



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

SENTENCIA 62

Aprobado mediante Acta del 7 de febrero de 2023

Proceso	Ordinario
Demandante	Sandra Viviana Gómez Díaz
Demandados	Instituto de Seguros Sociales en liquidación, Fiduciaria La Previsora, Nación -Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y Ministerio de Salud y Protección Social
Radicado	760013105002201400364-01
Asunto	Contrato realidad y acreencias laborales
Decisión	Modifica, Revoca parcial, y confirma

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, el día 27 de febrero de 2023, la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, por medio de la cual se modificó el art. 82 del CPTSS, adopta la decisión con el fin de dictar sentencia dentro del proceso ordinario laboral de la referencia, que se traduce en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

La demandante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con el Instituto demandado, vinculado a la Nación Ministerio de Salud y Protección Social y al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, desde el 1° de septiembre de 1995 hasta el

31 de marzo de 2013, en consecuencia, se ordene el pago de las prestaciones sociales legales y convencionales causadas; además del pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato, por no consignación de cesantías, por falta de pago de acreencias laborales a la terminación del vínculo laboral, y por pago tardío de los intereses de las cesantías. Asimismo, pretende el pago de la nivelación salarial, las horas extras, dominicales y festivos, el auxilio de transporte, la dotación, el auxilio de alimentación y de maternidad, la licencia de maternidad, el reintegro del descuento de retención en la fuente y pólizas de cumplimiento, los aportes a la seguridad social, la pensión sanción, la indexación y las costas del proceso (f.º 784-803).

El Ministerio de Salud y Protección Social, se opuso a las pretensiones de la demandante, aduciendo que no fue empleador ni contratante, además propuso las excepciones que denominó de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, inexistencia de la facultad y de consecuente deber jurídico para reconocer y pagar prestaciones sociales y derechos convencionales, cobro de lo no debido, inexistencia de la solidaridad entre el ISS y ese ministerio, prescripción, y la innominada (f.º 818-837).

En similares términos, el ISS en liquidación también se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que la vinculación correspondió a la consagrada en la Ley 80 de 1993 y demás normas concordantes, la cual no genera relación laboral ni reconocimiento de prestaciones sociales. En su defensa propuso las excepciones de falta de causa por inexistencia de la relación laboral, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe de la entidad demandada, y la innominada (f.º 921-926).

Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no contestó la demanda, igual situación se dio con Fiduciaria SA como representante del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS (f.º 961 y 990 Vto.).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Jueza Segunda Laboral del Circuito de Cali mediante sentencia proferida el 17 de octubre de 2019, condenó al PAR ISS administrado por Fiduagraria SA, y a la Nación Ministerio de Salud y Protección Social al pago de la prima de servicios legal y convencionales, vacaciones, vacaciones convencionales, prima de vacaciones, cesantías, intereses sobre las cesantías, y la absolvió de las restantes pretensiones.

Como fundamento de la decisión y para lo que interesa a la competencia de esta corporación, la *a quo* expuso en resumen que, por ser el extinto ISS una EICE sus trabajadores ostenta la calidad de oficiales, que se acreditó la celebración de diversos contratos sucesivos de prestación de servicios a partir del 1° de septiembre de 1995 hasta el 31 de marzo de 2013, con el mismo objeto de prestar los servicios como técnico de servicios administrativos de apoyo a la gestión de la administración, los cuales se desarrollaron bajo el cumplimiento de horario, continuada subordinación, asistencia a jornadas de capacitación ordenadas y organizadas por el ISS.

Explicó que la conclusión anterior se deriva de la documental y de las declaraciones de los testigos María Inés Valencia Orejuela y Fernando Rodríguez Ramírez, recaudados en el proceso con los que se acreditó la prestación personal del servicio de la demandante, en jornadas de ocho horas diarias en las instalaciones de Bellavista, así como la subordinación continua, además que las funciones desempeñadas no requerían conocimientos científicos, encontrando probado el contrato de trabajo.

Respecto a la indemnización por despido injusto, señaló que al haber sido la modalidad contractual a término fijo y que en el último contrato convinieron la fecha de vencimiento para el 31 de marzo de 2013, fecha en que en efecto culminó la relación laboral, no era dable entender que surgió un despido sino la terminación del contrato de trabajo por vencimiento de plazo acordado.

Indicó que se aportó el acuerdo convencional en copia auténtica y con la respectiva nota de depósito por lo que resultan válidas para los

derechos convencionales que se reclaman, más aún que la CCT se hizo extensiva a la demandante, por tratarse de un sindicato mayoritario.

Afirmó que las primas y vacaciones legales y convencionales se vieron afectadas por el fenómeno de la prescripción, y liquidó, las primas desde el año 2011 a 2013, con fundamento en el art. 50 de la CCT, las vacaciones de los últimos 4 años, con fundamento en el art. 48 de la CCT, auxilio de cesantías desde el inicio de la relación laboral, es decir el 1° de septiembre de 1995, y los intereses de las cesantías.

En lo concerniente a la indemnización por no pago de prestaciones a la finalización del contrato, y la indemnización por no consignación de cesantías, precisó que, las condenas por prestaciones sociales surgen de acoger la figura de un contrato realidad y, por tanto, la demandada por mucho tiempo actuó bajo el convencimiento de la existencia de un contrato diferente, de ahí que no evidenciada la mala fe para que procediera tal condena.

Precisó que es obligación del empleador efectuar los aportes de la seguridad social de los trabajadores, con fundamento en el art.17 de la Ley 100 de 1993, por lo que encontró procedente la condena de los aportes causados durante todo el tiempo de la relación laboral. No obstante, esta condena no quedó dispuesta en la parte resolutive de la sentencia.

La pretensión de auxilio de alimentación y de transporte señaló que, conforme a lo establecido en el art. 33 y 54 de la CCT, no resultaban procedentes, por cuanto, la demandante no acreditó que se debiera desplazar a laborar a otra ciudad. Lo mismo concluyó del subsidio familiar, y la licencia de maternidad, pues no se allegó prueba que demostrara el cumplimiento de los requisitos para ello. En cuanto a la pretensión de dotación, explicó que conforme al salario que devengaba la demandante, no le asistía tal derecho.

Finamente explicó que las condenas al Ministerio de Salud y Protección Social se imponían con fundamento en los Decretos 541 y 1051 de 2016, y deberán ser asumidas en los eventos en que se agoten los recursos del PAR ISS.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia, la apoderada judicial de la demandante manifestó que es procedente la condena por la indemnización moratoria, toda vez que, la demandante conservó la calidad de trabajadora oficial cuando operó la escisión del ISS mediante el Decreto 1750 de 2003, dado que no fue de aquellos trabajadores que pasó a las ESE en calidad de empleados públicos.

En cuanto a las prestaciones sociales señaló que al ser la demandada una EICE, por regla general los servidores son trabajadores oficiales, que estuvo regida bajo los elementos propios de un contrato de trabajo y ello implica el reconocimiento de todas las acreencias derivadas de este, desde el 1° de septiembre de 1995 hasta el 31 de marzo de 2003.

Respecto de la prescripción, explicó que no opera dado el contrato realidad, por ende, la obligación se debe hacer exigible a partir de la ejecutoria de la sentencia que establece a favor de la trabajadora los derechos laborales; agrega que no se puede aplicar la interpretación clásica del art. 488 del CST, porque ello vulneraría lo dispuesto en los arts. 186, 249 y 306, y el art. 53 de la CN.

Arguyó que lo dispuesto en el art. 62 de la CCT es para liquidar las cesantías y no para el pago, tal como lo ha señalado la CSJ SL-7145 del 20 de noviembre de 2007. Finalmente, solicitó que se revoque o modifique la sentencia en lo desfavorable a la demandante, invocando lo dispuesto por la CSJ SL981 de 2019.

Por su parte, el apoderado judicial de Fiduagraria SA vocera del PAR ISS señaló que no resulta procedente la declaratoria de la relación laboral con la demandante, porque no se puede construir los elementos propios de esa relación con los de una relación de naturaleza civil y comercial; explicó que no se puede confundir los criterios generales que fijó el ISS en materia de administración del personal de contratista y de prestación de servicios, con los conceptos de subordinación, dependencia y horarios de trabajo.

Que se evidencia en el plenario que la demandante aceptó su calidad de contratista al firmar de manera libre y voluntaria los contratos, al constituir las pólizas de cumplimiento y cobrar los honorarios pactados, al afiliarse al sistema de salud como independiente, al acatar las ordenes impartidas durante la ejecución de los contratos. Refiere que la demandante no perteneció a la planta de personal del ISS porque su contrato fue de aquellos que consagra la Ley 80 de 1993 y así quedó demostrado con las pruebas documentales y testimoniales arrimadas al proceso.

Aclaró que el proceso liquidatorio del ISS culminó el 31 de marzo de 2015 y se extinguió la entidad, por lo que a partir del día siguiente el ISS dejó de ser sujeto de derechos y obligaciones, y que antes de la extinción se suscribió contrato de fiducia mercantil, por lo que Fiduararia SA no es continuadora del proceso liquidatorio, ni sucesora procesal de la extinta entidad. Añadió que entre Fiduararia y la demandante no existió ningún vínculo.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

Conforme al art. 66A del CPTSS la competencia de esta corporación se limita a los puntos que fueron objeto de apelación por la parte demandante y por la demandada PAR ISS, en aplicación del principio de consonancia, no obstante, ante el grado jurisdiccional de consulta en favor del PAR ISS en liquidación, se conocerá lo restante que no fue objeto de censura por dicha entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este despacho judicial, a través de auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión, quienes no lo hicieron dentro de la oportunidad procesal tal como se observa en el expediente.

PROBLEMA JURIDICO

El problema jurídico en esta instancia, consiste en determinar i) si la vinculación de la demandante obedeció a una verdadera relación laboral, o si se trató de un contrato de prestación de servicios profesionales en los términos de la Ley 80 de 1993, de ser viable; ii) si operó o no el fenómeno jurídico de la prescripción; iii) si la demandante tiene derecho al pago de la prima de servicios legal y convencionales, vacaciones legales y convencionales, prima de vacaciones, cesantías, e intereses sobre las cesantías, acreencias que fueron reconocidas por la *a quo*; iv) si la demandante tiene derecho al pago de la indemnización por no pago de acreencias laborales a la terminación del vínculo; y v) si es procedente la condena al Ministerio de Salud y Protección Social.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero precisar que en el presente trámite y conforme al recurso interpuesto, no se desconoce por la parte pasiva la vinculación de la demandante a su servicio en el lapso comprendido entre el 1° de septiembre de 1995 hasta el 31 de marzo de 2013, para desempeñar funciones de Técnico de servicios administrativos, lo que sí discute es la clase de contrato, por ende, la sala centrará su análisis en este tema.

1. Clase de contrato

Se precisa que el contrato de trabajo del trabajador oficial se encuentra reglamentado en el artículo 1° de la Ley 6 de 1945, ahora, conforme a lo distinción con el contrato de prestación de prestación, que realizó la Corte Constitucional en sentencia C-154 de 1997, se advierte que este último puede derivar en una relación de carácter laboral cuando se cumplen los requisitos exigidos para su estructuración, señalados en el citado artículo, y en tal evento, surge a favor del contratista el derecho a percibir prestaciones sociales.

Contrario a lo que acontece con el contrato de trabajo, el de prestación de servicios, si bien puede ser celebrado y ejecutado por una persona natural, la ley establece para éste unas calidades y condiciones, no solo profesionales, sino éticas y morales, para su vinculación con el Estado. Forma de vinculación que constituye la excepción a la regla de contratación, pues ello solo puede obedecer a la necesidad de suplir actividades o labores no relacionadas con la administración o funcionamiento de la misma, o para desarrollar actividades especializadas que no pueden ser asumidas por el personal de planta de la entidad estatal que contrata, por ende, este tipo de contrato no admite el elemento de subordinación de parte del contratista, quien actúa como parte autónoma e independiente sujeta a los términos del contrato y de la ley contractual.

En el caso bajo estudio, y para acreditar el vínculo laboral que pregonaba la parte demandante, allegó certificación y los contratos celebrados en el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 1995 hasta el 31 de marzo de 2013, (f.° 22-119), así como la declaración de la señora María Inés Valencia Orejuela (CD f.° 219 Min: 05:04) y Fernando Rodríguez Ramírez (CD f.° 1052 Min: 03:59), la primera testigo quien indicó conocer a la demandante por haber sido compañera de trabajo en el Seguro Social, en el mismo Departamento; precisó que debían cumplir el horario de 8 de la mañana a 5 de la tarde, con una hora de almuerzo y que en ocasiones los sábados. Afirmó que no se podían ausentar del trabajo porque debían cumplir con el horario, y en caso de requerirlo había que solicitar permiso.

En igual sentido el testigo Rodríguez Ramírez indicó conocer a la demandante desde septiembre del año 1995, época en que él laboraba en el ISS y ella ingresó a trabajar allá en el mes de septiembre, siendo compañeros de trabajo en el Departamento de Atención al Pensionado hasta el momento en que ella salió, le consta que la vinculación de ella fue por prestación de servicios porque en ese mes los llamaron a varios y les cambiaron el contrato a esa modalidad. Explicó que las funciones de ella eran administrativa 1, luego pasó a ser de la parte jurídica, desarrollando actividades de recepciones manuales, prestar apoyo en varias áreas como nómina, resolviendo tutelas, recursos y resoluciones manuales, lo que se realizaba en las instalaciones de Bellavista, con

todos los implementos de oficina que les suministraban, en el horario comprendido de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., de lo cual quedaba registro al ingreso y egreso. Afirmó que el horario lo determinaba el jefe, que tuvieron varios, entre ellos Dora Saavedra, María Teresa Prieto, Vivian Choes, Tomas Joaquín, y que en los cierres de nómina siempre debían trabajar horas extras que no les cancelaban, pero se las daban en compensatorios, porque se debía cumplir la meta, y ello implicaba en ocasiones trabajar los fines de semana, sin embargo, les asignaban transporte para llevarlos a la casa. Indicó que la labor solo se podía realizar de forma personal, y que había personas vinculadas con el ISS que hacían la misma labor que la demandante, sin embargo, los vinculados de planta percibían más salario. Preciso que era obligación asistir a todas las capacitaciones que realizaba el ISS, así fueran en otra ciudad como Palmira o Buga; así mismo era obligatorio solicitar permiso para poder ausentarse del trabajo.

Las anteriores declaraciones le ofrecen credibilidad a la Sala, toda vez que informan las razones de sus dichos y conocieron de cerca la actividad de la demandante.

De las anteriores pruebas, se infiere por esta colegiatura que la demandante prestó sus servicios de carácter personal al Instituto de Seguros Sociales, a través de contratos pactados entre el 1° de septiembre de 1995 hasta el 31 de marzo de 2013.

De igual forma, se advierte que por el tiempo que perduró la vinculación laboral, es decir, más de diecisiete años, y por las condiciones y actividades desempeñadas por la demandante –las cuales fueron detalladas por los testigos con antelación–, dichas labores eran del giro ordinario de la empresa, en tanto, eran connaturales a la actividad del ISS como administradora en su momento del sistema de pensiones, además, porque es evidente que las funciones realizadas no requerían de conocimientos especializados y podían ser desempeñadas por el personal de planta del Instituto, como en efecto, señalaron los citados testigos, los había.

Así pues, concluye la Sala en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, que consagra el art. 53 de la Constitución

Política, que la contratación adoptada por el Instituto demandado, desdibuja la verdadera relación laboral que existió entre las partes, máxime cuando se logró evidenciar que las labores fueron realizadas por la demandante de manera subordinada y dependiente –lo que se demuestra con los memorandos de productividad, las órdenes para asistir a capacitaciones, cumplir horario, resolver inclusiones de nómina de pensionados y las planillas de autorización de ingreso los fines de semanas y en días ordinarios después de las 18:00 horas (f.º 211-227, 229 a 231, 237-238, 240-246, 249-319)–, con materias primas, insumos y equipos de la institución –como se advierte de las certificaciones de devolución allegadas (f.º 184-187, 228) y como lo indicaron los declarantes–.

Conforme a lo expuesto, no resulta entonces suficientes los argumentos del recurrente para desvirtuar la relación laboral, cuando insiste en una vinculación bajo la modalidad contractual regulada en la Ley 80 de 1993, pues ni siquiera se acreditó la necesidad del servicio, que llevó a celebrar más de 40 contratos de prestación de servicios, de manera sucesiva durante más de diecisiete años –se reitera–, tiempo en el cual no varió la supuesta insuficiente planta de personal.

Se precisa que aunque los contratos suscritos por las partes, revisten de legalidad, pues simulan un acto jurídico válido, lo cierto es, que dichos documentos por sí solos, ni las pólizas de cumplimiento (f.º 120-174), son definitivos para desdibujar la existencia de la relación laboral, dado que, la parte demandada ni siquiera desvirtuó la presunción que consagra el art. 20 del D. Reglamentario 2127 de 1945, vigente para esa época, por el contrario, se reitera, la demandante demostró los elementos que constituyen el contrato laboral, y por tanto, como lo concluyó la *a quo* era dable dar aplicación a lo dispuesto en el D. reglamentario citado, en tanto el ISS era una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, conforme lo dispone el D. 2148 de 1992 y el art. 275 de la Ley 100 de 1993, de ahí que se concluya que la demandante tenía la calidad de trabajadora oficial, dado que el Instituto demandado no probó, que ella hubiere tenido la denominación de confianza o dirección.

Sumado a lo anterior, y dada la calidad de trabajadora oficial que ostentó la demandante, se precisa que ello lo hace beneficiaria de la CCT vigente desde el 1° de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2004 (f.° 388 a 459), pues así lo dispuso el art. 3° del citado documento cuando precisó que los beneficios allí consagrados eran para los afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, y se extendía a aquellos que sin serlo, no renunciaron expresamente a estos, situación esta última que la demandada no acreditó, y en gracia de discusión el citado artículo, así como el 1° de dicho acuerdo convencional, dispuso que el ISS le reconocía la representación mayoritaria al Sindicato. Frente a este último aspecto se pronunció la CSJ en sentencia SL825 de 2020, reiterada en SL4040-2021.

En suma, resulta acorde a lo probado en el proceso la conclusión a la que arribó la juez de encontrar acreditado el vínculo laboral, por ende, se confirmará la decisión.

2. Prescripción

En cuanto a este medio exceptivo propuesto por el Ministerio de Salud y Protección Social, se advierte que la relación laboral finiquitó el 31 de marzo de 2013 como se ha dicho, y obra constancia de la reclamación administrativa previa a la terminación del contrato, presentada el 30 de octubre de 2012 –según sello de recibido (fl.193-196) –, la que fue negada mediante oficio del 10 de diciembre de ese mismo año (f.° 197-198), y la demanda se radicó el 27 de junio de 2014 (fl.21), por ende, y atendiendo el término trienal previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, se afectaron las acreencias laborales causadas con antelación al 30 de octubre de 2009.

No obstante lo anterior, como la juez encontró probada la excepción desde el año 2011 para las primas legales y convencionales, se confirmará tal decisión, pues el recurso de apelación que interpuso la parte demandante, se centra en solicitar que se inaplique la prescripción, bajo el argumento de que las prestaciones solo se hacen exigibles a partir de la ejecutoria de la sentencia, argumento del cual dista la Sala en cuanto a las acreencias laborales citadas, dado que, la demandante podía elevar las reclamaciones respectivas con antelación, como en

efecto lo hizo, además porque, los efectos de las sentencias que se emiten en estos casos, son declarativo y no constitutivo.

Por otro lado, y en lo que concierne a las vacaciones, acreencia sobre la cual la *a quo* aplicó el término prescriptivo en los cuatro años anteriores a la terminación del contrato, se hace necesario precisar que, atendiendo los arts. 45 y 46 del D. 1848 de 1969, una vez causadas las vacaciones, el empleador cuenta con un año para otorgarlas, vencido este sin que se otorguen, empieza a correr el término de un mes para que el trabajador las solicite, y es a partir de la culminación de este último que se cuenta el periodo trienal consagrado en el art. 10 del D. 3135 de 1968. En suma, el término de tres años, solo se inicia a contabilizar una vez transcurrido el plazo de un año y un mes después de la causación del derecho.

Ahora, respecto de aquellos derechos que se hayan podido causar con posterioridad a la reclamación administrativa del 30 de octubre de 2012, se evidencia otra petición del 9 de junio de 2014 (f.º 765-766), por lo que sobre ellos no operó el plazo extintivo.

Aclara esta colegiatura que el fenómeno jurídico de la prescripción no afectó las cesantías, toda vez que el término prescripto para esta prestación solo corre a partir de la terminación del contrato, como también lo señaló la juez, sin embargo, lo que sí será objeto de modificación, ante el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandando, es la prescripción respecto de los intereses sobre las cesantías. Lo anterior, teniendo en cuenta que a tales intereses no se le aplica la misma regla de prescripción de las cesantías, como lo entiende la *a quo*. Recuérdese que los intereses a las cesantías son exigibles en el mes de enero siguiente a la fecha de su causación, por ende, no estarían prescritas las del año 2010 y subsiguientes.

3. Acreencias laborales

Previo a analizar estas prestaciones se hace necesario precisar que la apoderada judicial de la parte demandante enunció en el recurso interpuesto las prestaciones sociales, sin embargo, los argumentos

expuestos no constituyen una censura al fallo de primera instancia, por ende, no se analizará el recurso en ese aspecto, por lo que se revisará la condena en el grado jurisdiccional de consulta, con excepción de las cesantías, como se pasa a explicar.

✓ *Auxilio de cesantías*

La parte demandante precisó en el recurso interpuesto que, «*lo dispuesto en el art. 62 de la CCT es para liquidar las cesantías y no para el pago*», entendiendo esta colegiatura que pretende la liquidación atendiendo lo dispuesto en el acuerdo convencional, como en efecto se debió realizar.

Al respecto, el art. 62 de la CCT 2001-2004 establece que:

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 del doce por ciento (12%) anual correspondiente al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 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, las cuales serán canceladas durante el mes de enero del año siguiente. [...]

Atendiendo la norma transcrita se procede a realizar las operaciones matemáticas correspondientes, la primera, en la que se liquida de forma retroactiva las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de 2001, para lo cual se tiene en cuenta el salario percibido por la trabajadora en esa calenda, así:

Fechas		# días	Salario	Valor cesantías
1/09/1995	31/12/2001	2313	\$ 779.000	\$ 5.005.075

La segunda operación, consiste en calcular a 31 de diciembre de 2002 y para los años subsiguientes las cesantías anualizadas, teniendo en cuenta los salarios percibidos por la demandante, como se detalla:

Desde	Hasta	Días	Salario	Cesantías
1/01/2002	30/12/2002	360	\$ 825.740	\$ 825.740
1/01/2003	30/12/2003	360	\$ 825.740	\$ 825.740
1/01/2004	30/11/2004	330	\$ 825.740	\$ 756.928
1/12/2004	30/12/2004	30	\$ 1.082.260	\$ 90.188
1/01/2005	30/03/2005	90	\$ 1.082.260	\$ 270.565
1/04/2005	30/12/2005	270	\$ 1.141.784	\$ 856.338
1/01/2006	30/12/2006	360	\$ 1.141.784	\$ 1.141.784
1/01/2007	30/12/2007	360	\$ 1.141.784	\$ 1.141.784
1/01/2008	30/12/2008	360	\$ 1.141.784	\$ 1.141.784
1/01/2009	28/02/2009	60	\$ 1.141.784	\$ 190.297
1/03/2009	30/12/2009	300	\$ 1.229.359	\$ 1.024.466
1/01/2010	30/06/2010	180	\$ 1.229.359	\$ 614.680
1/07/2010	30/12/2010	180	\$ 1.253.946	\$ 626.973
1/01/2011	30/03/2011	90	\$ 1.253.946	\$ 313.487
1/04/2011	30/12/2011	270	\$ 1.293.696	\$ 970.272
1/01/2012	30/06/2012	180	\$ 1.293.696	\$ 646.848
1/07/2012	30/11/2012	150	\$ 1.293.696	\$ 539.040
1/12/2012	30/12/2012	30	\$ 1.842.345	\$ 153.529
1/01/2013	30/03/2013	90	\$ 1.842.345	\$ 460.586
				\$ 12.591.029

Sumados los dos cálculos realizados se obtiene el resultado de \$17.596.104, correspondiente al valor adeudado a la demandante por concepto de cesantías, el cual, resulta ligeramente inferior al calculado por la juez en \$18.140.577,90 -sin que se pueda identificar en qué consisten las diferencias, por cuanto no se anexó al acta de la sentencia la respectiva liquidación-, sin embargo, y en virtud del principio constitucional de la *non reformatio in pejus*, que orienta la labor del Tribunal e impide reformar la decisión en perjuicio de la parte demandada, toda vez que el proceso es conocido en esta sede en el grado jurisdiccional de consulta, se modificará el valor señalado en primera instancia.

✓ *Intereses de cesantías*

Retomando lo dispuesto en el art. 62 de la CCT, que señala: «Sobre el monto de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre del año 2001, el Instituto reconocerá a partir del primero de enero del año 2002, intereses equivalentes al 15% anual». [...] En los años subsiguientes [...] causarán intereses a las mismas tasas [...]».

Así las cosas, y al haberse determinado en precedencia que no se encuentran prescriptos los intereses de las cesantías causados a partir del año 2010 en adelante, se evidencia que la condena asciende a \$315.430, como se demuestra a continuación:

Desde	Hasta	Días	Salario	Cesantías	Intereses
1/01/2010	30/06/2010	180	\$ 1.229.359	\$ 614.680	\$ 46.101
1/07/2010	30/12/2010	180	\$ 1.253.946	\$ 626.973	\$ 47.023
1/01/2011	30/03/2011	90	\$ 1.253.946	\$ 313.487	\$ 11.756
1/04/2011	30/12/2011	270	\$ 1.293.696	\$ 970.272	\$ 109.156
1/01/2012	30/06/2012	180	\$ 1.293.696	\$ 646.848	\$ 48.514
1/07/2012	30/11/2012	150	\$ 1.293.696	\$ 539.040	\$ 33.690
1/12/2012	30/12/2012	30	\$ 1.842.345	\$ 153.529	\$ 1.919
1/01/2013	30/03/2013	90	\$ 1.842.345	\$ 460.586	\$ 17.272
					\$ 315.430

A la luz de lo anterior, también se modificará la condena impuesta por la juez, por cuanto, no aplicó la prescripción correspondiente.

✓ *prima de servicios legal y convencional*

Conforme al art. 50 del acuerdo convencional, que reconoce para los trabajadores, en «*adición a la primer legal*» dos primas de servicios al año, equivalente cada una a 15 días de salario pagaderas en junio y diciembre, y atendiendo la prescripción decretada por la juez para los derechos causados con antelación al año 2011, la demandante le asiste derecho al pago de \$3.282.553, suma que también resulta superior a la liquidado por la juez en \$6.848.764,27, pero ante el grado de consulta, se modificará dicho monto.

Desde	Hasta	Días para reconocer	Salario	Prima Servicios Convencional
1/01/2011	30/12/2011	30	\$ 1.253.946	\$ 1.253.946
1/01/2012	30/06/2012	15	\$ 1.293.696	\$ 646.848
1/07/2012	30/12/2012	15	\$ 1.842.345	\$ 921.173
1/01/2013	30/03/2013	7,5	\$ 1.842.345	\$ 460.586
				\$ 3.282.553

Precisa esta colegiatura que al mismo valor equivale la prima legal, por lo que también se modificará la sentencia de primera instancia.

✓ *Vacaciones convencionales*

Las vacaciones por el periodo comprendido entre el 1° de septiembre de 2008 y el 31 de marzo de 2013 -como se detalla en el cuadro-, a razón de 20 días hábiles según el art. 48 de la Convención Colectiva -por cuanto la demandante laboró por más de diez años-, corresponden a \$5.629.388, sin embargo, como la juez las determinó en \$1.210.034, valor que resulta inferior al obtenido en esta instancia, se confirmará la sentencia de primer grado por las mismas razones estudiadas en el acápite que antecede.

Desde	Hasta	Días laborados	último salario	Días para reconocer	Vacaciones
1/09/2008	30/08/2009	360	\$ 1.842.345	20	\$ 1.228.230
1/09/2009	30/08/2010	360	\$ 1.842.345	20	\$ 1.228.230
1/09/2010	30/08/2011	360	\$ 1.842.345	20	\$ 1.228.230
1/09/2011	30/08/2012	360	\$ 1.842.345	20	\$ 1.228.230
1/09/2012	31/03/2013	210	\$ 1.842.345	11,667	\$ 716.468
					\$ 5.629.388

En cuanto a las vacaciones que fueron liquidadas por la juez en cuantía de \$3.630.000, considera esta corporación que no resulta procedente tal acreencia por cuanto, se esta reconociendo las vacaciones convencionales que resultan más beneficiosas para la demandante, y en todo caso, el acuerdo convencional no estipuló que allí consagradas son en adición a las legales, de ahí que se revocará la condena impuesta.

✓ *Prima de Vacaciones*

La prima de vacaciones, por año de labor según el art. 49 de la convención corresponde a 35 días de salario básico -por haber laborado la demandante más de 15 años y menos de 20-, en consecuencia, la condena asciende a la suma de \$9.851.428, sin embargo, la juez la liquidó sobre 20 días, en consecuencia, y dado el grado jurisdiccional de consulta de confirmará el valor por ella determinado.

4. *Indemnización moratoria Art. 1° D. 797 de 1949*

De acuerdo con la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación de esta sanción no es automática ni inexorable, sino que debe aparecer de manera palmaria que el empleador ha obrado de mala fe al no pagar a su trabajador lo adeudado por salarios y prestaciones sociales.

En el caso objeto de estudio, quedó demostrado que el Instituto demandado, trató de encubrir la verdadera relación laboral con la demandante, mediante la continua celebración de aparentes contratos de prestación de servicios, que no se ajustan a lo que dispone la ley que los reglamenta, por tanto, y contraria a la conclusión a la que arribo la *a quo*, resulta reprochable ese actuar, y al no existir razones justificables para que el demandando no cancelara las acreencias a la terminación del contrato, resulta procedente la censura de la parte demandante, máxime que, no se avizora en el plenario prueba alguna de la cual se pueda inferir que el demandado actuó según los lineamientos de la buena fe, lo anterior, atendiendo, lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL11436-2016, SL2764-2017, SL194-2019 y SL738-2020, entre otras.

Conforme a lo anterior, se revocará la decisión de la juez de absolver frente a esta pretensión; ahora, en consideración a la situación de liquidación que afrontó el ISS, estima la sala que esta indemnización se debe limitar hasta el momento en que operó la liquidación definitiva del Instituto, es decir, el 31 de marzo de 2015 atendiendo lo dispuesto en el D. 553 de 2015. También se tendrá en cuenta para la liquidación, los 90 días de gracia que concede el D. 2124 de 1945, para el pago definitivo de prestaciones.

Se tiene entonces que la sanción asciende a la suma de \$38.689.245 la que se obtiene al multiplicar la suma de \$61.412 -que corresponde al último salario diario devengado por la demandante (f.º115-116))- por 630 días, comprendidos desde el 1º de julio de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015.

Ahora, como la condena antes señalada es susceptible de sufrir un deterioro económico por el paso del tiempo, se ordenará la indexación a partir del 1° de abril de 2015 hasta cuando se haga efectivo el pago.

5. Responsabilidad de la Nación -Ministerios Salud y Protección Social

El apoderado del demandante discrepa de la decisión de la juez de absolver a los Ministerios mencionados, porque en su sentir, serían los responsables del pago de la condena.

Al respecto, es pertinente precisar que conforme a lo dispuesto en el art. 19 del D. 2013 de 2012, las obligaciones laborales pendientes de pago, en principio serían cubiertas con los recursos del ISS en liquidación, y en caso de no ser suficientes, le correspondería a la Nación, respaldar dichas acreencias, con cargo a los recursos del Presupuesto General, de ahí que en principio sea Fiduciaria SA, -como vocera y administradora de los recursos del PAR ISS- la llamada a responder por las obligaciones que se generen.

Frente a las obligaciones de Fiduciaria SA, el contrato de Fiducia constituido para conformar el PAR ISS establece en el literal c) del numeral 3° de la cláusula séptima, concerniente a la defensa del Instituto de Seguros Sociales en liquidación en los procesos judiciales que se hayan iniciado con anterioridad al cierre del proceso liquidatorio y la extinción jurídica de la entidad -como es el presente caso-, que la Fiduciaria debe efectuar el pago, pues esta obligada a cancelar las condenas laborales a cargo del ISS en liquidación, *“aun cuando sean proferidas en procesos que no hayan sido identificados por el liquidador de la entidad”*, por lo que no resulta procedente el recurso de apelación interpuesto en este sentido, por el apoderado judicial de Fiduciaria como vocera del PAR ISS.

Sin embargo, también le asiste responsabilidad al Ministerio de Salud y Protección Social traído a juicio, en tanto el art. 1° del D. 541 de 2016 dispuso que le corresponde asumir el pago de las sentencias judiciales derivadas de las obligaciones contractuales y extracontractuales a cargo del ISS, una vez se agoten los recursos del ISS en liquidación.

Con fundamento en lo expuesto, se confirmará la decisión adoptada por la *a quo*.

En suma, se revocará de manera parcial, y adicionará la sentencia de primera instancia, en lo que fue objeto de apelación por la parte demandante. En esta instancia se impondrán costas a cargo de la demandada, en tanto no resultó próspero el recurso interpuesto, se incluirá como agencias en derecho en esta instancia la suma de medio SMLMV.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Cali, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia n.º 255 proferida el 17 de octubre de 2019 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cali, en el sentido de precisar que los valores de las condenas por los siguientes conceptos, corresponden a:

Cesantías: \$17.596.104

Intereses sobre las cesantías: \$315.430

Prima legal de servicios: \$3.282.553

Prima convencional de servicios: \$3.282.553

Revocar de forma parcial el ordinal segundo en lo relativo a la condena por vacaciones, conforme se indicó en la parte motiva, se confirma en lo restante el ordinal.

SEGUNDO. REVOCAR de manera parcial el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia, en cuanto absolvió de la pretensión relativa a la indemnización moratoria consagrada en el Art. 1º del D. 797 de 1949, y en su lugar se dispone

CONDENAR al PAR ISS a pagar en favor de Sandra Viviana Gómez Díaz la indemnización moratoria en suma de \$61.412 diarios desde el 1º

de julio de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015, lo cual asciende a \$38.689.245, monto que deberá indexarse a partir del 1° de abril de 2015 hasta cuando se efectúe el pago.

TERCERO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia de primera instancia.

CUARTO. COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, se ordena incluir como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

QUINTO. DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

Lo resuelto se notifica a las partes en ESTRADOS.



HUGO JAVIER SALCEDO OVIEDO

Magistrado



ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Magistrada



JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA

Magistrado