



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA DE DECISIÓN LABORAL

SENTENCIA 397

(Aprobado mediante Acta del 2 de noviembre de 2021)

Proceso	Ordinario
Demandante	Carmen Elvira Sinisterra Rosero
Demandado	ISS en liquidación representada por su liquidadora Fiduciaria la Previsora SA, y La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Salud y protección Social.
Litisconsorcio Necesario	Fiduagraria SA
Radicado	76001310501020130085401
Tema	Contrato laboral
Decisión	Revoca parcial y modifica

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva a la Dra. Ana Cecilia Mesa Echavarría quien se identificada con T.P. 79.321 del Consejo Superior de la J., para que represente los intereses de la demandante.

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, el día nueve (9) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el Acuerdo n.º PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, 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 la declaración del contrato de trabajo a término indefinido celebrado con el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, desde el 12 de diciembre de 2007 al 30 de noviembre de 2012, conforme al art. 117 del CCT suscrita entre el ISS y el sindicato de trabajadores, en consecuencia, se condene al pago de las cesantías, intereses sobre estas, primas, vacaciones, prima de vacaciones y de navidad, auxilio de transporte, calzado y vestido de labor causados en el periodo señalado. Además, solicita las siguientes indemnizaciones i) por despido injusto que contempla el art. 5° de la CCT vigente a la fecha de despido, que incluya los perjuicios morales, ii) la consagrada en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, iii) por no pago acreencias y salarios debidos a la terminación del contrato, conforme al art. 1° del Decreto 797 de 1949, y la Ley 797 de 2003; y iv) por falta de pago de los intereses sobre las cesantías. Adicional, solicita la devolución de los valores descontados por concepto de retefuente, las diferencias salariales entre los salarios pagados y los percibidos por los trabajadores oficiales del ISS pertenecientes a la planta fija, o en subsidio el reajuste de salario anual con el ICP, el pago del trabajo extraordinario, la indexación hasta el pago, y los intereses moratorios comerciales desde la causación hasta el pago, sobre las acreencias que no generen sanción moratoria, y las costas del proceso.

Como hechos relevantes expuso que prestó los servicios al ISS hoy en liquidación mediante contratos de prestación de servicios que se prorrogaron de forma continua a partir del 12 de diciembre de 2007 hasta el 30 de noviembre de 2012, fecha en que la demandada terminó el contrato de manera unilateral e injusta; informó que desempeñó el cargo de técnico de servicios administrativos y asistente de oficina, de forma personal, bajo subordinación y control, en la jornada de ocho horas diarias que en ocasiones se extendía, cargo que explicó era permanente y necesario para el cumplimiento de las funciones de la empresa. Añadió que recibía remuneración periódica mensual por honorarios, la cual variaba conforme a los contratos.

El demandado ISS en liquidación se opuso a las pretensiones de la demanda, negando la existencia del contrato laboral que aduce la demandante, precisó que el vínculo se rigió por el contrato de prestación de servicios que consagra la Ley 80 de 1993. Propuso como excepciones carencia del derecho e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, la innominada, buena fe y prescripción.

Por su parte, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público señaló que no existió ningún vínculo con la demandante por lo que no existe relación jurídica. Propuso las excepciones de inexistencia de relación laboral, inexistencia de solidaridad o sustitución de obligaciones entre el ISS y esa cartera ministerial, falta de legitimación en la causa por pasiva, la convención colectiva de trabajo es un contrato bilateral y consensual que aplica a las partes que lo suscribieron, una sentencia desfavorable a ese ministerio vulneraría el aspecto presupuestal, prescripción y genérica.

Mediante proveído del 7 de julio de 2015, el juez de primera instancia aceptó el desistimiento de las pretensiones en contra del Ministerio de Salud y protección Social (f.º 243), y ordenó la vinculación en calidad de litisconsorte necesaria a la Fidruagraria SA.

La integrada Fidruagraria SA, se opuso a las pretensiones precisando que la demandante suscribió contrato de prestación de servicios conforme a la Ley 80 de 1993. Planteó los medios exceptivos de carencia del derecho e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Décimo Laboral del Circuito de Cali, mediante sentencia No. 134 del 28 de mayo de 2019, declaró probada de forma parcial la excepción de prescripción propuesta por el PAR ISS, y por probada la de falta de legitimación en la causa por

pasiva e inexistencia de solidada o sustitución de obligación entre el ISS y el Ministerio, propuesta por esa cartera ministerial; adicional declaró que entre el ISS en liquidación y la demandante existió un vínculo laboral subordinado que se rigió por un contrato de trabajo, y por ende, en calidad de trabajadora oficial de la demandante, así mismo, que dicho nexo se extendió desde el 12 de diciembre de 2007 hasta el 30 de noviembre de 2012, y condenó a la Fiduagraria SA en su condición de administradora del PAR ISS, al pago de cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, primas vacaciones, auxilio de transporte, e indemnización por despido; además la condenó al pago de \$43.123 diarios desde el 1° de marzo de 2013 y hasta que se haga efectivo el pago de los derechos laborales. Absolvió de las restantes pretensiones, y condenó en costas a la Fiduagraria SA en favor de la demandante, y a su vez, a ella en favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Como fundamento de la decisión y para lo que interesa a la competencia de esta Corporación, el *a quo* señaló que no se desconoció por parte de la Fiduprevisora, quien en ese momento era la liquidadora del ISS, de la prestación personal del servicio del demandante, así como tampoco de los extremos temporales.

Citó los arts. 1°, 4°, 13, 25, 53 de la Constitución Política, así como las providencias proferidas por la CSJ en la que analizó casos similares, entre ellas las siguientes: Rad. 26483 de 2006, Rad. 28693 de 2009, Rad. 31101 de 2009, Rad. 24405 de 2009 y Rad. 40273 de 2011, además del Decreto 2127 de 1945. Adicional, citó providencia proferida por la Corte Constitucional C-154 de 1997.

Analizó el objeto de los contratos que celebró la demandante con el ISS, y precisó que eran del giro normal de esa entidad, y luego de estudiar las versiones rendidas por los testigos, así como la prueba documental allegada al proceso, concluyó que la demandante prestó los servicios bajo las condiciones propias de un contrato de trabajo simulado por la demandada mediante

contratos de prestaciones de servicios, y explicó que para todos los efectos la demandante ostentaba la calidad de trabajadora oficial, como sustento de la decisión citó sentencia proferida por la CSJ SL 8644 de 2015.

Explicó que por tratarse de una trabajadora oficial las acreencias laborales se deben liquidar conforme a lo dispuesto en el Decreto 3135 de 1968, ley 6ª de 1945 y el Decreto 2127 del mismo año. Respecto del tipo de contrato precisó que se equipara a uno indefinido conforme a lo dispuesto en el art. 167 de la CCT 2001-2004, y porque así lo ha expuesto la CSJ en sentencia SL-1298 de 2017, de ahí que concluyó que la vinculación se entendía celebrada desde el 12 de diciembre de 2007 al 30 de noviembre de 2012.

En lo concerniente a los beneficios convencionales a los trabajadores no sindicalizados, explicó que proceden conforme a lo dispuesto en el art. 3º de la CCT 2001-2004, y lo señalado con la CSJ en sentencia SL-36791 de 2017.

Puntualizó que operó la prescripción para todas las acreencias laborales causadas con antelación al 30 de noviembre del año 2009 -excepto para las cesantías-.

Liquidó el auxilio de transporte, precisó que las cesantías procedían conforme al art. 62 de la CCT 2001-2004, así como las vacaciones, y prima de vacaciones.

Frente a la prima de servicios, señaló que no procedía respecto de los trabajadores oficiales que prestaban los servicios a las EICE con fundamento en el art. 58 del Decreto 1042 de 1978, que dispone que solo se reconoce a empleados públicos, así como lo señalado por la CSJ en sentencia SL13061 de 2017. Igual situación concluyó de la prima de navidad, citando el art. 1º del Decreto 1045 de 1978, SL 21839 de 2017.

En lo relativo a la indemnización por despido injusto, citó la sentencia proferida por la CSJ SL 12987 con Rad. 49320, relativa a que la liquidación de una empresa no es justa causa para tener por terminado el contrato, concluyendo que procedía esa indemnización conforme al art. 5° del CCT, teniendo en cuenta para ello el salario que le hubiera correspondido al trabajador a la fecha de la liquidación de la entidad, y que la indemnización es por el tiempo de vinculación.

Respecto de la sanción por no consignación de cesantías consagrada en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, afirmó que procedía respecto de trabajadores del sector privado, conforme a la sentencia SL 705 de 2013, por ende, no era viable el reconocimiento en favor de la demandante. Además, que conforme a la Ley 344 de 1996 y el Decreto Reglamentario 1582 de 1998 citados en la demanda, solo procede para empleados del orden territorial, aclarando que el ISS fue una EICE del orden nacional. Indicó que tampoco procedía la sanción por no pago de intereses a las cesantías, por no ser norma aplicable a los trabajadores del sector público nacional.

En lo relativo a la sanción moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, señaló que procedía atendiendo el criterio de la CSJ expuesto en sentencia con Rad. 37389 de 2012, la cual se debía liquidar respectando el término de gracia de 90 días hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de acreencias reconocidas.

Finalmente, en lo relativo a la entidad obligada a responder por las condenas impuestas, señaló que es el PAR ISS, por intermedio de la Fiduagraria SA en calidad de administradora y vocera de ese PAR, conforme a los recursos que le fueron cedidos en el contrato de fiducia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme, el apoderado judicial del demandante solicita se revoque la sentencia y concedida las pretensiones de la demanda, manifestando: *“primero, en cuanto a la prima de servicios que fue negada consideramos que esta suma que resulte probada dentro del proceso, esta reglada por el artículo 58 del Decreto 1042 de 1978 subrogado por el Decreto 710 de 1978; segundo, la prima de navidad que se negó en esta primera instancia, consideramos que se debe conceder de conformidad con lo dispuesto en los artículos 32 y 33 del Decreto 1045 de 1978, 541, 1848 de 1969, 11 del Decreto 3135 de 1968 reformado por el Decreto 3148 de 1968”*

En cuanto a la indemnización moratoria por la no consignación de cesantías señaló que *“alcanzará la suma que se determine dentro del proceso, esta indemnización deberá imponerse a partir del 15 de febrero de 2008, fecha en que se cumplió el primer plazo para la consignación de las cesantías causadas a favor de mi poderdante, este derecho esta sustentado en lo dispuesto en la Ley 344 de 1996 y su Decreto Reglamentario 1582 de 1988, los cuales remiten al art. 99 de la Ley 50 de 1990, e igualmente, de conformidad al Decreto 541 de 2016”,* leyendo el art. 1° de la última normativa citada.

Adicional, solicitó que en razón a que el art. 19 del Decreto 2013 de 2012 con el que se liquidó al ISS indicó que en caso de resultar insuficientes los fondos para la liquidación y pago de las obligaciones laborales, éstas serán asumidas por la Nación con cargo al presupuesto nacional, y citó para ello el art. 1° del Decreto 541 de 2016, que enuncia la obligación del Ministerio de Salud y Protección Social, por lo que solicita se vincule al citado ministerio a asumir estos pagos.

Por su parte, la apoderada de la demandada PAR ISS solicitó la revocatoria de la condena relativa a la indemnización por no pago de acreencias laborales hasta la fecha en que se haga efectivo dicho pago, precisando que el PAR ISS no es una

extensión de la persona jurídica del ISS en liquidación, sino que, responderá o realizará los pagos de conformidad con lo establecido en el contrato fiduciario mercantil No. 15 de 2015, sin embargo, precisó que con ocasión a la liquidación del Seguro Social, se procedió a realizar los pagos por terminación unilateral del contrato sin justa causa, la cual se canceló a cada uno de los trabajadores el 15 de marzo de 2015, por lo que se cumplió con las prerrogativas convencionales establecidas al momento, y con lo determinado dentro de la misma convención; afirmó que lo único que no fue cancelado era lo que estaba fuera del tráfico jurídico por disposiciones legales o constitucionales, en consecuencia el ISS como empleador fungió hasta el 31 de marzo de 2015, por lo que la indemnización por no pago debe ser hasta esa data.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este Despacho Judicial, a través de Auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Estando dentro de la oportunidad procesal, la parte demandante presentó escrito de alegatos. Por su lado, las demás partes no presentaron los mismos, dentro del término concedido.

Es así, que se tienen atendidos los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

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.

PROBLEMA JURÍDICO

Atendiendo el recurso de apelación interpuesto por las partes y el grado jurisdiccional de consulta, la Sala determinará i) si entre la demandante y la entidad demandada existió contrato de trabajo, o si se trató de un contrato de prestación de servicios profesionales en los términos de la Ley 80 de 1993, en caso de lo primero, ii) si operó o no el fenómeno jurídico de la prescripción; iii) si la demandante tiene derecho al pago de las prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, prima de vacaciones; iv) si tiene derecho a la indemnización por no pago de acreencias laborales a la terminación del vínculo, y las fechas en que se debe liquidar la misma; v) así como a percibir la indemnización por no consignación de cesantías, consagrada en el art. 99 de la Ley 50 de 1990; vi) y la indemnización por despido sin justa causa; en caso de ser procedente, vii) las entidades encargas del pago de las acreencias laborales.

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 12 de diciembre de 2007 al 30 de noviembre de 2012, 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 6ª de 1945, ahora, conforme a la 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 contratación 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 expedida por el gerente seccional del ISS en liquidación que da cuenta de los contratos celebrados en el periodo comprendido entre el 12 de diciembre de 2007 al 30 de noviembre de 2012 (f.º 48-49), así mismo aportó los citados contratos con algunas actas de inicio de estos (f.º 50-68) además, se escuchó en el proceso a la testigo María Omaira Mera Rosero (CD f.º 295), quien indicó conocer a la demandante desde el año 2006 porque fueron compañeras de trabajo en Dpto. de Historia Laboral y Nómina de pensionados del ISS, donde la testigo era la secretaria desde el año 1995 y la demandante era técnico administrativa, ilustró que a la demandante le correspondía dar las respuestas a los juzgados de las demandas y las tutelas, así como la atención al público de forma telefónica y presencial, además de los jueces y secretarios que llegaban de los despachos judiciales.

Explicó que existían otras personas de planta que realizaban las mismas funciones que la demandante, informó que la demandante estuvo laborando hasta finales de 2012 porque se empezó el proceso de liquidación y la testigo continuó hasta el cierre del ISS en el año 2014,

señaló que la constan la continuidad del servicio de la demandante porque siempre la veía.

Explicó que tenía claves personales para acceder a los computadores, que el ISS les suministraba todos los implementos de oficina como la silla, el escritorio, cosedora y perforadora. Preciso que la demandante al igual que todos, percibían órdenes del jefe del área, de las tareas que debían ejecutar, e instrucciones a seguir.

Afirmó que todos cumplían horario de trabajo, que ingresaban a las 8:00 a.m. y salían a las 5:00 p.m., y muchas veces se extendía. Puntualizó que cuando la demandante requería permisos los debía solicitar al jefe inmediato; que la seguridad social debía ser asumida por la demandante, lo que le consta porque en mucho tiempo manejó los contratos de los compañeros.

En igual sentido la testigo Betty Álvarez Chaves (ídem) indicó conocer a la demandante porque fueron compañeras de trabajo en la Departamento de Pensiones en el ISS, explicó que la testigo ingreso a laborar desde el año 1990 hasta marzo de 2015, que el cargo de planta era de secretaria pero también la asignaban en otros cargos, y que para el año 2006 cuando ingresó a la laborar la demandante, la testigo desempeñaba las funciones en ese departamento hasta julio del año 2010, explicó que a la demandante la dejaron dando apoyo a recepción, y luego la pasaron al centro de cómputo, luego estuvo en historia laboral, a reporte de novedades, después en la recepción, y luego se encargaba de la parte judicial.

También señaló que existían otras personas de planta que realizaban las mismas funciones de la demandante; que todos los implementos para trabajar los suministraba el ISS, que el horario era de 08:00 a.m. a 05:00 p.m., sin embargo, ese horario no se cumplía porque por lo regular se quedaban hasta las siete u ocho de las noches, sin lugar a negarse porque eso implicaba la cancelación del contrato. Explicó que la demandante debía cumplir las ordenes de su jefe inmediato, que también debía solicitar permiso para poder

ausentarse del trabajo; que la seguridad social era pagada por la demandante

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 por haber sido compañeras en el mismo departamento de historia laboral y nómina de pensionados.

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 12 de diciembre de 2007 al 30 de noviembre de 2012, como lo concluyó el juez.

De igual forma, se advierte que por el tiempo que perduró la vinculación laboral, es decir, durante aproximadamente cinco años, y por las condiciones y actividades desempeñadas por la demandante las cuales fueron descritas por las testigos, y consistieron según la certificación expedida por la demandada y los contratos suscritos en:

Conforme a lo anterior, las partes acuerdan: **PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA** se obliga para con **EL INSTITUTO** a prestar los servicios requeridos por la Entidad y concretan en: 1. Coadyuvar y brindar a la Vicepresidencia de Pensiones – Gerencia Seccional – área de Pensiones, la información requerida y necesaria, suministrando las estadísticas de digitación de ingresos a nómina, tanto manuales como automáticos, para cumplimiento de metas del Centro de Decisión. 3. Unificación y cuadro de la nómina mensual del Centro de Decisión en las fechas preestablecidas por el Nivel Nacional, la cual debe ser firmada por el Jefe competente y enviada al Nivel Nacional. 4. Listar y unir a los expedientes digitados las resoluciones y hojas de prueba, tanto de las pensiones negadas como concedidas, para la firma del Jefe Inmediato, y posterior envío a los CAP para la notificación. 5. Actualizar el Maestron y las tablas básicas del programa liquidador de nómina mensualmente. 6. Informar a las áreas de decisión, sobre las inconsistencias generadas de los Ingresos a Nómina, para la inmediata revisión y corrección. 7. Apoyar al grupo de nómina, cuando así se requiera, en la digitación de novedades a la nómina. 8. Apoyar con los informes estadísticos de ingresos y novedades a la nómina, cuando así se requieran por las directivas de pensiones y entes de control. 9. Manejar y administrar adecuadamente las claves de usuario personal e Intransferibles, asignados para las diferentes aplicaciones de nómina y consulta (AFE) 10. De requerirse, prestar apoyo al área de Historia Laboral en la corrección de Historias Laborales Oficiales y emisión de historias laborales informativas, y otras actividades propias del área. 11. Cumplir con los desplazamientos programados por la Vicepresidencia de Pensiones – Gerencia Seccional a las diferentes Seccionales del País cuando el Negocio de Pensiones lo requiera siempre y cuando se relacione con las obligaciones objeto del contrato. 12. Manejar adecuadamente los elementos que utilice para el desarrollo de sus actividades. 13. Mantener la debida reserva y discreción de los asuntos que conozca en razón de sus actividades. 14. Cumplir oportunamente con los Informes de actividades ante el Interventor del contrato. 15. Mantener la debida reserva y discreción de los asuntos que conozca en razón de sus actividades; ceder al Instituto de Seguros Sociales los derechos patrimoniales de los programas de computador desarrollados para el cumplimiento del objeto contractual, realizados durante la vigencia de este contrato, cumplir oportunamente con los Informes de actividades ante el Interventor del contrato; cumplir las obligaciones descritas en los numerales anteriores, de conformidad con la programación establecida por **EL INSTITUTO - DEPARTAMENTO DE PENSIONES - Seccional VALLE Y LAS METAS A CUMPLIR SERÁN:** Recibir y digitar el ingreso a nómina de los expedientes enviados por las áreas de decisión y nómina diariamente, con una meta diaria de 40 expedientes a digitar **SEGUNDA: EL CONTRATISTA** está obligado, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 878 del 10 de julio de 2003, a cumplir con las obligaciones de Seguridad Social Integral, así como el pago de los aportes.

Advirtiéndose similitud de funciones en todos los contratos celebrados, por lo que estima esta Colegiatura que 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, por ende, podían ser desempeñadas por el personal de planta del Instituto, como en efecto, señalaron las citadas 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, con materias primas, insumos y equipos de la institución como lo indicaron las declarantes y como se evidencia de las actas de inicio allegadas, en la que da cuenta de la entrega de computador completo, del escritorio modular, de la silla giratoria, de perforadora e impresora, entre otros (f.º 62-68).

Ahora, no se evidencia en el plenario las justificaciones que acrediten la supuesta necesidad del servicio para realizar la vinculación bajo la modalidad contractual regulada en la Ley 80 de 1993, y menos aún, para justificar la celebración de contratos de manera sucesiva durante aproximadamente cinco años, 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 no son definitivos para desvirtuar la existencia del contrato laboral, dado que, la parte demandada ni siquiera desvirtuó la presunción que consagra el art. 20 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, vigente para esa época, por el contrario, se itera, la demandante demostró los elementos que constituyen el contrato laboral, y por tanto, como lo concluyó el *a quo* era dable dar aplicación a lo dispuesto en el decreto reglamentario citado, en tanto el ISS era una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, conforme lo dispone el Decreto 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 él hubiere dado 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 1º de noviembre de 2001 hasta el 31 de octubre

de 2004 (f.º 10 a 47 Vto.) -que se prorrogó en el tiempo según lo aceptaron las partes (f.º 4 y 237)-, pues así lo dispuso el art. 3º 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 1º 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 de manera reciente en SL4040-2021.

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

2. Prescripción

En cuanto a este medio exceptivo se observa que la demandante presentó reclamación administrativa el 13 de septiembre de 2012 por las cesantías, intereses sobre estas, nivelación salarial convencional, primas de servicios legales, primas adicionales convencionales y de vacaciones, aportes a la seguridad social y sanciones indemnizatorias, incremento salarial retroactivo, licencia de maternidad, reintegro (f.º 69-70), y el 24 de abril de 2013, solicitó en adición el pago del trabajo suplementario y extras, la indemnización por despido injusto legal o convencional, la indemnización por el no pago de prestaciones sociales al finalizar el contrato, el pago de los beneficios convencionales, auxilio de transporte y alimentación, prima de navidad, pensión sanción, dotación de calzado y vestido labor, reintegro de retención en la fuente y moratoria por no consignación de cesantías (f.º 72-74), con la cual se entiende interrumpido el término prescriptivo y la demanda se radicó el 22 de noviembre de 2013 (f.º 9).

En consecuencia, se tendrá por prescritas las acreencias solicitadas en la primera reclamación, causadas con anterioridad al 13 de septiembre de 2009, sin embargo como el juez precisó que aplicaba

a partir del 30 de noviembre de 2009, se atenderá la data por él indicada, dado el grado jurisdiccional de consulta en favor del ISS.

Ahora, respecto de las pretensiones contenidas en la segunda solicitud, se entienden prescritas aquellas causadas con antelación al 24 de abril de 2010, de ahí que se modificará la sentencia de primera instancia en este aspecto, en caso de encontrarse procedentes alguna de las acreencias allí reclamadas.

3. Acreencias laborales

Previo a analizar estas prestaciones se hace necesario precisar que el apoderado judicial de la parte demandante enunció en el recurso interpuesto la prima de servicios y la prima de navidad, 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.

✓ Auxilio de transporte

En lo que tiene que ver con la reclamación del auxilio de transporte consagrado en el art. 53 de la convención, advierte la Sala que no es viable esta pretensión, como quiera que su cuantificación procede del valor del auxilio que al 31 de diciembre de 2001 reconocía la entidad, incrementado para cada uno de los años de vigencia de la convención con base en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior, y en el expediente no obra prueba indicativa del valor de dicho auxilio en el referido año.

Aunado a lo anterior, tampoco obra prueba de que la demandante no hacía uso del servicio de transporte en los sitios en donde el Instituto lo suministraba, lo que exoneraba al mismo de dicho pago, por tanto, se revocará la condena impuesta a la demandada respecto de este concepto, en los términos del párrafo 1º de la citada norma.

✓ *Auxilio de cesantías e intereses de cesantías*

Las cesantías conforme a lo dispuesto en el art. 62 de la convención, por el año periodo entre el 30 de noviembre de 2009 y el 30 de noviembre de 2012, corresponde a \$3.806.490, valor que resulta inferior al obtenido por el juez, dado que, él liquidó la acreencia desde el 12 de diciembre de 2007 -folio 363-, obviando la prescripción que decretó, en consecuencia, y atendiendo el grado jurisdiccional de consulta, se modificará el valor por él señalado, así como el de los intereses a las cesantías, por ese mismo periodo que equivalen a \$241.235.

✓ *Vacaciones*

Las vacaciones por el periodo comprendido entre el 30 de noviembre de 2009 y el 30 de noviembre de 2012, a razón de 15 días hábiles según el art. 48 de la Convención Colectiva, corresponden a \$1.903.245, valor que se modificará por las mismas razones estudiadas en el párrafo que antecede.

✓ *Prima de Vacaciones*

La prima de vacaciones, por año de labor según el art. 49 de la convención corresponde a 20 días de salario básico, sin embargo, el juez la liquidó sobre 15 días, en consecuencia, y dado el grado jurisdiccional de consulta de confirmará el valor por él determinado.

4. Indemnización moratoria Art. 1º 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, resulta reprochable ese actuar, y al no existir razones justificables para que el demandando no cancelara las acreencias a la terminación del contrato, y no se avizora en el plenario prueba alguna de la cual se pueda inferir que la demandada actuó según los lineamientos de la buena fe, considera procedente esta corporación dicha condena, lo anterior, atendiendo, lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL11436-2016, SL2764-2017 y SL194-2019.

No obstante, y 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 Decreto 553 de 2015, tal y como lo solicita la apoderada de la demandada en el recurso interpuesto, y no hasta que se haga efectivo el pago de las prestaciones, como lo concluyó el Juez, por ende, se modificará la condena en ese sentido. También se tendrá en cuenta para la liquidación, los 90 días de gracia que concede el Decreto 2124 de 1945, para el pago definitivo de estas prestaciones.

Se tiene entonces que la sanción asciende a la suma de \$32.816.755 la que se obtiene al multiplicar la suma de \$43.123 -que corresponde al último salario diario devengado por el demandante (f.º 48 y 61)- por 761 días, comprendidos desde el 1º de marzo de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015.

5. Indemnización por no consignación de cesantías

En lo que tiene que ver con esta indemnización consagrada en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, que se reclama en el recurso interpuesto por la parte demandante, advierte la Sala que no es viable esta pretensión, como quiera que tal precepto normativo resulta aplicable a las relaciones laborales de los particulares y no de los trabajadores oficiales, que es el caso bajo estudio, situación que ha sido estudiada por la Corte Suprema de Justicia, entre otras en SL-2051-2017.

Conforme a lo expuesto, se confirmará la decisión del Juez de absolver a la parte pasiva de esta pretensión.

6. Indemnización por despido injusto

Frente a la terminación del contrato de trabajo, se precisa que por ostentar la demandante la calidad de trabajadora oficial, el Instituto demandado debió acudir a las causales consagradas en el art. 47 del Decreto 2127 de 1945. Sin embargo, dada la calidad de beneficiaria de la convención colectiva se debe atender lo dispuesto en el art. 5° del citado acuerdo.

Ahora, como el contrato suscrito se debe entender a término indefinido, pues así lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al decidir casos similares al analizado, entre otras en sentencia SL981 de 2019 precisó: «[...] en los procesos adelantados contra el ISS, cuando media la declaración judicial de contrato realidad, el mismo se entiende a término indefinido», considera la Sala que al invocarse por la demandada el vencimiento del plazo pactado, no se configuró ninguna causa legal, por ende, se causa la indemnización que consagra el art. 51 del citado decreto, el cual reza:

Fuera de los casos a que se refieren los artículos 16, 47, 48, 49 y 50, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del patrono, dará derecho al trabajador a reclamar los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo, además de la indemnización de perjuicios a que haya lugar.

En lo relativo a la liquidación, se entiende entonces que el demandado deberá pagar a la demandante 50 días de salario por el primer año, 30 por cada uno de los siguientes y proporcional, teniendo en cuenta para ello el último salario percibido por la demandante, ya citado, indemnización que correspondería a la suma de \$7.291.414, toda vez que son 169,08 días de indemnización.

Sin embargo, se advierte que el *a quo* liquidó la indemnización en cuantía de \$7.309. 366, por ende, y en virtud del grado jurisdiccional de consulta en favor del PAR ISS se modificará la condena impuesta.

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

El apoderado del demandante solicita la vinculación al trámite del al Ministerio de Salud y Protección Social, sin embargo, se hace necesario resaltar el hecho de que la parte demandante desistió de las pretensiones en contra de dicho ente ministerial, conforme se reseñó en los antecedentes, por ende, no puede pasar por alto esta corporación las implicaciones del desistimiento conforme a lo dispuesto en el art. 314 del CGP.

Con Todo, es pertinente precisar que conforme a lo dispuesto en el art. 19 del Decreto 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, -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 Fiduagraria 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”*.

Con fundamento en lo expuesto, no se accede a la solicitud del recurrente.

En suma, se revocará parcial, se modificará, adicionará y confirmará la sentencia de primera instancia. En esta instancia se impondrán costas a cargo de la parte demandante, en tanto, no le

prosperó el recurso propuesto, se ordenará fijar como agencias en derecho la suma de \$50.000.

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. REVOCAR de manera parcial el ordinal quinto de la sentencia No. 134 del 28 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, en lo relativo a la condena por auxilio de transporte, y en su lugar, se absuelve a la demandada de esa pretensión.

SEGUNDO. MODIFICAR el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que los valores de las siguientes acreencias corresponden a:

- Cesantías \$3.806.490.
- Intereses de cesantías \$241.235.
- Vacaciones \$1.903.245
- Indemnización por despido a \$7.291.414.

TERCERO. MODIFICAR el ordinal séptimo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que la condena por indemnización moratoria comprendidos desde el 1° de marzo de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015, asciende a la suma de \$32.816.755.

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

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante, se fija como agencias en derecho la suma de \$50.000.

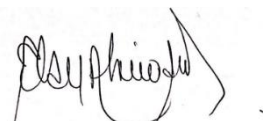
SEXTO: DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

Lo resuelto se notifica y publica a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial en el link <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-011-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente, se cierra y se suscribe en constancia por quien en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

Magistrados,


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ


JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA

Anexo

Desde	Hasta	Días	Salario	Cesantías	Intereses	Vacaciones
30/11/2009	30/06/2010	211	\$ 1.229.359	\$ 720.541	\$ 50.678	\$ 360.270
2/07/2010	30/11/2010	149	\$ 1.253.946	\$ 518.994	\$ 25.777	\$ 259.497
1/12/2010	30/03/2011	120	\$ 1.253.946	\$ 417.982	\$ 16.719	\$ 208.991
1/04/2011	30/10/2011	210	\$ 1.293.696	\$ 754.656	\$ 52.826	\$ 377.328
1/11/2011	30/06/2012	240	\$ 1.293.696	\$ 862.464	\$ 68.997	\$ 431.232
3/07/2012	30/11/2012	148	\$ 1.293.696	\$ 531.853	\$ 26.238	\$ 265.926
				\$ 3.806.490	\$ 241.235	\$ 1.903.245