



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4



OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL285-2020

Radicación n.º 72279

Acta 003

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **CARMEN PATRICIA GARRIDO RODRÍGUEZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 18 de marzo de 2015, en el proceso que instauró en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN**.

I. ANTECEDENTES

Carmen Patricia Garrido Rodríguez demandó al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación para que se declarara que entre ellos existió un contrato de trabajo que duró desde el 1 de diciembre de 2004 hasta el 25 de junio de 2012, o dentro de los extremos que se probaran en el proceso, y en consecuencia, se condenara al pago de vacaciones, primas de navidad, extralegales y técnicas, cesantías y sus respectivos intereses, aportes a la Seguridad Social Integral e indemnización moratoria o en subsidio la indexación de las condenas, así como la nivelación salarial con los profesionales universitarios de la entidad.

Fundamentó sus peticiones en que prestó sus servicios al ISS desde el 1 de diciembre de 2004 hasta el 25 de junio de 2012, como profesional universitaria por ser contadora pública, en la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del ISS en la ciudad de Bogotá, mediante sendos contratos de prestación de servicios; que recibía órdenes del gerente, cumplía horario de trabajo y laboraba dentro de las instalaciones del ISS, que el salario, que nunca le fue incrementado en la misma proporción que los trabajadores directos, fue el siguiente para cada año: 2004: \$650.840, 2005: \$686.636, 2006: \$686.636, 2007: \$1.141.784, 2008: \$1.911.175, 2009: \$2.057.762, 2010: \$2.298.917, 2011: \$2.371.793 y 2012: \$2.371.793.

Indicó que en el Seguro Social existía personal de planta que realizaba sus mismas funciones como trabajadores oficiales, a quienes se les aplicaban las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre la demandada y

Sintraseguridadsocial. Y que nunca le efectuaron los aportes a la seguridad social que le correspondían como empleador.

Al dar respuesta a la demanda, la accionada se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con la vinculación de la demandante, mediante contratos de prestación de servicios personales, el no pago de acreencias laborales legales y extralegales y de aportes a la seguridad social de la accionante. Frente a los demás, señaló que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, ausencia de fundamentos fácticos y jurídicos, pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe e imposibilidad de condena en costas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 12 de agosto 2014, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, absolvió a la accionada de las demás pretensiones y la condenó a pagar las siguientes sumas de dinero:

- *La suma de DOCE MILLONES TRESCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO PESOS (\$12.394.835.00) por concepto de cesantías.*
- *La suma de OCHOCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$878.569.00) por concepto de intereses a la cesantía.*

- La suma de CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS (\$4.434.976.00) por concepto de vacaciones.
- La suma de SEIS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA Y SIETE (\$6.885.487.00) por concepto de prima de navidad.
- La suma de UN MILLÓN NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO (\$1.976.494.00) por concepto de prima extralegal de vacaciones.
- La suma de SIETE MILLONES NOVECIENTOS CATORCE MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS (\$7.914.368.00) por concepto de prima de servicios convencional.
- La suma de QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$596.533.00) por concepto de devolución de aportes a salud.
- La suma de SETECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$756.525.00) por concepto de devolución de aportes a pensión.
- La suma diaria de SETENTA Y NUEVE MIL CINCUENTA Y NUEVE PESOS (\$79.059.00) por concepto de indemnización moratoria, la que deberá cancelársele a partir del 26 de junio de 2012 y hasta que se efectúe el pago de las condenas impartidas en la presente sentencia.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el ISS en Liquidación, mediante sentencia del 18 de marzo de 2015, revocó la proferida por el *a quo*, y en su lugar la absolvió de todas las pretensiones.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el tribunal consideró como fundamento de su decisión, que la demandante no ostentó la calidad de trabajadora oficial, sino de empleada pública en virtud de lo señalado en los Decretos 461 de 1994 y 656 de 1995, que contemplaban la categoría de los funcionarios de la seguridad social del Instituto de Seguros Sociales, normas derogadas mediante el Decreto 416 del 20 de febrero de 1997 que dio aprobación al Acuerdo 145

del 4 febrero de la misma anualidad, en el cual se estableció que sus servidores se clasificaban en empleados públicos y trabajadores oficiales.

Al observar los hechos de la demanda junto con las pruebas documentales aportadas al proceso, conforme a la clasificación enunciada en el decreto mencionado, señaló que la demandante según certificación de folio 25 del expediente, fue contratada, inicialmente, como auxiliar de nómina de pensionados entre el 1 de diciembre de 2004 y el 30 de noviembre del 2005, posteriormente estuvo vinculada del 1 de diciembre del 2005 al 30 de noviembre de 2007, bajo un contrato de prestación de servicios; y, desde el 3 de diciembre del 2007 hasta el 30 de junio del 2012 en el cargo de contadora pública.

De acuerdo con los documentos de folios 48 a 52, 56 y 57, concluyó, con el hecho segundo de la demanda, que la actora era funcionaria del Departamento Nacional de Nómina de Pensionados del ISS. Entonces, de conformidad con la sentencia CC C-579-1996, los decretos enunciados anteriormente y una decisión del Consejo de Estado, de la que no indicó número de radicación, dio por probado que la señora Garrido fungió como empleada pública al ubicarse como profesional al servicio de la citada dependencia.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, confirme la proferida por el *a quo*.

Con tal propósito formuló dos cargos, por la causal primera de casación, que merecieron réplica y serán resueltos de manera conjunta por atacar el mismo elenco normativo y merecer idéntica solución.

VI. CARGO PRIMERO

Acusó la sentencia de violar la ley sustancial por la vía directa en la modalidad de aplicación indebida:

[...] del artículo 5º del Decreto 3135 de 1968, los artículos 3º, 4º y 5º del Decreto 1848 de 1969, el artículo 275 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º del Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 de 1997 en relación con los artículos 1º, 5º, 11, 12 y 17 de la Ley 6ª de 1945; 1º del Decreto 797 de 1949; 11 de la Ley 4ª de 1966; 5º y 8º del Decreto 3135 de 1968; 5º y 40 del Decreto 1045 de 1978; 3º, 467, 468 y 469 del Código Sustantivo del Trabajo y 38 del Decreto 2351 de 1965.

Para la demostración del cargo transcribió apartes de la sentencia atacada y dijo que el *ad quem* entendió que por estar adscrita a la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del ISS, tenía la calidad de empleada pública, conclusión errónea toda vez que esta forma de vinculación con las empresas industriales y comerciales del

Estado, era excepcional de acuerdo con los artículos 5 del Decreto 3135 de 1968 y 3 y 5 del 1848 de 1969.

Expresó que, de conformidad con la doctrina y la jurisprudencia, para que un servidor sea catalogado como trabajador oficial o empleado público, se deben consultar dos criterios: el orgánico (atendiendo a la naturaleza jurídica de la entidad), y el funcional (las funciones inherentes al cargo). Se apoyó en las sentencias CSJ SL 41337, 19 jul. 2011 y SL 38601, 13 jun. 2012 para decir que:

La garantía de que la condición de empleado público sea la excepción, se logra en tanto se exige que se describan las funciones propias del cargo, para efectos de poder constatar que las mismas entrañan dirección, manejo y confianza. Ello inclusive resulta coherente con el principio de primacía de la realidad sobre las formas.

En diversas sentencias la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha acogido el planteamiento expuesto, al explicar que es necesario que en los estatutos las empresas industriales del Estado no sólo se concreten los cargos, sino también las funciones específicas cuyo desempeño corresponde a los empleados públicos. Coherente con ello se ha advertido por la jurisprudencia laboral que el Juez no tiene competencia para entrar a determinar, complementar o suplir las falencias estatutarias en el ámbito analizado.

Lo anterior significa que si en los estatutos de la entidad no se precisan las funciones de dirección o confianza susceptibles de ser ejercidas por empleados públicos, no le es dable al juez entrar a calificar las mismas para efectos de suplir los vacíos estatutarios, ni es posible que el Juez a priori – sin la descripción estatutaria de las funciones – determine que el cargo corresponde a un empleado público.

Dijo que el Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 de la misma anualidad determinó que los cargos del ISS son susceptibles de ser desempeñados por empleados públicos, pero no indicó cuáles eran las funciones, por lo

tanto, si no estaban descritas las labores de la demandante, el tribunal debió concluir que ella era trabajadora oficial, siguiendo la regla general.

Concluyó que:

Es que aun aceptando que la demandante desempeñó funciones de Profesional en la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del ISS, ello no bastaba para considerarla como empleada pública, ya que era necesario que las funciones del cargo asignado hubiesen estado descritas en los estatutos como propias de este tipo de servidores, sin que la mera referencia al cargo bastase para suplir la exigencia legal y sin que el Juez se pudiese arrogar la facultad de entrar a calificar la naturaleza de las funciones no especificadas.

VII. CARGO SEGUNDO

Acuso la sentencia impugnada de violar directamente, pero por interpretación errónea, el mismo grupo normativo del primer cargo y expuso idénticos argumentos.

VIII. RÉPLICA

Se opuso a la prosperidad de la demanda de casación, dijo que no logró destruir los fundamentos de la sentencia y que además «[...] carece de formulación técnica, por cuanto ataca unas normas de interpretación para fundamentar y hacer valer medios de prueba que conduzcan a que se le reconozcan derechos a la recurrente [...]».

IX. CONSIDERACIONES

No le asiste razón a la réplica en el reproche realizado a las acusaciones formuladas, pues en estas no se pretende

hacer valer unas pruebas para la interpretación de normas, lo que formuló la casacionista fue un reparo de orden jurídico, pues a su sentir, el *ad quem* erró al pasar por alto, conforme a lo dispuesto en los artículos 5 del Decreto 3135 de 1968, 3 y 5 del Decreto 1848 de 1969, que para catalogar como empleado público a un servidor de una empresa industrial y comercial del Estado, debía estarse a lo dispuesto en los estatutos de esa entidad, a efectos de determinar si ejercían funciones de dirección o confianza.

El tribunal basó su decisión en los señalado en el Decreto 416 de 1997 que aprobó el Acuerdo 145 de la misma anualidad y en la sentencia CC C-579-1996; de las que concluyó que por la señora Garrido Rodríguez prestar sus servicios en la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados como profesional universitaria, la catalogaba como empleada pública.

Para la sala, si bien el tribunal acudió a los decretos aprobatorios de los estatutos del accionado, no se percató, conforme a lo previsto en el inciso 3 del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, que los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, son *trabajadores oficiales* y, excepcionalmente, cuando ejerzan funciones de dirección, manejo y confianza, empleados públicos, situación que debe estar contemplada en los estatutos de la entidad y que emana, precisamente, de una función constitucional de orden administrativo, situación no apreciada por el *ad quem*.

De allí, que esta corporación haya señalado que, para considerar a una persona como empleado público, específicamente en el ISS, deben verificarse los siguientes aspectos: (i) que su cargo se encuentre adscrito a los despachos relacionados en la decisión recriminada; (ii) que preste servicios directos a los titulares de esos despachos; (iii) y, que sus actividades se encuentren en la excepción prevista en el inciso 3 del artículo 5 del Decreto 3135 de 1968.

Es así, como en la sentencia de casación CSJ SL2584-2019, reiterada en la SL3629-2019, se indicó:

Entonces, de acuerdo con la clasificación de los empleos del ISS prevista en el Decreto 416 de 1997, en armonía con la estructura de la entidad consagrada en el Decreto 337 de 1995, para que los servidores profesionales o secretarías ejecutivas a que se refiere el numeral 13 del primero de los citados puedan considerarse como empleados públicos, es indispensable que el cargo que desempeñen se encuentre adscrito a los despachos de presidente, secretario general o seccional, vicepresidente, gerente y director; que presten sus servicios en forma directa a los titulares de dichos despachos, y que sus actividades estén inmersas en la excepción prevista en el inciso 3.º del artículo 5.º del Decreto Ley 3135 de 1968.

Visto ello, se destaca, conforme a los criterios orgánico y funcional, previsto en el Decreto 3135 de 1968, que el consejo directivo del ISS previó, en el artículo 1 del Acuerdo 145 de 1997, aprobado por el Decreto 416 de la misma anualidad, la clasificación de sus servidores, de la siguiente manera:

Artículo 1º. Los servidores del Instituto de Seguros Sociales se clasifican en empleados públicos y trabajadores oficiales.

A. Son Empleados Públicos, las personas que ocupan los siguientes cargos en la planta de personal del ISS:

1. *Presidente del Instituto.*
2. *Secretario General y Seccional.*
3. *Vicepresidente.*
4. *Gerente.*
5. *Director.*
6. *Asesor.*
7. *Jefe de Departamento.*
8. *Jefe de Unidad.*
9. *Subgerente.*
10. *Coordinador Clase I, II, III, IV y V.*
11. *Jefe de Sección.*
12. *Funcionarios profesionales de Auditoría Interna, Disciplinaria, Calidad de servicios de Salud y Contratación de Servicios de Salud.*
13. *Los Servidores Profesionales y Secretarías Ejecutivas del Instituto de los despachos del Presidente, Secretario General o Seccional, Vicepresidente, Gerente y Director.*

B. Son Trabajadores Oficiales, las personas que desempeñen en el Instituto los demás cargos (Subrayas fuera del texto).

Asimismo, el Acuerdo 76 de 1994, aprobado por el Decreto 337 de 1995, que estuvo vigente hasta la expedición del Decreto 2012 de 2012, modificó la estructura del Instituto de Seguros Sociales, adoptando otra a nivel nacional, seccional, zonal y local, conforme al cual y, atendiendo a las particularidades de este asunto, previó:

Artículo 3º. *El artículo 5º del Acuerdo 62 de 1994 quedará así:*

Estructura específica de los niveles. *La estructura específica de las distintas dependencias y unidades organizacionales del Instituto de Seguros Sociales en sus Niveles Nacional, Seccional, Zonal y Local, se determina con base en las siguientes reglas:*

En la estructura interna del Nivel Nacional, las unidades o dependencias del nivel directivo se denominan Presidencia, Secretaría General, Vicepresidencias y Gerencias. Las de Asesoría se denominan Direcciones y Unidades. Las ejecutivas son Departamentos, Coordinaciones y Secciones.

[...].

Vicepresidencias. *Funcionan a Nivel Nacional en número de seis (6) y corresponden a las cuatro (4) áreas de servicio a los afiliados*

del Instituto, Promotora de Salud, Prestadora de Servicios de Salud, Pensiones, Protección de Riesgos Laborales y a las dos áreas de apoyo, Administrativa y Financiera.

[...]

Artículo 4º. *El artículo 7º del Acuerdo 62 de 1994 quedará así:*

Estructura Interna. *El Instituto de Seguros Sociales en sus Niveles Nacional, Seccional y Zonal, tendrá la siguiente estructura interna:*

NIVEL NACIONAL

[...]

9: Vicepresidencia financiera

9.1 Gerencia Nacional de Gestión Financiera

9.1.1 Departamento Nacional de Presupuesto

9.1.2 Departamento Nacional de Contabilidad

9.1.3 Departamento Nacional de Costos

9.2 Gerencia Nacional de Tesorería

9.2.1 Departamento Nacional de Cuentas por Pagar

9.2.2 Departamento Nacional de Recaudo y Cartera

9.2.3 Departamento Nacional de Cobro Coactivo

Lo hasta aquí dicho es suficiente para tener por acreditado el yerro del Tribunal, al catalogar a la actora como empleada pública, siendo en realidad, una trabajadora oficial, regida por la Ley 6ª y por el Decreto 2127 de 1945, y demás normas concordantes, situación con la que, además, vulneró las disposiciones relacionadas en las acusaciones.

Por lo visto, los cargos prosperan.

Sin costas en casación.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

A más de lo expuesto en sede de casación, de conformidad con las certificaciones expedidas por la Asesora de Presidencia del ISS – Oficina Nacional de Contratación en las cuales dan cuenta de la prestación personal de servicios profesionales de Carmen Patricia Garrido Rodríguez como Auxiliar Nómina de Pensionados y Contadora Pública, (f.º 25) y con los sucesivos contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes en litigio (f.º 27 a 47), queda demostrada su vinculación el 1 de diciembre de 2004 al el 25 de junio de 2012. Tal y como lo estableció la *a quo*.

Verificado lo anterior, al momento de formular la demanda de casación, la demandante solicitó de esta corporación, una vez casada la decisión de segunda instancia, se confirmara el fallo del *a quo*, por lo que frente a ella, no queda nada pendiente por analizar.

Por su parte, el ISS, cuando apeló la decisión de primera instancia, manifestó su inconformidad respecto de lo que unió a las partes fue una relación civil mediante contratos de prestación de servicios no laborales.

Frente a este aspecto, queda por decir que, con base en la sentencia de constitucionalidad CC C-579-1996, esta Corporación en sentencia CSJ SL 6494-2016, indicó:

Así las cosas, en principio, le corresponde a la Sala determinar qué calidad tuvo el accionante durante el tiempo que prestó sus servicios a las accionadas, para lo cual, resulta procedente efectuar un recuento de las disposiciones más relevantes que definieron el

régimen legal de los servidores del ISS, a partir de la expedición del citado D. 1651/1977, que en su art. 3º, al referirse a la clasificación de los funcionarios al servicio del dicho instituto, determinó:

[...]

Posteriormente, mediante el art. 1º del D. 2148/1992, se modificó la naturaleza jurídica del ISS, al establecer que en adelante funcionaría como una Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculado al Ministerio del Trabajo y Seguridad Social. Así, en ejercicio de las facultades que le otorgó el num. 13 del art. 9º ibídem, el mencionado ente adoptó sus estatutos mediante el A. 003/1993, en cuyo art. 33 clasificó a sus servidores en los siguientes términos:

[...]

Por su parte, el párrafo del art. 235 de la L. 100/1993, determinó que los trabajadores del ISS, mantendrían el carácter de empleados de la seguridad social y en el art. 275 ibídem, se definió a esa entidad como una Empresa Industrial y Comercial del Estado y se señaló que «el régimen de sus cargos sería el contemplado en el Decreto 1651 de 1977».

Por su parte, el art. 1º del D. 1754/1994, refirió textualmente:

[...]

Empero, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-579/1996, declaró inexecutable, el párrafo del art. 235 de la L. 100 /1993 y el inc. 2º del art. 3º del D.L. 1651/1977 citado. Dicha providencia estableció en su parte resolutive que sólo produciría efectos hacia el futuro, a partir de su ejecutoria.

Finalmente, el art. 1º del A. 145/1997, expedido por el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el D. 416 /1997, dispuso:

[...]

De las normas transcritas y de lo resuelto por la Corte Constitucional, en la aludida sentencia C 579/1996, que fijó sus efectos a partir de la ejecutoria de la misma, lo cual tuvo ocurrencia el 20 de noviembre de 1996, se deduce que el demandante tuvo la calidad de funcionario de la seguridad social, entre el 22 de abril de 1982 y el 19 de noviembre de 1996 -esto es, por espacio de 14 años, 6 meses y 27 días-, pues a partir del día siguiente -y hasta el 23 de junio de 2003-, fue trabajador oficial, de acuerdo a la regla general consagrada en el inc. 2º del art. 5º del D. 3135/1968.

Aunado a lo anterior, para la corte, por virtud del

principio de la primacía de la realidad, los sucesivos acuerdos de prestación de servicios fueron un solo contrato de trabajo ininterrumpido entre el 1 de diciembre de 2004 y el 25 de junio de 2012, lo que demuestra que la vinculación de la demandante no obedeció a una circunstancia excepcional y transitoria, sino al desarrollo del objeto de la entidad, hecho que, por demás, descarta un actuar de buena fe del ISS para con la misma.

Lo anterior, configura una precariedad laboral en la contratación de la señora Garrido Rodríguez, favorecida por el Instituto de Seguros Sociales, entidad que consciente de su conducta, acudió a una figura en apariencia revestida de legalidad, para con ello ocultar una relación que inequívocamente era subordinada.

En consecuencia, la sentencia de primera instancia se confirmará en su integridad.

Las costas en las instancias a cargo de la demandada.

XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el dieciocho (18) de marzo de dos mil quince (2015) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CARMEN PATRICIA GARRIDO**

RODRÍGUEZ contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN.**

Sin costas en casación.

En sede instancia, se **CONFIRMA** en su integridad la sentencia dictada por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de agosto de 2014.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ