté vigente el contrato de trabajo, no se puede hablar de prescripción de la cesantía como derecho social**, lo cual se deduce de la interpretación sistemática tanto de los artículos 98 y 99 de la Ley 50 de 1990, como de los artículos 25, 53 y 58 de la Constitución Política; 254, 255 y 256 del C. S. del T., 1° del Decreto 2076 de 1967, 1° a 7 del Decreto 222 de 1978; 83 de la Ley 79 de 1988; 46 de Ley 9ª de 1989; 166 del D.L. 663 de 1993 y 1°, 2° y 3° del D.R. 2795 de 1991.

Conforme a lo expuesto, la Sala recoge lo adoctrinado mayoritariamente en sentencias del 12 de octubre de 2004 y 13 de septiembre de 2006, radicados 23794 y 26327, respectivamente, en las cuales se reiteró lo

*expuesto en casación del 19 de febrero de 1997 radicación 8202, así como cualquier otro pronunciamiento en contrario a lo aquí decidido.” (Subraya y negrilla propias)*

La anterior postura ha sido reiterada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, entre otras, en las sentencias SL2833 de 2017, SL1451 de 2018 y SL1064 de 2018.

La demandante laboró para el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES -ISS- entre el **18 de febrero de 2004**, según contrato de prestación de servicios y certificación del mismo obrante a folios 22 y 28, y el **30 de noviembre de 2012** cuando se terminó el vínculo laboral (por vencimiento del término de uno de los contratos de prestación de servicios, ver certificación folio 82, contrato fl.81), para un total de 8 años, 9 meses y 20 días (3.194 días), no habiendo operado el fenómeno de la prescripción de las cesantías, en tanto el derecho y la correlativa obligación de su pago surgió a la finalización del vínculo laboral y la demanda se presentó el 31 de mayo de 2013 (fl.19), admitida por auto 1385 del 22 de julio del mismo año (fl.93), lo que quiere decir que sobre las cesantías no recayó la prescripción, por lo que le asiste razón al apoderado de la parte demandante en su recurso de alzada.

Por tanto, por concepto de cesantías tiene derecho la demandante a las siguientes sumas de dinero<sup>2</sup>:

Año	Salario	Monto de las cesantías
2004	\$1.340.023	\$1.183.687
2005	\$1.785.484	\$1.785.484
2006	\$1.476.957	\$1.476.957
2007	\$1.630.525	\$1.630.525
2008	\$1.281.610	\$1.281.610
2009	\$1.768.350	\$1.768.350
2010	\$1.768.350	\$1.768.350
2011	\$1.768.350	\$1.768.350
2012	\$1.768.350	\$1.645.548
<b>Total</b>		<b>\$14.308.861</b>

<sup>2</sup> Para el cálculo la Sala promedió el salario mensual de la demandante atendiendo al valor de los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes en diferentes periodos de cada año, promediando así el salario mensual hasta el año 2008, pues a partir del 2009 éste fue fijado por el a quo y no es objeto de debate.

Se tomó como salario de la demandante la suma de \$1.768.350 para los años 2009, 2010, 2011 y 2012.

## **INDEMNIZACIÓN MORATORIA (ARTICULO 1° DEL DECRETO 797 DE 1949)**

El Art. 1 del Decreto 797 de 1949 consagra una indemnización moratoria a favor de los trabajadores del sector público, con el fin de garantizar el pago oportuno y completo de salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a la terminación del contrato de trabajo, estableciendo una sanción a partir del día 90 de la finalización de la relación contractual laboral, así:

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

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha precisado que la expresión «*transcurridos 90 días sin la cancelación de los emolumentos adeudados al trabajador el contrato recobra su vigencia*», no implica que la relación laboral se reanude ipso facto, sino que establece una ficción en el entendido que se trata de un término de gracia a partir del cual es dable imponer la sanción del pago de un día de salario por cada día de retardo.<sup>3</sup>

Al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL18619 de 2019, reiterada en Sentencias SL825 de 2020 y SL4771 de 2021, señaló:

*“El artículo 1° del decreto 797 de 1949, constituye la norma que contiene el derecho indemnizatorio sobre el que discurre el ataque, respecto del cual también ha explicado la Sala que no opera de manera automática e inexorable, es decir, por el mero hecho del no pago, el pago tardío o incompleto de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, sino que es menester que en cada caso el juez laboral, desde las pruebas regularmente aportadas, examine la conducta del empleador público para establecer si su condición de deudor moroso respecto de quien otrora trabajó a su servicio, tiene una explicación atendible, hipótesis en la que no le serían imponibles los drásticos efectos de esa norma, pues no estaría acreditada la mala fe que ella castiga*

*En ese escenario, recuerda la Corte que en varias oportunidades, por ejemplo en la sentencia SL 9641-2014, ha explicado que la buena o la mala fe en asuntos como el presente, no depende de la prueba formal de los contratos de prestación de servicios que entidades como la demandada suscriben con personas como el accionante, o de su mera afirmación de que obra convencida de estar actuando conforme a derecho al no tener por laboral el vínculo que de allí se desprende, pues de todas formas es necesario verificar otros aspectos que giraron alrededor del comportamiento que asumió en su condición de deudora obligada, razón por la cual el juez del trabajo debe*

---

<sup>3</sup> CSJ SL, 29 nov. 2005, rad. 23657.

*apreciar todo el acervo probatorio para establecer la existencia de otros fundamentos para no imponer la sanción por mora sobre la que se discurre.*

*Así las cosas, encuentra la Corte que en el caso concreto no existen pruebas ni razones convincentes que justifiquen la conducta del ISS, pues los nueve contratos de prestación de servicios que refiere el ad quem suscribió tal institución con el demandante, no demuestran buena fe, sino la clara intención de la demandada de acudir de manera sistemática a supuestos contratos administrativos de prestación de servicios, como los regulados por la ley 80 de 1993, para ocultar verdaderas relaciones contractuales laborales y burlar el pago de derechos de ellas derivados, establecidos a favor de quienes a la postre son realmente sus trabajadores”.*

La imposición de esta sanción no es automática, pues debe analizarse cada caso en particular a efectos de determinar si la conducta del empleador estuvo revestida de buena fe. Así, se deben estudiar las pruebas aportadas con el fin de establecer si existen circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador, solo después de examinadas estas, es posible para el fallador proferir condena. Y solo si el análisis demuestra que el empleador tuvo razones serias y atendibles, que generaron el convencimiento sincero y honesto de no deber, o que justifiquen su incumplimiento, se exonerará de la sanción,

En este caso, no pueden considerarse pruebas atendibles en aras a demostrar la buena fe del empleador, los contratos de prestación de servicios celebrados entre las partes; por el contrario con estos documentos se acredita el actuar indebido de la entidad y por ende carente de buena fe, pues acudió, por más de ocho años, a aparentes contratos de prestación de servicios, con el objetivo de desconocer la relación laboral existente.

Ejerció la entidad empleadora una conducta abusiva en la celebración de contratos de prestación de servicios, pretendiendo darle a este tipo de actuación un viso de legalidad, con el único propósito de encubrir la relación de trabajo subordinado con la demandante, encubrimiento que trae como consecuencia el menoscabo de los derechos sociales que debieron ser reconocidos a su debido tiempo a favor de quien impetra la demanda.

Estas conductas desplegadas por el empleador se tornan a todas luces reprochables y carentes de buena fe, pues es claro que se utilizó este tipo de contratos para encubrir labores que por su misma naturaleza y la de la entidad, se requerían de manera permanente.

En consecuencia, se condenará al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – LIQUIDADO- ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A., a pagar a favor de la actora, la suma \$58.945 diarios, equivalente a un día de salario, por cada día de retardo, desde el 1 de marzo de 2013 –día siguiente a los 90 días de plazo- hasta el 31 de marzo de 2015 -fecha en la que fue liquidado el ISS<sup>4</sup>-, para un total de **CUARENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$44.208.250)**, suma que deberá ser indexada mes a mes desde fecha de causación hasta el pago de la obligación.

### **SANCION ARTICULO 99 LEY 50 DE 1990**

Respecto a la indemnización por la no consignación del auxilio de cesantías consagrada en el Art. 99 de la Ley 50 de 1990, conforme la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia<sup>5</sup>, su reconocimiento no es procedente, a ser esta norma solo aplicable a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales.

Atendiendo a lo anterior la Sala encuentra que no prosperan los argumentos de alzada para conceder el pago de la sanción por no consignación de cesantías en un fondo.

### **DEVOLUCIÓN DE DESCUENTOS POR PAGOS REALIZADOS AL SISTEMA DE GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN, SALUD Y ARL**

Frente a los descuentos para la seguridad social resulta que estos deben hacerse por parte del empleador por ministerio de la ley; se rememora que el monto de cotización al sistema general de pensiones es del 16% del ingreso base de cotización, el cual debe ser asumido en su totalidad por afiliado cuando se trate de trabajadores independientes. En caso de trabajadores dependientes, el 75% estará a cargo del empleador y el 25 % del trabajador.

---

<sup>4</sup> “A criterio de la Sala, la sanción moratoria debe operar hasta la suscripción del acta final de liquidación que se publicó en el Diario Oficial 49470 de 31 de marzo de 2015, toda vez que a partir de esta fecha el Instituto de Seguros Sociales dejó de existir como persona jurídica; luego, perdió toda posibilidad de actuar en el mundo jurídico.” CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO Magistrada ponente SL981-2019 Radicación n.º 74084 Acta 06 Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

<sup>5</sup> CSJ SL2051-2017, CSJ SL981-2019, CSJ SL2614-2021CSJ SL 4771-2021

La cotización al régimen contributivo en salud del empleado dependiente es del 12.5% del salario mensual, de los cuales, el 8.5% está a cargo del empleador y el 4% a cargo del empleado.

El monto de las cotizaciones al Sistema General de Riesgos Laborales está entre el 0.348% y el 8.7%, del Ingreso Base de Cotización (IBC) de un trabajador, dependiendo de la clase de riesgo a la que pertenece la actividad económica de la empresa, siendo este aporte cubierto en su integridad por el empleador.

Teniendo claro lo anterior, una vez analizada la prueba documental que milita en el plenario, estima la Sala que no le asiste razón al apoderado del demandante cuando indica en su recurso de alzada que debió ordenarse la devolución de la totalidad de aportes a seguridad social realizados por la demandante de manera independiente durante la relación laboral con el I.S.S; primero porque no cuenta la Sala con material probatorio que demuestre la totalidad de esos pagos realizados por la actora, ya que no fueron aportadas las planillas de las declaraciones de autoliquidación y pago de aportes, o documentos donde consten los descuentos que se realizaban por este concepto, lo que imposibilita realizar su liquidación; y segundo porque al no contar con la prueba que demuestre su pago, si hubo descuentos y cuantía carece de valor examinar si frente a éstos operó el fenómeno prescriptivo, por lo que no prospera este punto de apelación y quedará incólume la condena que el a quo impartió.

## **FACULTADES ULTRA Y EXTRA PETITA**

Observa la sala que el apoderado de la accionante al interponer el recurso se refirió a las facultades ultra y extra petita previstas en el artículo 50 del CPTSS, esto para indicar que debió concederse la indemnización por despido injusto, pese a no haberse solicitado en la demanda.

Sobre estas facultades, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia *SL3691-2020*, expuso:

*“[...] no debe olvidar el recurrente que si bien la causa petendi de la demanda inicial, está conformada por las razones de hecho y de derecho que fundamentan las pretensiones, y que el sentenciador conforme al principio de congruencia, no puede alterar o cambiar los hechos o las súplicas para entrar a decidir en uno u otro sentido, y darle la razón al demandante o al demandado, también lo es que en materia laboral, la referida regla cuenta con una*

*excepción, ya que la ley permite que los juzgadores de única y primera instancia fallen en torno a súplicas distintas a las pedidas, haciendo uso de las denominadas facultades extra y ultra petita que consagra el citado artículo 50 del CPTSS, cuando los hechos que las originen hayan sido discutidos en el proceso y están debidamente probados, facultad que también tiene el fallador de segundo grado, cuando se trate de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.”*

Así, para que el juez falle en torno a pedimentos distintos a los solicitados en la demanda, en virtud de las facultades extra y ultra petita, se requiere que los hechos en que estas se respaldan hayan sido discutidos y probados, lo cual no se vislumbra en este caso, por lo que mal haría el a quo al acudir a ellas cuando no se dan estos presupuestos. Además, no se puede pasar por alto que la Sala no cuenta con las facultades, excepto en aquellos casos donde se trate de derechos mínimos e irrenunciables, lo cual no aplica a lo solicitado ante esa instancia. Por tanto, se despachará de manera negativa el recurso de apelación.

Corolario de lo anterior, se modificará la decisión del a quo. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada y en favor del demandante - artículo 392 CPC, modificado artículo 365 CGP, aplicable por integración analógica, según las voces del artículo 145 CPTSS-.

**En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,**

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- ADICIONAR** el numeral quinto de la sentencia 87 del 17 de junio de 2014 proferida por el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI** para, **DECLARAR** no probada la excepción de PRESCRIPCIÓN frente al auxilio de cesantías.

**SEGUNDO.- MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia 87 del 17 de junio de 2014 proferida por el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI** para **CONDENAR** al **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – LIQUIDADO, ADMINISTRADO POR LA FIDUAGRARIA S.A.-** a reconocer y pagar a favor de la señora **MARIA SUSANA CABRERA** de notas civiles conocidas en el presente proceso, por concepto de

auxilio de cesantías la suma de **CATORCE MILLONES TRECIENTOS OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$14.308.861)**

**TERCERO.- REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral tercero de la sentencia 87 del 17 de junio de 2014 proferida por el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI** para **CONDENAR** al **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – LIQUIDADO, ADMINISTRADO POR LA FIDUAGRARIA S.A.-** a reconocer y pagar a favor de la señora **MARIA SUSANA CABRERA** de notas civiles conocidas en el presente proceso, por concepto de indemnización moratoria consagrada en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, la suma de **CUARENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHO MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS (\$44.208.250)**, suma que deberá ser indexada mes a mes desde fecha de causación hasta el pago de la obligación.

**CUARTO.- CONFIRMAR** en lo demás la sentencia 87 del 17 de junio de 2014 proferida por el **JUZGADO DOCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI.**

**QUINTO.- COSTAS** en esta instancia a cargo del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – LIQUIDADO, ADMINISTRADO POR FIDUAGRARIA S.A.-** y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Las costas se liquidarán conforme al artículo 366 del CGP.

**SEXTO.- NOTIFÍQUESE** esta decisión mediante inserción en la página web de la Rama Judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-006-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/16>

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**MARY ELENA SOLARTE MELO**

Con firma electrónica

  
**ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**

  
**GERMAN VARELA COLLAZOS**

**Firmado Por:**

**Mary Elena Solarte Melo  
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional  
Sala 006 Laboral  
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **f46f78c0cea8fab46a162259f233e36c3d05d0625b986520ee97d93a3a257ba4**

Documento generado en 31/05/2022 09:04:41 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**

**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**