



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número: 25

Audiencia pública número: 230

En Santiago de Cali, a los veintidós (22) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, y conforme los lineamientos definidos en el artículo 15 del Decreto Legislativo número 806 del 4 de junio de 2020, expedido por el Gobierno Nacional, con ocasión de la Declaratoria del Estado Excepcional de Emergencia Económica, Social y Ecológica, nos constituyimos en audiencia pública con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia número 209 del 15 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia promovido por LUZ STELLA LOZANO CRUZ contra PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION representado a través de la FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A., vinculado el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL.

ALEGATOS DE CONCLUSION

La mandataria judicial de la entidad demandada, luego de hacer las citas normativas sobre creación y liquidación del Instituto de Seguros Sociales, la que finalizó el 31 de marzo de 2015, pero antes del cierre del proceso liquidatorio suscribió el contrato de fiducia mercantil número 015-2015 con la sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. FIDUAGRARIA S.A. que permitió el cierre del proceso de liquidación, transferir activos para atender pasivos y contingencias conforme a la prelación de pagos, por eso FIDUAGRARIA



actúa sólo como administradora y vocera. Solicitando que se declare probadas las excepciones propuestas.

El mandatario judicial de la demandante, expresa que la señora Luz Stella Lozano Cruz tiene derecho a que FIDUAGRARIA vocera y representante del PAR ISS, le liquide sus prestaciones sociales definitivas, respetando la retroactividad de las cesantías conforme a la Ley 6 de 1945, además el pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA No. 199

Pretende la demandante que se declare la existencia de la relación laboral con el extinto ISS por lo que le asiste derecho a que se le reconozca, liquide y cancele por parte de FIDUAGRARIA las cesantías e intereses con su correspondiente retroactivo, por todo el tiempo laborado, la indemnización moratoria del Decreto 797 de 1949. Además, la indemnización moratoria por no pago oportuno de la sentencia número 8 emitida por el Juzgado Adjunto al Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Cali el 27 de febrero de 2009, ordenado su pago mediante la Resolución 1540 del 25 de junio de 2010, cuya liquidación se hizo hasta el 1 de agosto de 2010 y el pago efectivo el 8 de junio de 2011, reclamado además la indexación.

En sustento de esas pretensiones, anuncia la demandante que se vinculó como Trabajadora Oficial al servicio del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el 18 de diciembre de 1996, laborando hasta el 31 de marzo de 2015, como Técnica de Servicios Administrativos. Que estaba amparada por la convención colectiva de trabajo.

Solicita el pago de las cesantías por todo el tiempo laborado, incluido el período de 10 años, que por acuerdo fallido del Estado, empresa y trabajadores, estuvo congelada, considerando que se debe continuar beneficiando de la retroactividad de las cesantías, reclamando de la demandada la reliquidación del auxilio de cesantías con retroactividad, teniendo en cuenta M.P. ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ



toda su vida laboral, sin excluirle los 10 años que corresponden a enero de 2002 a diciembre de 2011. Además, que la congelación de las cesantías se estableció en el artículo 62 de la convención colectiva, pero fue un acto ilegal, porque la convención está por debajo de la ley.

Que, mediante la sentencia del 27 de febrero de 2009, se declaró la existencia del contrato laboral a término indefinido, condenándose al ISS a pagar las prestaciones sociales y es así como la demandada emite la Resolución 1540 del 25 de junio de 2010, mediante la cual acata el fallo judicial y reintegra a la actora.

Que ha solicitado a la demandada la reliquidación de los valores que corresponden a la sentencia de febrero de 2009, requiriendo el pago de los intereses moratorios generados en razón a la brecha de tiempo a la fecha de corte de la liquidación: 30 de julio de 2010 y la fecha de pago: 8 de junio de 2011.

Que el ISS en liquidación, ofreció un plan de retiro consensuado, entre cuyos beneficios se encontraba la liquidación retroactiva de las cesantías, para aquellos trabajadores que decidieran retirarse de manera voluntaria, acogiéndose al plan. Considerando que el reconocimiento de la retroactividad de las cesantías, así como el incremento adicional sobre los salarios básicos, no podía estar supeditado a la aceptación de un plan de retiro consensuado, porque la retroactividad de las cesantías es un derecho cierto e indiscutible.

Que, en comunicación del 5 de febrero de 2015, le informan la terminación del contrato, a partir del 31 de marzo de 2015.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada la acción a la entidad demandada, ésta mediante apoderada judicial da respuesta, oponiéndose a las pretensiones, argumentando para ello que la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo ya fue definido en los estrados judiciales, por lo tanto, hay cosa juzgada, cuyos valores fueron cancelados. En relación con el pago de las cesantías retroactivas, considera que a la actora no le asiste derecho, porque fueron liquidadas de conformidad con la normatividad vigente y aplicable al caso, no generándose la



indemnización moratoria reclamada. Plantea las excepciones de mérito que denominó: cosa juzgada, innominada o genérica, prescripción, inexistencia de la obligación y buena fe de la entidad demandada.

La A quo dispuso vincular al proceso a la NACION - MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, quien al dar respuesta, se opone a las pretensiones, porque la demandante nunca hizo parte de esa entidad, además el ISS estuvo vinculado al ministerio llamado al proceso, pero estaba dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente y en virtud de ello no tenía dependencia con el Ministerio de Salud y Protección Social. Formula las excepciones de fondo que denominó: prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación de reconocer la sanción moratoria, improcedencia de reconocimiento de intereses moratorios de acreencias consolidadas con anterioridad a la liquidación del ISS y la innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió mediante sentencia en donde la A quo, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva de la litis, condena al Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS, hoy PAR ISS, representado y administrado por FIDUAGRARIA S.A., a reconocer y pagar, una vez ejecutoriada esa sentencia, a la demandante la suma de \$11.280.675 por concepto de reajuste de la liquidación de las cesantías con régimen retroactivo, valor que se debe indexar al momento de su pago, a partir del 30 de marzo de 2015. Ordena a la Nación, Ministerio de Salud y Protección Social, que en caso de resultar insuficiente el remanente de la liquidación del extinto ISS, proceda a cumplir con la condena.

Para arribar a la anterior conclusión la A quo, parte de tomar la fecha en que se vincula la actora al Instituto de Seguros Sociales, esto es el 18 de diciembre de 1996, data para la cual aún no había entrado en vigencia la Ley 344 de 1996, disposición ésta que establece el régimen anualizado de cesantías para el sector oficial, por lo que resulta irrelevante la norma convencional que en su artículo 62 dispuso la congelación de las cesantías por 10 años y vencido ese período volvía el régimen de retroactividad, porque la demandante tenía ese derecho por haber ingresado antes de la vigencia del régimen anualizado de cesantías y no



hay prueba de que ella hubiese optado por el cambio de régimen de cesantías. Razón por la cual accede a liquidar las cesantías por todo el tiempo laborado, cuya operación matemática generó una diferencia a favor de la actora. No accediendo a las demás pretensiones, entre ellas la indemnización moratoria solicitada de conformidad con el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, dado que la interpretación que hace la operadora judicial, es que esa disposición en su parágrafo 2 refiere a la suspensión por 90 días del contrato, término que se contabiliza desde la terminación del contrato, debiendo la entidad dentro de ese plazo pagar al trabajador los salarios y prestaciones sociales y la única consecuencia que prevé es la ineficacia del despido y no sanción pecuniaria.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior, el apoderado judicial de la parte demandante interpone el recurso de alzada buscando se modifique la misma, argumentando la inconformidad en el valor de la liquidación de las cesantías, además, considera que se debe atender la indemnización moratoria solicitada porque no hubo pago oportuno de la sentencia judicial y porque no se pagó completo el valor de las prestaciones, dentro del plazo legal, donde la sanción moratoria es una forma de reparar el pago tardío.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Al ser el proveído de primera instancia, adverso a la entidad demandada, de la cual la Nación es garante, tal como lo ha precisado entre otras la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela STL 9681 de 2015, radicación 40650, Mag. Ponente: Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas, se dará trámite al grado jurisdiccional de consulta.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Conforme los argumentos expuestos en el recurso de alzada y ante el grado jurisdiccional de consulta, corresponderá al Sala de Decisión determinar: i) si hay lugar a declarar que la demandante tiene el régimen retroactivo de cesantías y de acuerdo con la respuesta, se M.P. ELSY ALCIRA SEGURA DIAZ



verificará la cuantía de esa prestación. ii) Si procede la condena de indemnización moratoria por no pago oportuno de las condenas impuestas en proceso anterior que curso entre el Instituto de Seguros Sociales y la demandante, iii) Si hay lugar a concederse la indemnización moratoria por no pago completo de las prestaciones.

Encuentra la sala que no es materia de discusión la existencia del contrato laboral que rigió entre las partes, porque esa fue una de las pretensiones que se dirimieron en el anterior proceso ordinario laboral adelantado por la misma señora Luz Stella Lozano Cruz y el Instituto de Seguros Sociales, habiéndose emitido sentencia de primera instancia el 27 de febrero de 2009 por el Juzgado Noveno Adjunto de este circuito, en la que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido en el período comprendido entre el 18 de diciembre de 1996 al 30 de junio de 2003, tal como se lee con la copia de esa decisión judicial incorporada a folios 26 a 39, modificada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 10 de diciembre de 2009, al ordenar el reintegro de la demandante (fl. 41 a 52).

Como quiera que el primer problema jurídico a definir estriba en determinar qué régimen de cesantías tenía la actora, y para ello se debe partir de la calidad de trabajadora oficial, dada la naturaleza jurídica de la demandada, como Empresa Industrial y Comercial del Estado, de acuerdo con el Decreto 2148 de 1992 y artículo 275 de la Ley 100 de 1993, y en atención al artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, toda vez que sólo serán empleados públicos quienes ejercen labores de dirección y confianza.

Al darse lectura a la Resolución 1540 del 25 de junio de 2010, emitida por el Instituto de Seguros Sociales, a través de la cual reintegra a la actora al cargo de Técnico de Servicios Administrativos (fl. 53), lo que conlleva a concluir que, al no haber ocupado un cargo de dirección o confianza, por consiguiente, la actora fue una trabajadora oficial.

Igualmente, se hace necesario partir del acuerdo convencional suscrito entre el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL y el representante del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, el que fue debidamente allegado al plenario en Cd



(FL. 23), que rigió del 01 de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004, que contiene la correspondiente nota de depósito ante el Ministerio del Trabajo y la Seguridad Social.

Pero ante todo es necesario recordar que el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, que, expresa que la finalidad de la convención colectiva de trabajo, es la de *"fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo"*, lo cual revela un carácter normativo y sólo rige durante la vigencia del acuerdo convencional. Aspecto del que se ha ocupado la Corte Constitucional en sentencia C-09 de 1994, al precisar:

"Las normas de la convención no pueden tornarse indefinidas por cuanto ellas requieren adaptarse a las necesidades cambiantes de las relaciones laborales, aunque deben respetarse los derechos adquiridos por los trabajadores en dicha convención, según las precisiones que han quedado consignadas. El respeto de los derechos adquiridos por los trabajadores mediante una convención, no se opone a la vigencia temporal de la misma, pues la convención puede ser prorrogada expresamente por voluntad de las partes o en forma automática, cuando las partes o una de ellas no hubiere hecho manifestación escrita de su expresa voluntad de darla por terminada, a través de su denuncia en cuyo caso los derechos adquiridos por los trabajadores quedan incólumes."

Y es que los supuestos fácticos y pretensiones, se fundamenta en la consideración de la parte actora de la ilegalidad del artículo 62 convencional, la que contiene el siguiente texto:

“CESANTIAS E INTERESES A LA CESANTIA

A partir del primero de enero del año 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por diez (10) años.

El Instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, las cesantías de la totalidad de los trabajadores, y liquidará sobre dicho monto intereses en cuantía de doce por ciento (12%) anual correspondiente al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero de 2002.

A 31 de diciembre del año 2002, y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente.

Sobre el monto de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre del año 2001, el Instituto reconocerá a partir del primero de enero de 2002, intereses equivalentes al 15% anual. En el caso de los trabajadores que no gocen de prima técnica, esta tasa de interés se incrementará en un punto. Los intereses aquí señalados se pagarán en el mes de enero del año siguiente, esto es, enero de 2003. En los años subsiguientes, el saldo de dichas



cesantías acrecentado con las cesantías anuales liquidadas por el año inmediatamente anterior, y disminuido en el monto de las cesantías parciales pagadas durante la vigencia, causarán intereses a las mismas tasas y para los mismos grupos de trabajadores antes señalados.

A partir del año 2002 y para efectos del pago de las cesantías parciales, se destinará una partida con recursos anuales equivalentes, como mínimo, al 18% del valor de la deuda por concepto de cesantías liquidadas a 31 de diciembre de 2001. La distribución y asignación de estos recursos se realizará conjuntamente por la empresa y el sindicato.

Para efectos de la liquidación de cesantías se tendrá en cuenta los siguientes factores:

- Asignación básica mensual.
- Prima de vacaciones y de servicios legal o extralegal
- Horas extras
- Recargos nocturnos
- Dominicales y feriados
- Auxilio de alimentación y transporte
- Viáticos”

Cabe preguntarse, si la norma convencional establece condiciones inferiores a las legales, que conlleve a la ineficacia de ésta, como lo reclama la parte actora. Para ello es necesario revisar el marco normativo del régimen de cesantías de los servidores estatales, encontrando que dentro del transcurso de este tiempo se han expedido las siguientes disposiciones:

Las Leyes 6^a de 1945 y 65 de 1946 y los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, previeron el derecho al auxilio de cesantías para los servidores del sector público en los órdenes nacional, seccional y territorial, en razón a un mes de sueldo por cada año de trabajo continuo o discontinuo y proporcional por las fracciones de año.

Luego se expide el Decreto 3118 de 1968 y en los artículos 3.^º y 4.^º se dispuso que se debían liquidar y entregar al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del Estado del orden nacional, excepto las de los miembros de las Cámaras Legislativas, de los empleados de las mismas, de los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la Defensa Nacional. Es con el Decreto 3118 de 1968, que se suprimió el régimen de retroactividad para remplazarlo por el de liquidación anualizada, administrado por



el Fondo Nacional del Ahorro, pero únicamente en relación con los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Más adelante, en el sector público, la Ley 344 de 1996 “*Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones*” en el artículo 13 estableció la liquidación anual del auxilio de cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, incluyendo las Ramas Legislativa y Ejecutiva a partir de su entrada en vigencia, esto es, el 31 de diciembre de 1996. Dice la norma:

“*(...) Artículo 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:*

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;*
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo”.*

Luego, el Decreto 1582 de 1998 por medio del cual el presidente de la República reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, extendió el régimen de liquidación de cesantías anualizado previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaran a los fondos privados administradores de cesantías, a saber:

“*Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.*

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998.”



Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000 en el artículo 2º, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la vinculación laboral.

En el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, a los servidores del orden territorial, en el artículo 3º previó:

“Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000”.

De acuerdo con el recuento normativo, existe el régimen de retroactividad de la cesantía para quienes se vinculan a las entidades estatales del nivel nacional, como lo era el Instituto de Seguros Sociales, antes de la expedición de la Ley 344 de 1996, salvo que no se hubiesen afiliado al Fondo Nacional del Ahorro. Régimen que permite la liquidación de esta prestación con el último salario devengado por todo el tiempo laborado. Mientras que el régimen anualizado, se hace la liquidación a 31 de diciembre de cada anualidad y con el valor de la remuneración percibida en esa anualidad. Por consiguiente, hay una gran diferencia entre cada uno de estos regímenes, resultando el anualizado, una desmejora para el trabajador, porque no se acumula el tiempo, ni se paga con el valor del último salario realmente devengado. Por lo tanto, al pactarse en el acuerdo convencional lo que se llamó congelamiento de la retroactividad de las cesantías por 10 años, dispuso desmejora de las condiciones prestacionales de los trabajadores vinculados al Instituto de los Seguros Sociales; conclusión que la Sala encuentra apoyada en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, quien también se ha ocupado del tema que nos ocupa, en sentencia SL 1901, radicación 77364 del 28 de abril del 2021, MP. Dr. Omar Ángel Mejía Amador: cuyo aparte es del siguiente tenor:

“Frente al alcance de dicha norma convencional, la Corte ha sido clara en señalar que de la firma de liquidar dicha prestación en efecto, se extrae una regla temporal que reguló el régimen para calcular las cesantías, según la cual, todas aquellas causadas a 31 de diciembre de 2001 se liquidaban y pagaban de manera retroactiva con un interés anual del 12%; y las generadas del 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2011 debían calcularse anualmente en virtud del congelamiento del régimen de



retroactividad durante ese lapso, es decir, por diez años. Luego, una vez vencido el mencionado plazo, la prestación, nuevamente, debía liquidarse con base en el régimen de retroactividad (CSJ SL 3823 -2020)

La Corte, también ha precisado que las reglas del artículo 62 de la convención, son para los efectos de liquidar las cesantías, no para su pago, tal como lo señaló esta Corporación en sentencia CSJ SL 981 -2019.

Por otro lado, el precedente ha determinado que el auxilio de cesantías es exigible a la terminación del contrato de trabajo y debe liquidarse conforme los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 6 del Decreto 1160 de 1947, 13 de la Ley 344 de 1996, y el 17 literal a) de la Ley 6^a de 1945, cuando la convención no resulta aplicable (CSJ 24 de mayo de 2011, rad. 37803, SL 1012-2015).

(...)

Bajo los anteriores supuestos, la posición de la Sala establece la aplicación de la norma convencional que dispuso la congelación de la cesantía para el año 2002, respecto de aquellos trabajadores que tenían el régimen retroactivo de cesantía y otorgó un interés anual. Es así como a partir de 2002 se procedió a la liquidación anual hasta el 31 de diciembre de 2011, para posteriormente, regresar al sistema retroactivo de liquidación. Lo anterior, en virtud del respecto de la libre autocomposición y de la negociación colectiva, el cual tuvo como principal finalidad permitirle al ISS amoldarse a las circunstancias económicas del momento.

No obstante, lo hasta aquí discurrido, una nueva reflexión de la Sala sobre el tópico objeto de esta decisión, hace oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva teoría frente a la aplicación del artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Conforme al análisis normativo que antecede, es claro que los trabajadores que se encontraban gozando del régimen de cesantías retroactivas a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, artículo 13, podían de manera voluntaria cambiarse al nuevo régimen y, posteriormente, del Decreto 1252 de 2000, en su artículo 2 dispuso de manera expresa que los servidores públicos que se encontraban vinculados a 25 de mayo de 2000, conservaban el derecho a continuar con el sistema de cesantía retroactiva.

Ahora, desde otra perspectiva, se tiene que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales se encontraron sujetos en un principio, a las reglas fijas en la convención colectiva, pues no existe duda sobre el derecho que les asiste a sindicatos y empleadores para lograr acuerdos que regulen las condiciones de trabajo, “Al ser producto de la autonomía de la voluntad de empleadores-trabajadores y explicarse desde una filosofía contractualista, su campo de aplicación es más estrecho, pues se reduce a determinar las condiciones de empleo de sus suscriptores o de quienes por extensión les sea aplicable”(CSJ SL 1240-2019)



Sin embargo, lo cierto es que para las personas que venían gozando de la cesantía retroactiva se presenta la disyuntiva de aplicar el artículo 62 de la Convención que establecía un sistema de liquidación anual, el cual desconoce las normas legales vigentes sobre liquidación de cesantías, situación que impone, la aplicación de la norma legal, la cual sin duda, es la norma que debe prevalecer pues se trata de una disposición de carácter irrenunciable y que regula el mínimo de derecho de los trabajadores oficiales en materia de cesantías.

Es así como resulta válido señalar en respuesta al problema jurídico planteado que, en el caso concreto, la negociación colectiva no podía desconocer el mínimo de derechos de sus afiliados, así se dijo en el radicado 23776 de 28 de mayo de 2005, reiterada en sentencia CSJ SL 5108-2020. Es así como no podía el sindicato pactar con el empleador la desmejora de las condiciones legales que, en este caso les permitía a sus beneficiarios mantener el carácter retroactivo de sus cesantías.” (subrayado y negrillas fuera del texto)

Descendiendo al caso que nos ocupa, la demandante ingresó a laborar el 18 de diciembre de 1996, cuando la Ley 344 de 1996, se promulgó el 27 de diciembre de esa anualidad, en el Diario Oficial número 42947, es decir, que la vinculación de la actora fue antes de emitirse la Ley 344 de 1996, además, la actora nunca se afilió al Fondo Nacional del Ahorro, por lo tanto, tiene el derecho adquirido a gozar de un régimen de cesantías retroactivas, siendo inaplicable el artículo 62 de la Convención Colectiva 2001-2004, porque el régimen de cesantías anualizado al que tiene derecho la demandante, es irrenunciable y la convención colectiva desconoció los derechos mínimos de los trabajadores oficiales al congelar la retroactividad de las cesantías.

Bajo las anteriores consideraciones se mantendrá la sentencia de primera instancia.

Procede la Sala a realizar la revisión de liquidación del auxilio de cesantía, siendo necesario definir el tiempo laboral y el salario devengado.

En cuanto al total de días laborados por la actora, partimos de la fecha de ingreso: 18 de diciembre de 1996, como se definió en el litigio anterior y terminó el 31 de marzo de 2015, como se acredita con la certificación expedida por el Jefe del Departamento Nacional de Compensaciones y Beneficios del ISS en Liquidación, obrante a folios 25, lo que arroja 18 años, 3 meses y 13 días, para un total de 6.583 días.



Para determinar el salario, si bien, se acompañó la liquidación definitiva de prestaciones sociales (fl. 78), determinado como promedio la suma de \$2.277.088

Por lo tanto, se liquida el auxilio de cesantías, que corresponde al total de tiempo laborado, por salario, sobre 360 días, sin que hubiese recibido la actora pagos anticipados, sólo el valor cancelado en la liquidación definitiva, dando el siguiente resultado:

DIAS	SALARIO	VALOR CESANTIA
6583	2,277,088.00	41,639,084.18
valor cancelado liquidación		30,344,494.00
DEUDA		11,294,590.18

De acuerdo con las anteriores operaciones aritméticas, a la demandante se la adeuda la suma de \$11.294.590.18 por concepto de auxilio de cesantías definitivas.

La Sala se pronuncia sobre la excepción de prescripción y encontramos que la relación terminó el 31 de marzo de 2015 y la demanda fue presentada el 21 de marzo de 2018 (fl. 1), sin que entre esas calendadas hubiese transcurrido más de 3 años que pregonó el artículo 151 del CPL y SS, por consiguiente, no operó el fenómeno de extinción de las obligaciones, como acertadamente lo determinó la A quo.

Al revisarse el valor del resultado de las operaciones matemáticas realizadas por la Sala y la suma cancelada a la demandante, queda a favor de ésta una diferencia de \$11.294.590,18, suma superior a la calculada en primera instancia que fue de \$11.280.675, lo que conllevará a modificarse el proveído de primera instancia, ante el reclamo que hace la parte actora.

La otra controversia planteada gira sobre el reconocimiento de la indemnización moratoria. Sobre este particular, la A quo hizo una interpretación literal del artículo 1 del Decreto 797 de 1949, concluyendo que esa disposición no contempla la indemnización moratoria sino la suspensión del contrato por 90 días y que la única consecuencia que prevé la norma es la ineficacia del despido.



La interpretación que ha tenido nuestro órgano de cierre en relación con la norma citada, no es la suspensión del contrato por 90 días, sino que ese es el plazo de gracia con que cuenta la entidad estatal para poner a disposición del ex trabajador sus salarios y prestaciones sociales, vencido el cual sino se cancelan esos derechos laborales surge la indemnización moratoria, así se puede consultar entre otras la sentencia SL 4076 del 15 de mayo de 2017, en la que precisa:

"Por el contrario, tal y como reiteró esta Sala en sentencia CSJ SL13187-2015, la indemnización moratoria de que trata el artículo 1º del Decreto 797 de 1949, el cual modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945, se ha constituido como una sanción para el empleador que, sin razón o motivación alguna, se sustraiga del pago de acreencias y demás obligaciones de carácter laboral a su cargo. En ese orden de ideas, es menester acreditar la buena o mala fe del empleador, en aras de verificar si al momento de la finalización del vínculo laboral, éste obró bajo los principios de honestidad y lealtad que justifiquen el no pago de las prestaciones solicitadas."

En igual sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 16976, radicación 46007 de 2017, ha expuesto:

"Es menester precisar que en todos los casos debe evaluarse la buena o mala fe del empleador, para imponer la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones sociales, en tanto es una temática ampliamente desarrollada por la Sala de Casación Laboral, que ha fijado los derroteros para el estudio de tal sanción en cada caso puntual. En reciente sentencia CSJ SL, 20 de sep. 2017, rad. 55280 reiteró: En ese contexto, le corresponde a la Sala determinar si el Tribunal aplicó automáticamente la sanción moratoria y dejó de lado la valoración de las pruebas que conducirían a la absolución por tal concepto. En punto a la temática propuesta, se ha de precisar que esta Corporación reiteradamente ha puntualizado que la indemnización moratoria, no opera de manera automática sino que en cada caso concreto debe valorarse la conducta asumida por el empleador, a fin de verificar si existen razones serias y atendibles que justifiquen su actuar y lo ubiquen en el terreno de la buena fe."

En el caso en estudio, no se puede predicar por parte de la demandada un actuar de mala fe que conlleve a condenarse al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, dado que el congelamiento de la cesantía retroactiva no fue una decisión unánime del empleador, sino el acuerdo de voluntades entre la agremiación sindical y el representante del Instituto de Seguros Sociales, que quedó condensado en la convención colectiva, por lo tanto, la entidad demandada dio cumplimiento a lo acordado extralegalmente, con el convencimiento de que la convención colectiva es ley para las partes. Razón por la cual, se ordenará que el valor



adeudado por concepto de diferencia por auxilio de cesantías definitivas sea cancelado de manera indexada, a fin que esa suma no pierda el valor adquisitivo.

En relación con la indemnización moratoria que se reclama por el no pago oportuno de los derechos reconocidos en el proceso anterior, que corresponden a la sentencia de febrero de 2009, considerando como fecha de corte de la liquidación: 30 de julio de 2010 y la fecha de pago: 8 de junio de 2011. Esta pretensión se desestima, porque lo que se hizo en la anterior decisión judicial fue reconocer la existencia del contrato realidad, además se ordenó el reintegro, por lo tanto, el contrato para la calenda en que profiere la decisión de segunda instancia no había terminado y la indemnización moratoria sólo opera a partir de los 90 días de terminado el contrato laboral, razón por la cual con la orden de reintegro la vinculación de la actora al ISS continuo hasta el 31 de marzo de 2015, cuando se le informa sobre la terminación y es ahí donde surge el derecho a reclamar la indemnización moratoria.

En cuanto a la obligación a cargo de la NACION, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL hay que decir que se mantendrá la decisión habida cuenta que mediante Decreto 2714 del 26 de diciembre de 2014, se prorrogó hasta el 31 de marzo de 2015 el plazo para culminar el proceso de liquidación del ISS. y como consecuencia de ello, tuvo lugar la extinción jurídica de la entidad, previa suscripción del Acta Final de Liquidación y su publicación en el Diario Oficial No. 49470 del 31 de marzo de 2015, razón por la cual, a partir del 1 de abril de 2015, la entidad dejó de ser sujeto de derechos y obligaciones.

El ISS en Liquidación con anterioridad al cierre del proceso liquidatorio, suscribió el contrato de fiducia mercantil 015-2015 con la SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A., con base en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 20001 modificado por la Ley 1105 de 2006, a través del cual se constituyó el negocio fiduciario denominado P.A.R.I.S.S Liquidado, respecto del cual FIDUAGRARIA S.A. actuará única y exclusivamente como administrador y vocero.

La calidad de fideicomitente y beneficiario inicialmente estuvo en cabeza del ISS en Liquidación, y una vez finalizada su liquidación dicha calidad fue asumida por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL



Por otra parte el Gobierno Nacional, a través del Decreto 2013 de 2012, ordenó su supresión y liquidación del ISS por considerar que se cumplían los presupuestos señalados en la Ley 489 de 1998 sin embargo, dicho decreto no cumplió de manera expresa con lo dispuesto en el parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, que establecía: "El acto que ordene la supresión, disolución y liquidación, dispondrá sobre la subrogación de obligaciones y derechos de los organismos o entidades suprimidas o disueltas, la titularidad y destinación de bienes o rentas, los ajustes presupuestales necesarios, el régimen aplicable a la liquidación y, de conformidad con las normas que rigen la materia, la situación de los servidores públicos"

En vista del incumplimiento normativo, la Sección Quinta de la Máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo a través de la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2015, dentro del proceso adelantado en acción de cumplimiento, resolvió:

"ORDENAR al Gobierno Nacional conformado en esta oportunidad por el Presidente de la República y los Ministros de Salud y Protección Social; Hacienda y Crédito Público; Trabajo y el Director del Departamento Administrativo de la Función Pública el cumplimiento del parágrafo 1º del artículo 52 de la Ley 489 de 1998, en el sentido de que se disponga sobre la subrogación de las obligaciones del ISS liquidado, en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales, dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta la complejidad del tema".

En atención a lo así ordenado, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 541 del 6 de abril de 2016, a través del cual dispuso:

"Artículo 1. De la competencia para el pago de las sentencias derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales. Será competencia del Ministerio de Salud y Protección Social asumir el pago de las sentencias judiciales derivadas de obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del Instituto de Seguros Sociales Liquidado..."

Son las anteriores consideraciones más que suficientes para modificar la decisión de primera instancia.



Costas en esta instancia a cargo de demandante y a favor de la entidad demandada. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a una quinta parte del salario mínimo legal mensual vigente.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera 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.- MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia número 209 del 15 de julio de 2019, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, objeto de consulta y apelación, el cual quedará así: CONDENAR al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, representado y administrado por FIDUAGRARIA S.A. a reconocer y pagar, una vez ejecutoriada está providencia a la señora LUZ STELLA LOZANO CRUZ, de condiciones civiles acreditadas en juicio, la suma de \$11.294.590.18, por concepto de diferencia en la liquidación de las cesantías definitivas con régimen retroactivo, suma que se cancelará debidamente indexada al momento del pago efectivo, partiendo para su contabilización a partir del día 01 de abril de 2015.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo restante la sentencia número 209 del 15 de julio de 2019, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, objeto de consulta y apelación.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Fíjese como agencias en derecho el equivalente a una quinta parte del salario mínimo legal mensual vigente.

El fallo que antecede fue discutido y aprobado.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI - SALA LABORAL

ORDINARIO DE PRIMERA INSTANCIA
LUZ STELLA LOZANO CRUZ
VS. PAR ISS EN LIQUIDACION – FIDUAGRARIA S.A.
RAD. 76-001-31-05-001-2018-00153-02

Se ordena notificar a las partes en la página web de la Rama Judicial (<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-004-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali>) y a los correos de las partes

DEMANDANTE: LUZ STELLA LOZANO CRUZ
APODERADO: PABLO EMILIO MARINEZ APARICIO
Correo electrónico: pema196005@hotmail.com

DEMANDADA. FIDUAGRARIA S.A.
Correo electrónico: www.fiduagraria.gov.co
APODERADA: CLAUDIA LORENA LEON BOTERO
Correo electrónico: leonboteroabogados@hotmail.com

DEMANDADO. MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL
Correo electrónico: notificacionesjudiciale@minsalud.gov.co
APODERADA: LUZ MARINA VALENCIA BUITRAGO
Correo electrónico: luzmavalencia@hotmail.com

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella
intervinieron

Los Magistrados


ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada


JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada
Rad. 001-2018-00153-02