



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 1



**DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA**

**Magistrada ponente**

**SL5272-2019**

**Radicación n.º 62812**

**Acta 43**

Bogotá, D. C., cuatro (4) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por **ELDA LUCÍA ALMEIDA SANDOVAL**, contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de febrero de 2013, en el proceso ordinario laboral que instauró contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN**.

## **I. ANTECEDENTES**

Elda Lucía Almeida Sandoval instauró demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que laboró a favor del Instituto de Seguros Sociales desde el 14 de septiembre del 2000 hasta el 5 de mayo de 2006; que es beneficiaria de las convenciones colectivas celebradas en el periodo en el que trabajó para dicho instituto y que se tenga como salario base de liquidación de las prestaciones sociales la suma de \$1.109.939, que es *«el valor que devengaba para la misma época una ASISTENTE DE OFICINA, de planta, siempre y cuando sea superior»*.

En consecuencia, pide que se condene a la entidad demandada a reconocerle el auxilio de cesantía y sus respectivos intereses, las vacaciones, la prima de servicios, extralegal y de navidad, *«los salarios y prestaciones pendientes equivalentes a la diferencia entre lo que se le cancelaba a la demandante y lo que devengaba un funcionario que ocupaba el mismo cargo»*, los incrementos salariales, el auxilio de transporte, las dotaciones, el valor de las pólizas que debió comprar para garantizar los contratos suscritos con el ISS, los aportes a la salud y pensión, la retención en la fuente, la sanción moratoria, la indemnización moratoria consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indexación de las condenas, lo ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, informó que estuvo vinculada con el Instituto de Seguros Sociales desde el 14 de septiembre del 2000 hasta el 5 de mayo de 2006, en el cargo de asistente de oficina, en el horario de 8:00 a.m. a

5:00 p.m., de lunes a viernes y ocasionalmente los sábados; que dicho cargo existe en la planta de personal del Instituto; que su retiro se produjo por renuncia voluntaria y que su vinculación se hizo a través de la suscripción de quince contratos de prestación de servicios, discriminados de la siguiente manera:

<b>Contrato</b>	<b>Duración</b>
No. 012062	Del 13 de septiembre de 2000 al 27 de enero 2001
No. 012827	Del 01 de febrero de 2001 al 30 de septiembre de 2001
No. 013860	Del 04 de octubre de 2001 al 31 de octubre de 2001
No.014603	Del 1 de noviembre de 2001 al 15 de diciembre de 2001
No. 015606	Del 17 de diciembre de 2001 al 28 de febrero de 2002
No.016338	Del 1 de marzo de 2002 al 15 de abril de 2003
No. VA-005492	Del 16 de abril de 2003 al 30 de junio de 2003
No. VA-022291	Del 1 de julio de 2003 al 30 de noviembre de 2003
No. VA-023549	Del 1 de diciembre de 2003 al 15 de agosto de 2004
No. VA-028332	Del 17 de agosto de 2004 al 30 de noviembre de 2004
No. VA-030790	Del 1 de diciembre de 2004 al 31 de marzo de 2005
No. VA-033385	Del 1 de abril de 2005 al 30 de julio de 2005
No. P-038020	Del 1 de agosto de 2005 al 30 de noviembre de 2005
No. P- 041421	Del 1 de diciembre de 2005 al 24 de enero de 2006
No. P- 043568	Del 25 de enero de 2006 al 31 de julio de 2006

Indicó que estaba sujeta a órdenes directas y llamados de atención de parte del jefe del Departamento de Contabilidad; que debía cumplir un horario de trabajo y que prestó sus labores de manera personal y dependiente, por lo que, en realidad, se trató de un contrato de trabajo.

Explicó que, durante su vinculación con la empresa, desempeñó correctamente sus funciones; que el último salario que percibió fue de \$872.997; que la relación laboral fue continua y que debía firmar las ofertas de servicios y las actas de liquidación. Señaló que sus funciones

correspondían a las mismas que ejercían los funcionarios de planta que ocupaban el cargo de asistente de oficina y que no se le pagaron las prestaciones sociales y los demás beneficios legales y extralegales a que tiene derecho.

Afirmó que para «*acceder a los contratos*» debía afiliarse a la EPS Compensar y al fondo de pensiones y cesantías Porvenir, como trabajadora independiente; realizar los aportes sobre el salario mínimo legal mensual vigente y «*pagar el 15.5% que le correspondía a la demandada*». Además, agregó que se le obligaba a comprar una póliza de cumplimiento para cada uno de los contratos y que la entidad demandada le descontaba del salario, el 10% de retención en la fuente y un porcentaje destinado al impuesto de industria y comercio.

Mediante auto del 6 de julio de 2011, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito adjunto de Bogotá, tuvo por no contestada la demanda por parte del Instituto de Seguros Sociales, una vez que no fueron subsanadas las irregularidades advertidas por el despacho (fº 102).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 28 de octubre de 2011, resolvió:

**PRIMERO- DECLARAR** *que entre ELDA LUCÍA ALMEIDA SANDOVAL y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, existió un contrato de trabajo, el cual estuvo vigente entre el 14 de septiembre de 2000 y el 5 de mayo de 2006.*

**SEGUNDO- CONDENAR** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a pagar a favor de la demandante ELDA LUCÍA ALMEIDA SANDOVAL, las siguientes sumas de dinero por concepto de:

1. **DIFERENCIAS SALARIALES POR INCREMENTOS CONVENCIONALES** la suma de \$15'297.754,27
2. **AUXILIO DE CESANTÍAS**
  - 2.1 Auxilio de cesantías causado a partir del 14 de septiembre de 2000 y hasta el 31 de diciembre de 2001, atendiendo su retroactividad, la suma de \$1'097.091,67
  - 2.2 Auxilio de cesantías causado a partir del año 2002 y hasta el 5 de mayo de 2006, conforme al régimen de liquidación anualizada, la suma total de \$4'351.910,02
3. **INTERSES SOBRE CESANTÍAS** la suma de \$1'341.032,48
4. **PRIMA DE SERVICIOS EXTRALEGAL** la suma de \$4'979.284,41
5. **COMPENSACIÓN DE VACACIONES** la suma de \$2'411.892,57
6. **PRIMA DE VACACIONES** la suma de \$451.791,33

**TERCERO- Las sumas objeto de condena** deberán ser pagadas, debidamente **INDEXADAS**, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo.

**CUARTO- ABSOLVER** a la parte demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por el extremo demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO- CONDENAR** en costas a la demandada. Tásense.

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

Por apelación de la parte demandante, la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 28 de febrero de 2013, confirmó la decisión de primer grado.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal fijó como problema jurídico:

*Verificar si le asiste derecho a la demandante al pago de los dineros que canceló por retención en la fuente, aportes a salud, pensión y pólizas; así mismo se verificará si es procedente la reliquidación pretendida, finalmente se estudiará la sanción moratoria y la indemnización por no consignación del auxilio de cesantía, siendo inicialmente indispensable el análisis de las siguientes normatividades.*

Luego de citar los fundamentos jurídicos mediante los cuales se regula la organización del Instituto de Seguros Sociales, advirtió que, dada su condición de Empresa Industrial y Comercial del Estado, sus servidores, por regla general, son considerados trabajadores oficiales, por lo que su vinculación se hace a través de la suscripción de contratos de trabajo, tal como lo prevé el artículo 6 del Decreto 1848 de 1969, el cual se presume en los términos del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y que, para este caso, no fue desvirtuado por la parte demandante.

Posteriormente, indicó que se ocuparía de los puntos que fueron objeto de apelación por la parte actora:

Frente al primero de ellos, relacionado con la devolución de los aportes hechos al Sistema de Seguridad Social en pensiones y salud, indicó que, en virtud del principio de solidaridad, dicho reintegro sólo procede en eventos excepcionales, a saber, aportes cotizados al ISS cuando el cotizante se encuentra afiliado a una ARP y en los eventos de múltiple vinculación; exonerados y pagos dobles en un mismo periodo de cotización. No obstante, explicó que el caso de la actora no encuadraba en ninguna de tales hipótesis, por lo que no había lugar a devolver los dineros que pagó a ese título, máxime si los aportes que los afiliados realizan al

sistema constituye el capital base no sólo de su propia prestación, sino también el de todos los ciudadanos.

El segundo punto referido a las pólizas de cumplimiento y retención en la fuente. Explicó que la retención constituye un pago anticipado del impuesto de la renta y complementarios, en el que el ISS funge como un simple agente retenedor en los términos de los artículos 365 y 368 del Estatuto Tributario, por lo que no es procedente pretender la devolución de los dineros pagados por ese concepto en el trámite del proceso ordinario laboral.

Descartó, igualmente, la devolución de las pólizas de cumplimiento a entidades estatales, precisando que el riesgo protegido fue asumido, casi que en su totalidad, por Seguros del Estado y por la aseguradora Solidaria de Colombia, quienes fueron las empresas que recibieron el valor de la prima de aseguramiento y no el ISS, por lo que no es procedente que éste devuelva lo pagado a ese título. Aclaró que si lo que se pretendía era el resarcimiento de los daños causados, debía hacerlo por la vía de los perjuicios, lo que no ocurrió en este evento.

Luego de ello, se ocupó de la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales, así como por la no consignación oportuna de cesantías. Explicó que tales sanciones no operan de forma automática, pues están condicionadas a la existencia de mala fe del empleador en el caso concreto, la que para este evento no estaba demostrada, teniendo en cuenta que «*resultan atendibles las razones del*

*ISS para haber confundido la naturaleza de la vinculación de las partes, dado el conocimiento equivocado de las partes sobre la modalidad que las unía [...]» (f.º 16, cuaderno del Tribunal).*

Indicó que el hecho que, dentro del trámite, se hubiera tenido por no contestada la demanda de parte del ISS, no evidenciaba la mala fe en su actuar pues, en este caso, dicho Instituto se amparó en una razón atendible, respaldada por el tipo de contratos celebrados entre las partes, esto es, de prestación de servicios *«pues siempre tuvo la convicción de haber celebrado con la trabajadora contratos de prestación de servicios de naturaleza independiente, situación que sólo viene a dilucidarse en el trámite del proceso [...]» (f.º 17, cuaderno del Tribunal).*

Frente a la pretensión de reliquidación de las condenas, indicó que lo que se pretende es una adición de la decisión de primer grado, solicitud que resultaba improcedente, toda vez que la parte interesada dejó vencer la oportunidad procesal con la que contaba para reclamar la aclaración, corrección o adición de la sentencia, omisión que no es posible subsanar en el trámite de alzada.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

El recurso fue interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

## V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente pretende que la Corte case parcialmente la sentencia impugnada para que, en sede de instancia, revoque parcialmente la providencia del *ad quem* y en su lugar «condene a la parte demandada en lo desfavorable en la sentencia de primera instancia» (f.º 9).

Con tal propósito, formula dos cargos por la causal primera de casación, los cuales fueron replicados. Por razones de metodología y dado que los cargos se fundan en argumentos similares, la Sala los estudiará conjuntamente.

## VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, la Ley 6ª de 1945 y los artículos 1º del Decreto 797 de 1949; 2 y 3 del Decreto 2127 de 1945; 53 de la Constitución Política y 768 del Código Civil.

Refiere que su inconformidad tiene que ver con las apreciaciones que hizo el Tribunal respecto de la condena solicitada a título de indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales y por la no consignación oportuna de cesantías. Al respecto, considera que las conclusiones del *ad quem* son discutibles pues, un correcto entendimiento del artículo 1 del Decreto 797 de 1979, que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, permite inferir que dicha sanción no es de aplicación automática e inexorable, dado que para su imposición es necesario

examinar la conducta del empleador oficial incumplido o moroso, pues de existir razones atendibles que justifiquen la no satisfacción oportuna de la deuda laboral, el actuar de la entidad obligada se ubicará en el terreno de la buena fe, quedando exonerada de esa condena.

Luego de ello, advirtió lo siguiente:

*Por lo mismo, el sentenciador de segundo grado confirmo bien la sentencia de primer grado no impuso condena en lo desfavorable (sic), no se puede pasar por alto, que si bien hubo ruptura del vínculo laboral de la actora con el ISS, como quiera que aquella laborar (sic) de funciones sin solución de continuidad en el mismo cargo y desempeñando las mismas funciones de un trabajador de planta, como lo reconocieron las sentencias, al haber terminación el nexo contractual laboral entre las partes, se causan los reajustes salariales y pago de prestaciones sociales morosos (sic), previstos en la citada disposición, pues los mismos se generan a partir del momento de la resciliación contractual (f.º 10).*

Explica que la demandada celebró con ella contratos de prestación de servicios con el fin de esconder la verdadera relación laboral que subyacía, con lo cual se evidencia su intención de desconocer los derechos legales y convencionales de los que era beneficiaria, pese a que la sometió durante más de 5 años a subordinación jurídica y no le pagó las prestaciones sociales a que tenía derecho. Reprocha que en el fallo de segundo grado no se hubiera hecho pronunciamiento alguno sobre la conducta del ISS, la cual no es indicativa de buena fe.

Considera que la anterior situación se refuerza dada su condición de trabajadora oficial; que se está en la hipótesis contemplada en el artículo 53 de la Constitución Política y que, pese a que formalmente existió un contrato de

prestación de servicios, la accionada «abusó, no solamente con la subordinación sino la temporalidad de la ejecución de estos contratos, para ocultar una verdadera relación laboral con el fin de no cancelar las prestaciones sociales». Ello, a su juicio, es demostrativo de la mala fe del ISS.

Estima que en este evento debió presumirse la mala fe del ISS, de conformidad con el artículo 768 del CC, de acuerdo con el cual, el error constituye una presunción del mal actuar que no admite prueba en contrario. Manifiesta que el Tribunal no le dio todo el alcance a la ley sustancial; que el empleador no justificó su conducta para ubicarla en el terreno de la buena fe y que no efectuó el pago de las prestaciones sociales a que tenía derecho ni explicó con razones atendibles, esa omisión.

Por último, cita apartes de una sentencia que no identifica, en la cual se define el concepto de buena fe.

## **VII. RÉPLICA**

El Instituto de Seguros Sociales en liquidación considera que su conducta no podía calificarse como de mala fe, teniendo en cuenta que la contratación que realizó con la demandante tenía como propósito solucionar unas necesidades concretas de la entidad respecto de ciertas actividades específicas que no estaba desempeñando el personal de planta de la entidad. Por ese motivo, indica, las partes suscribieron un contrato en los términos de la Ley 80 de 1993, en la modalidad de prestación de servicios de apoyo

a la gestión, que en ningún momento tuvo una connotación laboral.

Explica que la imposición de una condena por razón de la eventual mala fe con la que actuó una entidad, no puede determinarse de manera ligera como lo pretende la recurrente, puesto que el análisis de la conducta del empleador, no depende de la simple declaración de la existencia de un contrato de trabajo, sino que son los hechos y las situaciones concretas en que se desarrolle la relación laboral, los que resultarían relevantes para ese propósito. Estima que no es posible aplicar en este asunto el artículo 768 del CC, pues no se trata de la falta de voluntad del contratista en suscribir el respectivo contrato de prestación de servicios como para invocar un error como vicio del consentimiento. Entonces, indica «*no puede ser probada ni enmarcada en el error una conducta que es de improbable cumplimiento en razón a la aprobación y expedición de la misma frente a su entorno contractual, por lo anterior, no es un cargo que fundamente algo claro y expreso frente a lo ya definido*» (f.º 45).

### **VIII. SEGUNDO CARGO**

Acusa la sentencia de

*[...] violar por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 mod. del artículo 52 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, ha sido la aceptada por la jurisprudencia laboral en el ataque orientado por la vía indirecta, bajo el entendido que el Tribunal cometió un error de hecho que dio lugar a que no se aplicara la norma que*

*correspondía al caso. Sentencia del 31 de marzo de 2009, Rad. 33402). En concordancia con el artículo 309 del Código del Procedimiento Civil, art. 230 de la C.P.*

Señala que el Tribunal incurrió en los siguientes yerros fácticos:

*Dar por demostrado sin estarlo, que la demandada actuó de buena fe.*

*No dar por demostrado estándolo, que la demandada actuó de mala fe al no cancelar oportunamente las prestaciones sociales e indemnizaciones, no devolución de aportes a seguridad social en pensión y salud, no devolución de retención, no devolución pago de pólizas, a que tenía derecho la demandante como trabajadora oficial a su servicio por espacio de más de cinco años.*

Luego de referir los argumentos que le sirvieron de fundamento al Tribunal para absolver al ISS de la condena a título de sanción moratoria, indica que se trata de una decisión que adolece de un yerro protuberante, pues «*una cosa es su actuar (conducta) y otra cosa la ejecución de los contratos (prueba calificada)*» (f.º 12).

Indica que está demostrado que siempre estuvo sometida al poder subordinante del ISS, por lo que no hay razón para considerar que no hubo mala fe en el actuar del empleador, máxime si éste no contestó la demanda inaugural y, con ello, se abstuvo de desvirtuar la presunción de unos hechos que condujeron a que se declarara judicialmente la existencia de una relación laboral.

Argumenta que la buena fe equivale a obrar con lealtad, rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y

honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos.

Considera que en este evento el Tribunal no se ocupó de estudiar las pruebas pertinentes, de cara a determinar el proceder de la demandada y definir si esta actuó o no de buena fe, pues se limitó a señalar que el ISS tuvo la convicción de haber suscrito contratos de prestación de servicios de naturaleza independiente, lo cual resulta insuficiente para absolverlo de la condena pretendida. Además, indica, al no contestar el escrito de demanda inicial no pudo justificar su proceder; la forma en que fue vinculada como trabajadora y la duración de la contratación.

Entonces, relata, el Tribunal debió efectuar el examen de los elementos subjetivos, relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, de acuerdo a su libre formación del convencimiento. Añade que la jurisprudencia ha establecido que los contratos de prestación de servicios no son suficientes, por sí solos, para tener por demostrada la convicción de que la entidad obró bajo los postulados de buena fe, tal como se sostuvo en sentencias CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 36506; CSJ SL, 7 dic. 2010, rad. 38822 y CSJ SL, 9 oct. 2003, rad. 20523 de las cuales transcribió algunos apartes.

Dice que al ser indiscutible la existencia de un contrato de trabajo en su caso, así como con el proceder caprichoso con el que actuó, no hay duda de la mala fe en su comportamiento. Precisa que:

*No sobra reiterar que la sola circunstancia de que el Instituto de Seguros Sociales es de naturaleza Empresa Industrial y Comercial del Estado sus trabajadores son oficiales resulte condenar a pagar una indemnización por sanción moratoria, en razón una razón obstinada (sic) del Instituto de Seguros Sociales de contratar de manera continuada a la demandante bajo el ropaje de varios contratos de prestación de servicios, hasta el punto de realizarle sin justificación como se dijo quince (15) contratos administrativos visto a folio 28, para desempeñar por espacio de 5 años, 8 meses una actividad habitual y permanente (f.º 17).*

Señala que el ISS no justificó la temporalidad de la contratación y que, es claro que ejecutó las mismas labores que le eran asignadas a los funcionarios de planta.

Añade que, si en las decisiones de primer y de segundo grado concluyeron que en este evento existió una relación laboral, no tiene explicación que se desconozca la condena a título de aportes a la seguridad social, a los cuales, tiene derecho. En relación con el pago del valor de las pólizas, también aduce que es necesaria la devolución de esas sumas de dinero *«toda vez que, al condenarse a la demandada, por ocultar una relación laboral, de mala fe obligó a la demandante de su peculio a pagar póliza, sería justo la devolución de dicho pago»* (f.º 17).

Frente a la reliquidación, considera que es justo que se reajusten sus prestaciones sociales legales y convencionales junto con los incrementos salariales, toda vez que la *«corrección, aclaración y adición de fallos se puede impetrar la solicitud hasta el último día, inclusive, de fijación del edicto del fallo. El fallo cobra fuerza ejecutora con la notificación del fallo aclaratorio o adicional»* (f.º 18). Por ese motivo, estima

que debe considerarse que las solicitudes de corrección, aclaración o adición que se formularon en el recurso de apelación, lo fueron de forma oportuna.

## **IX. RÉPLICA**

El Instituto de Seguros Sociales explica que en este caso no existe la mala fe invocada, puesto que se está ante una serie de contratos de naturaleza civil que fueron suscritos por las partes y cuya voluntad quedó plasmada en cada uno de ellos.

Adicional a ello, resalta la condición de supremacía ostentada por la parte recurrente quien, tuvo el tiempo necesario para exponer sus inconformidades y pretensiones a lo largo de los quince contratos de prestación de servicios que ejecutó con el ISS y que le dieron el suficiente conocimiento para saber lo que pretendía.

Dice que no era posible que la entidad pudiera ver que *«la solución en un momento determinado fuera reconocer una presunta calidad y relación laboral, pues el erario en el momento de solamente destinarlo mal, podría ser causa de una investigación de naturaleza sancionatoria»* (f.º 46).

## **X. CONSIDERACIONES**

A excepción de una situación que se mencionará al final de la decisión, se tiene que el reproche de la censura tiene

que ver con la determinación del Tribunal de haber absuelto al Instituto de Seguros Sociales del pago de la condena a título de indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales y por la no consignación oportuna de cesantías. Según la casacionista, se encuentra suficientemente demostrada la mala fe en la que incurrió su empleador, por lo que el Tribunal incurrió en un yerro tanto fáctico como jurídico, al no analizar las pruebas obrantes en el expediente y no aplicar las normas vigentes al caso, respectivamente.

Sobre el particular, es importante recordar que el juez de segundo grado estimó que el obrar de la demandada estuvo revestido de buena fe. Para ello, en síntesis, adujo que el empleador siempre estuvo convencido de que el vínculo que lo unía con la actora era de carácter civil, al haber suscrito con ella varios contratos de prestación de servicios, por lo que no era necesario consignar las cesantías anualmente ni pagar las prestaciones a la terminación del contrato, lo cual lo exime de mala fe. Agregó que no se trata de una sanción automática y que *«las partes acordaron la celebración de contratos administrativos de prestación de servicios, sin que por ello se perciba la mala fe en la negativa de la demandada al pago de prestaciones sociales»*, toda vez que *«siempre tuvo la convicción de haber celebrado con la trabajadora contratos [...] de naturaleza independiente, situación que solo viene a dilucidarse en el trámite del proceso [...]»* (f.º 17, cuaderno del Tribunal).

Previo a resolver el asunto, resulta oportuno poner de presente, en lo que se refiere a la sanción moratoria por la no consignación oportuna de cesantías consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 que, sin perjuicio de los alegatos invocados por la recurrente, la misma no es procedente en este asunto, dada la calidad de trabajadora oficial que ostenta la demandante.

En efecto, esta Corte ha precisado en reiterados pronunciamientos, que la sanción prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, cobija a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales, calidad ésta última que le fue reconocida a la promotora de la *litis*, lo que hace que su pretensión sea abiertamente improcedente (CSJ SL 981-2019 y CSJ SL 705-2013). En sentencia CSJ SL, 12 dic. 2007, rad. 30086 así se aclaró:

*La indemnización moratoria anual del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 no tiene aplicación a los contratos de trabajo del sector oficial, como que la dicha ley fue expedida para introducir reformas al Código Sustantivo del Trabajo.*

En consecuencia, dada la naturaleza del Instituto de Seguros Sociales y la condición de trabajadora oficial de la demandante, dicha condena no es procedente, por lo que, al margen de los alegatos invocados por la censura, en últimas, su pretensión carece de soporte jurídico que la respalde. Por ese motivo, el análisis de la Sala se limitará a estudiar la eventual procedencia de la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales y las consideraciones que se hagan a continuación, se referirán exclusivamente a esta pretensión específica.

Hecha esta aclaración, se tiene que, para demostrar los presuntos yerros en los que incurrió el Tribunal, la actora formula dos cargos, uno por la senda directa y otro por la indirecta, mediante los cuales pretende demostrar que era admisible imponer al ISS condena a título de indemnización por el no pago de salarios y prestaciones sociales, al estar suficientemente acreditada la mala fe en su actuar en desarrollo de la relación de trabajo. No obstante, como se verá enseguida, ninguno de los reproches se planteó de una manera clara y contundente, de modo que pueda entenderse que logran demostrar la comisión de errores jurídicos o fácticos de parte del Tribunal con la virtualidad de derruir la presunción de acierto y de legalidad que acompañan el fallo impugnado, lo que los hace imprósperos.

Así, en relación con el primero de los cargos, dirigido por la vía directa, la Sala advierte que, en realidad, no existe un cuestionamiento claro que se relacione con la falta o indebida aplicación de las normas que comprenden la proposición jurídica, pues los reproches que hace la censura resultan equivocados y desatinados a fin de contrastar los argumentos que fueron el soporte de la decisión de segundo grado, lo que conduce a su fracaso.

Para explicar lo anterior, la Corte advierte que la casacionista le reprocha al Tribunal no haber tenido en cuenta que las normas que regulan la procedencia de la indemnización moratoria, prevén que no se trata de una sanción de aplicación automática, circunstancia ésta que sí

fue tomada en cuenta por el *ad quem* quien analizó la conducta del ISS en la ejecución del contrato de trabajo, sin perjuicio de su corrección jurídica y recalcó la necesidad de atender las razones subjetivas para verificar su procedencia, lo que descarta un yerro derivado de ese específico cuestionamiento.

Es más, la Sala no entiende el motivo de reproche pues, que la censura insista en que, no se trata de una sanción automática y cuestione al Tribunal que desconoció esa circunstancia, a lo que llevaría sería a reforzar los motivos que tuvo el *ad quem* para declarar su improcedencia, propósito que resultaría contrario al que persigue la casacionista.

Ahora bien, los demás argumentos de la casacionista se soportan en apreciaciones subjetivas acerca de la forma en la que, a juicio de la actora, debió calificarse la conducta del ISS, dado el supuesto abuso que, dice, ejerció en su contra su empleador; alegatos éstos que nada tienen que ver con discusiones de orden jurídico y que tampoco tienen la entidad suficiente para acreditar un yerro con la relevancia necesaria para quebrar la legalidad del fallo.

Por lo demás, la demandante hace alusión al error del que supuestamente fue víctima, para alegar que la mala fe del Instituto debía presumirse conforme lo establece el Código Civil. No obstante, no existe ningún elemento de prueba del que pueda inferirse que existió un vicio en el consentimiento que afectara la validez de los contratos que

celebró con la demandada, pues lo que aquí ocurrió fue que se demostraron unos elementos que, de conformidad con la ley laboral, hacen que ese vínculo se considere como de trabajo, pero sin que se entienda que el mismo fue nulo o que no puede producir efectos al haberse fundado en error, fuerza o dolo de parte de alguno de sus contratantes, aspecto que, de considerarse, constituiría un hecho nuevo no admisible en casación. En esa medida, su reproche jurídico no tiene asidero alguno.

De otra parte, en lo que respecta al cargo formulado por la senda fáctica, el panorama es similar al descrito con antelación. En efecto, en primer lugar, la demandante incluye en su argumentación reproches de orden jurídico que no son admisibles por la vía indirecta, como lo es, por ejemplo, aludir al supuesto desconocimiento del precedente jurisprudencial y a las definiciones doctrinales sobre el concepto de buena fe, mezcla que no es admisible efectuar en sede de casación. Debe recordarse que las vías directa e indirecta de violación de la ley sustancial son excluyentes, habida cuenta de que la primera conlleva un error jurídico mientras que, la segunda, la existencia de uno o varios yerros fácticos, debiendo ser su formulación y análisis diferentes y por separado (CSJ SL, 25 may. 2004, rad. 22543).

Ahora bien, haciendo abstracción de los argumentos de orden jurídico incluidos indebidamente en el segundo de los cargos, la censura le endilga al Tribunal dos errores de hecho concretos, relacionados con no haber tenido por demostrada la mala fe con la que actuó el ISS en la ejecución de sus

contratos. Pese a ello, los alegatos que se invocan como soporte del cargo, son insuficientes para hilar un discurso coherente que conduzca a la demostración de tales yerros, por lo que también resulta improcedente.

Así, se observa que la recurrente simplemente menciona errores de hecho, sin que vuelva a referirse a ellos para explicarlos ni para acreditar la relación que tendrían con la valoración o con la falta de apreciación de los elementos de prueba obrantes en el expediente –que es lo que soporta un cargo por la senda indirecta- pues, de hecho, no incluye una referencia expresa a algún medio de convicción ni tampoco aduce argumentos que evidencien una relación lógica entre los elementos de juicio, la sentencia impugnada y los yerros denunciados.

No debe olvidarse que acusar la sentencia por la vía indirecta implica que la parte recurrente señale de manera clara las pruebas que son admisibles en casación, demuestre de modo objetivo qué es lo que acreditan, así como el valor atribuido por el juzgador y la incidencia de éstas en las conclusiones del fallo impugnado, requisitos que indudablemente en el escrito presentado no se observaron, lo que lleva a que los verdaderos soportes que mantienen en pie la sentencia acusada se conserven libres de ataque, toda vez que no logró derruir las conclusiones del fallo de segunda instancia (CSJ SL341 -2019).

Sin embargo, una lectura de los alegatos contenidos en el segundo cargo evidencia la ausencia de esa carga argumentativa. En realidad, no existe una referencia expresa

a pruebas calificadas en casación ni se identifica en qué medida, el ejercicio valorativo de los medios de convicción conllevó unas conclusiones contrarias a la realidad. De hecho, abundan en el escrito de casación, referencias sobre el deber del juzgador de efectuar un análisis de los «*elementos subjetivos de la conducta del empleador*», de «*las pruebas pertinentes*» pero sin que se ocupe en concreto de ellas, de referir su contenido y de evidenciar la equivocación del *ad quem* al haberlas valorado.

Ahora, en el escrito de la demanda de casación, se hace alusión a los contratos de prestación de servicios obrantes a folio 24 y siguientes del expediente, por lo que podría pensarse que esos son los elementos de prueba que se denuncian. Ello, sin embargo, no es del todo claro pues, debe advertirse que la mención que se hace de ellos, es sólo para indicar que se trataron de 15 contratos administrativos que se ejecutaron durante 5 años y 8 meses, temporalidad que no demostraría un yerro del Tribunal en la medida en que, más que la duración de la relación, son las circunstancias concretas en que la misma se desarrolló y, específicamente, la forma de actuar del Instituto a lo largo de su ejecución, lo que incide en la calificación de su conducta a efectos de inferir su buena o mala fe; aspectos que no se derivan del análisis de tales elementos de prueba.

En efecto, esta Sala ha precisado que las indemnizaciones moratorias causadas a la terminación del vínculo, tanto por el no pago oportuno de salarios y de prestaciones sociales, por tener su origen en el

incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y, por ello, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador. En sentencia CSJ SL, 21 abr. 2004, la Corte puntualizó:

*[...] el Tribunal no pudo ignorar la disposición por cuanto fue la que le sirvió de apoyo al Juzgado para fulminar la condena por indemnización moratoria, ni tampoco se rebeló contra su contenido, sino que estimó conforme a jurisprudencia de la Sala, que su aplicación no podía ser automática y que era necesario analizar la conducta del empleador para establecer si la presunción de mala fe quedaba o no desvirtuada; entonces, apoyándose en pruebas del expediente y luego de examinar las razones de la empresa demandada, -lo que de paso desvirtúa la afirmación inicial del recurrente de que el Tribunal no realizó análisis probatorio-, descartó la existencia de mala fe y no le hizo producir efectos a la norma acusada.*

*Ese criterio resulta acorde con el expuesto por la Sala en sentencia de 11 de julio de 2000, rad. 13467 en que señaló:*

*<La indemnización moratoria [...] se trata de una disposición de naturaleza eminentemente sancionadora, como tal, su imposición está condicionada, como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono> [...].*

En ese sentido, como quiera que la viabilidad de esta condena está condicionada a la existencia de mala fe de parte del empleador, lo procedente habría sido demostrar un yerro de parte del Tribunal al concluir que aquél había actuado de buena fe y que, por ende, no era viable acceder a tales peticiones. Sin embargo, dado que los reproches efectuados en los cargos precedentes adolecen de la vaguedad e imprecisión referidas, no logran acreditar un error de esa naturaleza, por lo que la absolución a ese título permanece

incólume, al no desvirtuarse el supuesto que la soporta.

De otra parte, la Corte estima que no le asiste razón a la recurrente cuando afirma que basta la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo para que proceda la imposición, de plano, de la indemnización moratoria. Nada más alejado de la realidad, pues una cosa es dar por acreditada la relación laboral subordinada y, otra bien distinta, dar por establecido que la conducta del empleador estuvo desprovista de buena fe (CSJ SL2478 -2018), asuntos que no resultan ser consecuentes o dependientes uno del otro como se sugiere. Entonces, la sola deuda de tales conceptos no abre paso a la imposición judicial de la carga moratoria. Es deber ineludible del juez estudiar el material probatorio con el fin de establecer si en el proceso obra prueba de circunstancias que revelen buena fe en el comportamiento del empleador de no pagarlos (CSJ SL11436 -2016).

Debe insistirse en que la naturaleza sancionatoria de este tipo de condena exige al juez efectuar un examen riguroso del comportamiento que asumió el empleador y de la totalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo que, en este caso, no le permitieron al Tribunal inferir la mala fe de su actuar, por el contrario dadas las particularidades del caso, lo condujeron a concluir que el ISS había actuado bajo la creencia razonable de estar ante un contrato de prestación de servicios, cuya naturaleza laboral solo vino a dilucidarse en el curso del proceso judicial, y que, por ende, descartan la

ilegalidad de la determinación que sobre este punto adoptó el Colegiado.

Si bien esta Sala de la Corte sostenía que, de cara a la imposición de la indemnización moratoria contra el empleador incumplido, existía una presunción de mala fe, en la actualidad se ha inclinado por una interpretación, de acuerdo con la cual, la verificación de la conducta del empleador es un aspecto que debe ser revisado en concreto, de modo de la condena se condiciona al análisis de los elementos subjetivos que guiaron su actuar en cada caso concreto (CSJ SL11436-2016).

Además, no debe olvidarse que los jueces de instancia, conforme a lo dispuesto en el artículo 61 del CPTSS, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica, pueden apreciar libremente los diferentes medios de convicción, sin que esa circunstancia, por sí sola, tenga la virtud de constituir un yerro fáctico evidente capaz de derruir la decisión.

Ahora, la censura alude a pronunciamientos judiciales en los que la Corte estudió casos similares, dirigidos contra la misma entidad aquí demandada y en los que se pedía, entre otras cosas, condenar a la indemnización moratoria.

Sin embargo, debe recordarse que el juez está obligado a fallar de acuerdo con las pruebas y los supuestos fácticos que se acrediten en cada caso pues precisamente, esas circunstancias particulares son las que resultan relevantes

para determinar si se presentan o no los elementos configurativos de un contrato de trabajo y si proceden o no cada una de las pretensiones reclamadas. Por ello, como la condena que aquí se pretende no opera de forma automática, sino que está condicionada al análisis del comportamiento subjetivo del empleador demandado, resulta improcedente solicitar la aplicación analógica de un caso que contiene supuestos fácticos diversos.

Por último, la Corte advierte que, aunque en el segundo cargo se invoca la procedencia de las devoluciones de dinero pagados a título de aportes a salud, pensión, retención en la fuente, entre otros reintegros, así como a la reliquidación de las sumas contenidas en el fallo de primer grado, se trata de referencias genéricas que no evidencian un error del Tribunal, pues ni siquiera tienen que ver con los argumentos que lo llevaron a absolver en razón de esas condenas, por lo que tales determinaciones permanecen incólumes. Debe recordarse que el juez de segundo grado explicó, para cada caso, por qué no eran procedentes los reintegros de dinero, así como la revisión de las condenas impuestas por el juez de primer grado, de modo que debían incluirse cuestionamientos claros con los que se dejaran sin piso tales conclusiones, pero ello no ocurrió en esta oportunidad.

Por todo lo anterior, los cargos se desestiman.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte actora. Se fija como agencias en derecho la suma de \$4.000.000, que se incluirá en la liquidación que se

practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

## **XI. 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, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 28 de febrero de 2013, en el proceso ordinario laboral que instauró **ELDA LUCÍA ALMEIDA SANDOVAL**, contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN**.

Costas como se indicó en precedencia.

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

**MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO**

**DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA**

**ERNESTO FORERO VARGAS**