



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
SALA CIVIL – FAMILIA –LABORAL

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA
RADICADO: 20001-31-05-002-2013-00534-01
DEMANDANTE: MALVY DE JESÚS LENIS ESCOBAR
DEMANDADA: ISS EN LIQUIDACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ

Valledupar, veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

Una vez vencido el traslado para alegar de conformidad con el artículo 15 del Decreto Ley 806 de 2020, atiende la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, la apelación de la sentencia proferida el 8 de abril de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, en el proceso ordinario laboral promovido por Malvy de Jesús Lenis Escobar contra el Instituto de los Seguros Sociales en liquidación.

ANTECEDENTES

1.- Presentó la demandante, por intermedio de apoderado judicial, demanda contra el Instituto de los Seguros Sociales – ISS en liquidación, para que, mediante sentencia, se declare y condene:

1.1.- La existencia de contrato de trabajo a término indefinido entre Malvy de Jesús Lenis Escobar y el Instituto de los Seguros Sociales – ISS.

1.2.- Que el contrato de trabajo terminó sin justa causa por parte del empleador.

1.3.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al ISS a pagar la indemnización por despido sin justa causa;

prestaciones sociales convencionales de los años: 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y 2012; indexación, pensión sanción y la indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales.

1.4.- Que se condene al demandado al pago de costas y agencias en derecho.

Como pretensiones subsidiarias solicitó:

1.5.- Declarar la existencia de contrato de trabajo a término indefinido entre Malvy de Jesús Lenis Escobar y el Instituto de los Seguros Sociales – ISS.

1.6.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene al ISS a pagar las prestaciones sociales legales en forma indexada, de los años: 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011 y hasta el 30 de noviembre de 2012.

1.7.- Que se condene al ISS al pago de la pensión sanción.

1.8.- Que se condene a la demandada al pago de la indemnización moratoria y subsidiariamente el pago indexado de las prestaciones sociales.

1.9.- Que se condene al demandado al pago de costas y agencias en derecho.

2.- Como fundamento de lo pretendido, relató:

2.1.- Que el 14 de junio de 1995 ingresó a laborar en el ISS, mediante contrato de prestación de servicios por el término inicial de 5 meses y 5 días.

2.2. Que suscribió sucesivos contratos de prestación de servicios en forma continua e ininterrumpida hasta el 30 de noviembre de 2012, cumpliendo con la jornada laboral asignada a los trabajadores oficiales, siendo supervisada por el Jefe del Departamento Comercial del ISS seccional Cesar.

2.3.- Que durante toda la relación contractual con el ISS, fue trabajador oficial, recibiendo como últimos honorarios \$849.787, y fue despedida sin justa causa.

2.4.- Que la contratación por servicios profesionales se mantuvo durante más de 10 años, contrariando la prohibición legal de contratar para actividades que se desarrollan por el personal de planta.

2.5.- Entre el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social – Sintraseguridad social y el ISS se celebró una convención colectiva de trabajo el 1 de noviembre de 2001, con vigencia hasta el 30 de octubre de 2004, la que se fue prorrogando.

2.6.- Que agotó la reclamación administrativa ante la Fiduprevisora S.A como liquidador del ISS en liquidación, para que se le aplicará la convención colectiva de trabajo y se le pagaran las prestaciones sociales convencionales, y la pensión sanción.

2.7.- La Fiduprevisora S.A. dio respuesta el 10 de mayo de 2013, manifestando que remitía la petición al ISS en liquidación por reposar la información en ese Instituto.

2.8.- El ISS en liquidación dio respuesta el 23 de agosto de 2013, recibida el 25 de septiembre de la misma anualidad, indicando que debía dirigir sus peticiones a Colpensiones.

TRÁMITE PROCESAL

3.- El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar - Cesar, admitió la demanda por auto del 4 de diciembre de 2013, folio 283, disponiendo notificar y correr traslado de la demanda a Fiduciaria La Previsora S.A. en calidad de agente liquidador del ISS y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Posteriormente, mediante auto del 21 de agosto de 2015, el Juez a quo ordenó notificar y correr traslado al Patrimonio autónomo de remanentes del ISS.

Las demandadas se pronunciaron en los siguientes términos:

3.1.- La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, contestó oponiéndose a todas las pretensiones, proponiendo como excepción previa: indebida notificación al demandado; y como excepciones de mérito: i) inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, y ii) prescripción.

3.2. El Instituto de los Seguros Sociales – ISS en liquidación, se opuso a las pretensiones de la demanda, planteando como excepción de mérito: i) inexistencia de las obligaciones demandadas, ii) prescripción, iii) buena fe del ISS, y iv) genérica e innominada.

3.3.- Mediante auto del 29 de enero de 2016 el despacho se abstiene de pronunciarse frente a la contestación presentada por Colpensiones por no ser parte del proceso, y de otra parte, admite la contestación del Patrimonio autónomo de remanentes del ISS en liquidación.

3.4.- El 9 de febrero de 2016, tuvo lugar la audiencia de que trata el artículo 77 y SS del Código Procesal de Trabajo, en la que, se declaró fracasada la audiencia de conciliación por inasistencia del representante legal de la demandada; al no contar con excepciones previas para resolver, ni encontrarse causal para invalidar lo actuado, y ante la imposibilidad de fijar el litigio por la ausencia del representante de la parte demandada, se decretaron las pruebas solicitadas.

3.5.- El 1 de marzo de 2016 tuvo lugar la audiencia de trámite, en la que se recepcionaron las pruebas testimoniales.

3.6.- El 8 de abril de 2016, se realizó la audiencia de juzgamiento, en la que se escucharon los alegatos de conclusión, y se profirió la sentencia que hoy se revisa.

LA SENTENCIA APELADA

4.- El juez de instancia resolvió:

Primero. Se declara que entre la señora Malvy de Jesús Lenis Escobar como trabajadora y el Instituto de Seguro Social en liquidación, hoy Patrimonio autónomo de remanentes del Instituto de Seguro Social en liquidación – administrado por Fiduagraria S.A., existió un contrato de trabajo, conforme a la parte motiva.

Segundo. El Instituto de Seguro Social en liquidación, hoy Patrimonio autónomo de remanentes del Instituto de Seguro Social en liquidación – administrado por Fiduagraria S.A. deberá cancelar a la demandante Malvy de Jesús Lenis Escobar los siguientes valores y conceptos: 2.1. vacaciones: \$6.279.076,14; 2.2. prima de vacaciones: \$778.971,42; 2.3. prima de servicios de diciembre: \$1.980.928; 2.4. prima de servicios de junio: \$2.016.336; 2.5. auxilio de cesantías: \$8.486.766; 2.6. intereses a las cesantías: \$999.496,25; 2.7. indemnización por despido sin justa causa: \$19.083.032; 2.8. subsistencia ficcionada del contrato de trabajo

en una suma diaria de \$31.572 a partir del 16 de abril de 2013 hasta cuando se satisfagan las condenas que la causen.

Tercero. Se absuelve por las restantes pretensiones, conforme a la parte motiva.

Cuarto. Las excepciones quedaron resueltas conforme a la parte motiva.

Quinto. Se imponen costas y agencias en derecho y se liquidaran una vez quede en firme la providencia.

Como consideraciones de lo decidido, adujo el sentenciador de primer nivel que, si bien la demandante fue vinculada por contrato de prestación de servicios, su labor se dio de manera continua e ininterrumpida, y dada la forma de ejecución se configura un verdadero contrato de trabajo.

Que la Corte Constitucional con Sentencia-C 0579 del 30 de octubre de 1996, declaró inexecutable el párrafo del artículo 235 de la ley 100 y el inciso segundo del artículo 3° del Decreto ley 1651 de 1977, en lo relativo a las personas que desempeñaban las funciones de quienes fueron clasificados inicialmente como funcionarios de la seguridad social, y a partir de este fallo, fueron clasificados como trabajadores oficiales, por lo que el periodo anterior al 20 de noviembre de 1996, sigue rigiéndose por una relación legal y reglamentaria.

Por tanto, consideró que, la demandante solo podía predicar la existencia de su contrato de trabajo a partir del 20 de noviembre de 1996, pues de esa fecha hacia atrás, su relación formal por primacía de la realidad se debe ventilar ante la jurisdicción contenciosa administrativa, porque las actividades realizadas de auxiliar de contabilidad y auxiliar de servicios administrativos, para esa época no clasifican como trabajador oficial, razón por la que el despacho no tiene competencia para definir esa etapa de su relación individual de trabajo.

Señaló que, conforme a la convención colectiva de trabajo, los contratos de trabajo del extinto ISS son a término indefinido, y su finalización no es justa causa para darlo por terminado, aún en el evento de liquidación de la entidad pública, por tanto, el despido se califica como injusto, dando lugar al pago de la indemnización convencional.

Consideró que, dado que a la actora solo le pagaron como salario los valores que constan en los contratos aportados, corresponde ordenar el reconocimiento de liquidación y pago de las prestaciones convencionales desde el 1 de noviembre de 2002, como quiera que previo a esa fecha no consta norma convencional aplicable.

Seguidamente, procedió a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la demandada, puntualizando que conforme al artículo 6 procesal, la reclamación administrativa interrumpe la prescripción, lo que permitía presentar la demanda dentro de los tres años siguientes a esa reclamación, los cuales vencerían el 18 de marzo de 2016, por lo declaró no probado el medio exceptivo propuesto.

En cuanto a la pensión sanción, señaló que no había lugar a concederla, por cuanto la demandante estaba afiliada al sistema de seguridad social, incumpliendo con ello uno de los presupuestos que exige esta institución.

De otra parte, al no pagarse las prestaciones correspondientes, accedió a la subsistencia ficcionada del contrato de trabajo, enfatizando que no aparecen demostradas circunstancias que exoneren a la demandada de esta sanción, puesto que, su conducta no tuvo finalidad distinta que la de sustraerse de las obligaciones de naturaleza laboral, utilizando contratos de prestación de servicios, que resultaron plenamente desvirtuados, en cumplimiento de horarios, órdenes, subordinación a

jerarquía, etc., por lo que impuso como condena por este concepto por la suma de \$31.572 a partir del 16 de abril del 2013, día 91 siguiente a la terminación del contrato hasta que se satisfagan las condenas que la causan.

Indicó que, al prosperar las pretensiones principales no se estudiarían las subsidiarias; declaró prosperas parcialmente las excepciones de inexistencia de las obligaciones y buena fe, y condeno a la demandada en costas y agencias en derecho.

Finalmente, incorporó un párrafo ordenando oficiar a Colpensiones para que tenga conocimiento de la decisión que se ha emitido en este juzgado para los efectos pensionales por artículo 42 de la ley 100 de 1993.

4.1.- Inconforme con la decisión, el demandante interpuso recurso de apelación a fin de que se revoque el numeral tercero de la sentencia, y en su lugar se condene al ISS en liquidación al pago de la pensión sanción, por haber prestado sus servicios a la entidad durante más de 15 años.

Esgrimió que contrario a lo expuesto por el Juez de instancia, los trabajadores oficiales de las empresas industriales y comerciales del Estado se rigen por el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, el que señala que todos los que presten servicios a estas empresas tienen tal calidad; y por su parte el artículo 275 de la ley 100 de 1993 se refirió a los empleados de la Seguridad Social, dentro de los cuales no se encuentran los empleados administrativos, por lo que el 20 de noviembre de 1996, no se le podía extender como la fecha de inicio para obtener su derecho.

No obstante, alega que, si se toma la fecha del 20 de noviembre de 1996, como momento desde el cual adquiere la calidad de trabajador oficial, hasta el 30 de noviembre de 2006, se contabilizan 16 años, razón por la cual se cumple el primero de los presupuestos para obtener la pensión sanción.

Respecto al criterio de que, si la empleada estaba vinculada a la seguridad social, resulta que, no estaba por cuenta del empleador, y el artículo 133 de la ley 100 de 1993 es muy claro al señalar que “si el empleador no afilia al trabajador o al empleado a la seguridad social, corre con la sanción”, igual ocurre si la vinculación es tardía, puesto que, es una manera de impedir el acceso a la seguridad social y a los beneficios de las pensiones, razón por la cual afirma que disiente de la decisión de instancia, puesto que se cumple el requisito de 16 años de los servicios si lo tomamos a partir de la ejecutoria del fallo de la Corte Constitucional SC-579 del 1 de octubre de 1996, con vigencia a partir del 20 de noviembre de 1996, y dado que finalizó su contrato el 30 de noviembre de 2012, cuenta con un periodo de 16 años y 10 días, por lo que le asiste el derecho a la pensión sanción.

Alega que, el segundo presupuesto, se cumple por la no afiliación por parte del empleador a la seguridad social, puesto que la norma hace referencia a la no afiliación por parte del patrono, e incluso la afiliación tardía; y el tercer requisito también se encuentra cumplido, como quiera que cuenta con más de 50 años, para ser beneficiaria de la pensión sanción, por lo que solicita que le sea reconocida.

4.2.- La demandada impetro recurso a fin de que se revoque la sentencia en su integridad, con fundamento en que la demandante se vinculó al ISS ya liquidado por medio de sendos contratos de prestación de servicios, durante la ejecución de los mismos se comportó como trabajadora independiente, manteniendo su autonomía, manejando su

tiempo, respondiendo con las actividades pactadas en el objeto contratado.

Que la contratista pago su seguridad social y siempre mantuvo su complacencia con los contratos firmados, nunca expreso inconformidad con ellos o deseos de desvincularse, por el contrario cuando se vencían los contratos se procedía hacer el acta de terminación de los mismos, empero la contratista continuaba asistiendo a la entidad en búsqueda de un nuevo contrato, por lo que más que ejercer actividades continuas, lo que hacía era el lobby para un nuevo contrato, razón por la cual continuo vinculada con contratos interrumpidos, durante casi 17 años.

Que solo manifestó su inconformidad con la forma de contratación cuando el ISS entro en liquidación, puesto que es el Decreto 2012 de 2013 el que le da la entrada en vigencia a Colpensiones suprime el departamento de pensiones, que era el área en la que trabajaba la actora, por lo que se configura una justa causa para la terminación del contrato.

Señala que los argumentos hasta ahora esbozados, también respaldan su pretensión de revocar la indemnización por despido sin justa causa, puesto que si existen causas justificadas de la terminación del contrato de la demandante.

Con relación a la pensión sanción, alude que no hay lugar a reconocerla, puesto que la misma actora aportó historia laboral que demuestra su afiliación a seguridad social en pensión, por lo que no puede pretender que se pague el mismo aseguramiento dos veces. Acota que, lo que debió pretender, en caso tal de una condena contra el ISS, era que se le cancelara el aporte que hizo por mayor valor, y no pretender una sanción pensión, por cuanto se encuentra afiliada en pensiones y se acreditó una

justa causa, dado que no es posible vincular mediante contrato de trabajo a un trabajador cuando la ley lo prohíbe.

Solicitó revocar la sentencia de instancia sin reconocimiento alguno, y se tenga acreditada la prescripción conforme a la ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.- De conformidad con el numeral 1 del literal b), del artículo 15 del Código de procedimiento laboral y de la seguridad social, la Sala es competente para resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la demandada, así que agotado el trámite de la instancia y reunidos los presupuestos de demanda en forma, capacidad para ser parte o para obrar en el proceso, a lo cual se suma que no se aprecian causales de nulidad que vicien lo actuado, procede decidir de fondo.

Con la expedición de la Ley 712 de 2001, varió sustancialmente, el tema de competencia del ad quem en lo referente al recurso de apelación, que sea propuesto en contra de las sentencias de primer grado, toda vez que de acuerdo con su artículo 35, por medio del cual fue adicionado el artículo 66A del Código procesal del Trabajo y de la Seguridad social, es a las partes a quienes corresponde delimitar expresamente las materias a que se contrae expresamente ese recurso.

6.- Teniendo en cuenta los asuntos objeto de recurso, la Sala debe establecer si fue acertada o no la decisión del juez de primera instancia de declarar la existencia de un contrato de trabajo y su terminación sin justa causa, con las consecuencias jurídicas que de ello deviene; así como la negativa a reconocer la pensión sanción deprecada.

7.- Para resolver el debate planteado, se debe tener en cuenta inicialmente que no existe discusión en lo siguiente:

- Que Malvy Lenis Escobar prestó sus servicios al entonces Instituto de Seguros Sociales por el periodo comprendido entre el 14 de junio de 1995 hasta el 30 de noviembre de 2012.

- Que inicialmente desempeñó el cargo de auxiliar de contabilidad, y luego auxiliar de servicios administrativos en la seccional de Valledupar.

8.- El ordinal 1° del artículo 22 del C. S. T, establece que el contrato de trabajo es aquel en virtud del cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, **bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración.**

Del texto del artículo 23 de la misma obra, se deduce, que para predicar la existencia del contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los siguientes elementos, a saber: a) la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo; b) La continuada dependencia o subordinación del trabajador respecto al empleador y c) un salario.

8.1.- Sobre la problemática planteada, resulta relevante recordar, que en virtud de la sentencia C-579 del 30 de octubre de 2016 los trabajadores de la seguridad social vinculados al ISS pasaron a ser trabajadores oficiales; por tanto, a partir de la ejecutoria del fallo, es decir del 20 de noviembre de 1996, tienen derecho a ser remunerados como trabajadores oficiales, esto es, conforme a las condiciones económicas previstas en la convención colectiva o excepcionalmente cuando algún trabajador no sea beneficiario de ellas se regirá por lo que acuerden el empleador y el trabajador en el contrato de trabajo.

En consecuencia, la relación laboral previa al 20 de noviembre de 1996 sigue rigiéndose por una relación legal y reglamentaria.

Lo anterior, se aúna a lo dicho por la Sala de Casación en proveído CSJ SL5545-2019, que a su vez reiteró la doctrina de la providencia CSJ SL2584-2019, en los siguientes términos:

“Para resolver la litis, precisó la Corporación que de conformidad con el inciso 2.º del artículo 5.º del Decreto Ley 3135 de 1968 los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, por regla general, son trabajadores oficiales y, excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos, empleados públicos cuando ejerzan funciones de dirección y confianza.

Ilustró, que de acuerdo con los criterios orgánico y funcional previstos en el citado decreto extraordinario, el Consejo Directivo del ISS estableció en el artículo 1.º del Acuerdo 145 de 1997 aprobado por el Decreto 416 del mismo año -norma cuya violación acusa en el sub lite la censura- la clasificación de sus servidores, así:

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

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

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

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

Así las cosas, en el evento de que el cargo desempeñado por el trabajador con posterioridad al 20 de noviembre de 2006 corresponda a una actividad propia de trabajador oficial, así deberá declararse.

8.2.- En el caso sub examine, vale decir, que obran a folios 24 a 182 los contratos de prestación de servicios y certificados de disponibilidad presupuestal, que acreditan que la demandante prestó sus servicios al ISS desde el 14 de junio de 1995 hasta el 30 de noviembre de 2012.

Ahora bien, como la calidad de trabajador oficial de los antes trabajadores de la seguridad social se reconoció a partir del 20 de noviembre de 1996, solo desde esta fecha corresponde al Juez laboral asumir el conocimiento de las controversias suscitadas entre los aludidos trabajadores y el ISS, por tanto, los litigios sobre asuntos previos a la ejecutoria de la sentencia constitucional son competencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

De conformidad con las documentales, para el 20 de noviembre de 1996, se encontraba vigente el contrato 666 suscrito por la actora y el ISS, para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios administrativos en el CAA de Valledupar – Cesar, con una asignación de \$373.375 mensual; así mismo, consta que a partir de ese contrato fueron suscritos los que obran en el expediente, esto es, el No. 735 a partir del 16 de diciembre de 1996, el 901, el 1056 y su adición el 037, el 399, 01, 018, 109, 162, 024, 112, 231 su adición , 018 y su adición, 322 y su adición, 022 y su adición, el contrato DA 09-814, DA 011700, DA 25342, DA 026217, DA028038, DA 0310383, DA034456, D037521, D040380, D044461 y su adición, P047460, P49095, P054072 y su adición, P057175, 5000001495 50000101366, 500001201260, 500014123 y su adición, y otros contratos, que aparecen relacionados en el expediente, cuyo último fue identificado como 5000028900 del 03/7/12 al 30/11/12 por 5 meses, por un valor de \$4.192.283 pesos.

Oteados los contratos, se constata que fueron suscritos amparados en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que, sin embargo, no correspondieron a una necesidad temporal del Instituto, ni fueron suscritos en atención a

que las labores contratadas no pudieran ser ejercidas por el personal de planta, puesto que tanto la actividad desempeñada inicialmente por la demandante que fue de auxiliar de contabilidad, ni la posterior de auxiliar de servicios administrativos, requerían conocimientos que debieran ser contratados por ser muy especializados, pues sus labores se concretaban en la realización de trámites administrativos al interior del departamento de historia laboral y pensiones.

De otra parte, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, consagra una presunción legal de existencia del contrato de trabajo, que tampoco fue desvirtuada por el Instituto de Seguros Sociales, en razón a que con las pruebas arrimadas al plenario se halla acreditado el nexo de trabajo desde el 20 de noviembre de 1996, el cargo desempeñado por la accionante y la remuneración mensual.

Ahora bien, el ataque de la demandada enfatiza que la laborante nunca exhibió inconformidad con la modalidad de contratación, respecto de lo cual conviene señalar que aunque se concertaron unos contratos de prestación de servicios, en la realidad la materialización de la relación sustancial difiere de ello, ya que la demandante no desempeñó su actividad con la autonomía e independencia propia de los contratistas independientes, sino que la demandada desplegó actos de subordinación jurídica de tipo laboral, por tanto la simple firma de un documento rotulado como contrato de prestación de servicios no puede primar frente a lo acontecido en la realidad; por tanto, tal como lo señaló el Juez a quo la calidad que ostentaba la demandante era la de trabajadora oficial, siendo beneficiaria de las prestaciones extralegales contenidas en la convención colectiva de trabajo, vigente en el ISS para los años 2001-2004.

8.3.- En punto de la prescripción, conviene señalar que de conformidad con el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, la entidad demandada contaba

con 90 días hábiles de plazo para pagar las prestaciones sociales, es solo después de ese lapso que se inicia el conteo del término prescriptivo de 3 años aplicable a los derechos laborales de los trabajadores oficiales, según el artículo 41 del Decreto 3135 del 1968 y su decreto reglamentario 1848 de 1969, artículo 102.

En el presente asunto, determinada la existencia del contrato de trabajo, el que finalizó el 30 de noviembre de 2012, el término de 90 días para pago de las obligaciones venció el 15 de abril de 2013, por tanto, es a partir del 16 de abril de 2013 que inicia el conteo del término prescriptivo, el que finaliza el 16 de octubre de 2016.

Ahora bien, se aprecia a folio 261, reclamación administrativa radicada el 18 de marzo de 2013, con la que interrumpió la demandante el término prescriptivo, por ende, no se encuentran prescritos los derechos exigibles por la parte actora, como lo declaró el juzgador.

8.4.- Respecto a la indemnización por despido sin justa causa, basta recordar que de manera pacífica y reiterada ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL21114-2017, CSJ SL545-2018, CSJ SL981-2019, CSJ SL2584-2019, CSJ SL 3668-2021 que:

“declarada la existencia del contrato de trabajo, éste se entiende celebrado de manera indefinida, luego, para terminarlo con justa causa es menester demostrar la correspondiente causal del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, obligación que no cumplió la demandada en este caso.”

A este respecto la censura, afirma que, si existía justa causa para no realizar una nueva contratación, ello con ocasión de la supresión y la liquidación del ISS, empero sobre este punto la Sala de Casación Laboral en sentencia SL 4080-2021 ha dicho:

“esta corporación tiene definido que el contrato de trabajo de las personas vinculadas al entonces Instituto de Seguros Sociales, por regla general, corresponde a la modalidad de término indefinido, a excepción de los que desempeñan labores transitorias(...) Siendo ello así, el vínculo contractual de la actora únicamente podía finiquitarse por alguna de las justas causas contempladas en el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, dentro de las cuales no se encuentra estipulada la expiración del plazo pactado de la que hizo uso el ISS para poner fin a tal relación, que fue lo que en realidad sucedió en el presente caso.”

En lo atinente a este específico punto, mediante providencia CSJ SL 981-2019, la Corte puntualizó:

“Pero como en verdad la terminación ocurrió por vencimiento del plazo pactado, lo cual no encaja dentro de ninguna de esas justas causas, ha de concluirse que el despido fue injusto y, en consecuencia, procede la indemnización tarifada del artículo 5.º de la convención, que en lo pertinente establece:

Cuando el Instituto de por terminado un contrato de trabajo de manera unilateral sin justa causa, deberá reconocer y pagar al Trabajador afectado una indemnización por despido.”

Así las cosas, al no encontrarse acreditada una justa causa para la terminación del contrato de trabajo suscrito por la señora Malvy de Jesús Lenis Escobar con el ISS, su consecuencia es la imposición de la indemnización deprecada, de conformidad con el artículo 5 de la Convención Colectiva, en los términos que lo hizo el Juez de primer orden.

8.5.- En relación a la pensión sanción, en el caso bajo examen se pretende su reconocimiento bajo el amparo de las prerrogativas contenidas en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, cuyo aparte pertinente expresa:

“El trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente Ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, o cincuenta (50) años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido. (...)”

Tal como lo refirió el sentenciador de primer grado, la norma en cita contempla dos requisitos necesarios para la procedencia del reconocimiento de este derecho pensional, el primero de ellos la no afiliación del trabajador al sistema general de pensiones por omisión del empleador y en segundo lugar la circunstancia de haber sido despedido sin que mediara justa causa.

A este respecto la Corte Constitucional en sentencia C-891A-2006, reiteró los presupuestos para acceder a la pensión sanción, así:

“(...) se trata, siempre, del trabajador: que es despedido injustamente después de haber laborado durante más de diez (10) o quince (15) años al servicio de un mismo empleador (i), que en razón de ese despido injusto se hace acreedor de una pensión (ii) que debe cancelar el empleador (iii), pues no hay entidad llamada a asumir ese pago (iv).”

De conformidad con la normativa y la posición jurisprudencial, uno de los presupuestos para acceder a la pensión sanción, es no encontrarse afiliado a seguridad social en pensiones, pues es requisito que el trabajador no cuente con la posibilidad de que una entidad previsorasuma el riesgo de vejez a que tiene derecho, situación que no acontece en el presente asunto, pues de conformidad con las documentales el

actor se encuentra afiliado al sistema pensional, y si bien la afiliación no la realizó el empleador, de ello no deviene que no cuente con una entidad que asuma el pago de la pensión.

Aunado a que la parte actora no acreditó que la administradora de pensiones le haya negado el derecho a la pensión de vejez, para con fundamento en ello determinar la obligación de la pasiva a su reconocimiento, puesto que como ya se dijo, uno de los presupuestos es que no cuente con una entidad que pueda asumir el reconocimiento y pago del derecho pensional.

Así las cosas, lo ordenado por el Juez de instancia a este respecto se confirma.

8.6.- De otra parte, es menester señalar que se avista en el plenario, que la Juez de instancia reconoció a la demandante la indemnización moratoria prevista en el artículo 1.º del Decreto 797 de 1949; en consecuencia, ordenó a la pasiva pagar por subsistencia ficcionada del contrato de trabajo en una suma diaria de \$31.572 a partir del 16 de abril de 2013 hasta cuando se satisfagan las condenas que la causen.

La referida condena no fue objeto de la alzada, por lo que en principio estaría vedado para esta Colegiatura emitir un pronunciamiento sobre la aludida indemnización moratoria, no obstante, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL7382-2015, a este respecto, dijo:

“(…)

conforme a lo dispuesto en el art. 69 del C.P.T. y S.S.

(…)

De la norma transcrita emerge con claridad que además de los recursos de que puedan ser objeto las providencias judiciales, existe un grado jurisdiccional de consulta llamado a ser activado, obligatoriamente, cuando:

1. La sentencia de primera instancia fuere **totalmente adversa** a las pretensiones del trabajador, afiliado o beneficiario, **si no fueren apeladas**.
2. La decisión de primer grado fuere **adversa** a *“la Nación, al Departamento o al Municipio o a aquellas entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante”*.

En ese orden, una conclusión surge diáfana: la norma en su primer inciso contiene unas reglas diferentes a las consagradas en el segundo, así:

- (i) Para la procedencia de la consulta conforme el primer inciso se requiere: (a) que la sentencia sea totalmente adversa al trabajador, beneficiario o afiliado y (b) que no sea apelada por éste.
- (ii) Para la tramitación del referido grado jurisdiccional en los términos establecidos en el segundo inciso, basta con que la sentencia del *a quo* sea condenatoria -siendo indiferente si lo fue total o parcialmente-, e independientemente de que el fallo haya o no sido apelado -frente a todas o algunas de las condenas impuestas-, pues en todo caso opera la consulta, en tanto el colegiado de segundo grado tiene el deber de revisar, sin límites, la totalidad de las decisiones que le fueren adversas a La Nación, a las entidades territoriales, y descentralizadas en las que aquélla sea garante.”

Así las cosas, si bien el reconocimiento de la sanción moratoria no fue objeto de alzada, de conformidad con la sentencia expuesta en precedencia, se hace necesario emitir un pronunciamiento frente al mismo, como quiera que se trata de una decisión adversa a los intereses del erario público, dada la naturaleza jurídica del ISS en liquidación.

Por tanto, en cuanto a la procedencia de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1.º del Decreto 797 de 1949, en la forma como la impuso el Juez de primer orden, debe decirse que a pesar de ser claro que el empleador, de manera consciente, llevó a la trabajadora a un estado de precariedad laboral en su contratación, lo cierto es que en la sentencia atacada se desconocen las consecuencias que frente a la mora tuvo la liquidación final del ISS, pues el criterio adoptado por la Sala de Casación Laboral consiste en admitir que desde el 1.º de abril de 2015, la entidad extinguida no podía ser objeto de la imposición de una sanción moratoria.

Bajo esa óptica, la providencia de instancia desconoció la regla fijada por la Corte Suprema de Justicia en sentencias CSJ SL986-2019, reiterada en la SL825-2020, SL2140-2020, SL4600-2021, en las que precisó que con arreglo al artículo 1º del Decreto 797 de 1949, dicha sanción se reconoce hasta la liquidación definitiva de la entidad pública, lo que ocurrió el 31 de marzo de 2015, conforme a lo dispuesto en el Decreto 553 del 27 de marzo de 2015, cuyo artículo 5º reza:

“Extinción de la persona jurídica del Instituto de Seguros Sociales. Conforme a lo dispuesto en el artículo 21 del Decreto 2013 de 2012, como consecuencia de la extinción de la persona jurídica del Instituto de Seguros Sociales, a partir del 31 de marzo de 2015 quedarán automáticamente suprimidos todos los cargos existentes y terminarán las relaciones laborales de acuerdo con el respectivo régimen legal aplicable.”

En la sentencia SL986-2019, se anotó:

“En efecto, a criterio de la Sala, la sanción moratoria debe operar hasta la suscripción del acta final de liquidación que se publicó en el Diario Oficial 49470 de 31 de marzo de 2015, toda vez que a partir de esta fecha el Instituto de Seguros Sociales dejó de existir como persona jurídica; luego, perdió toda posibilidad de actuar en el mundo jurídico.

Quiere decir lo anterior que, a partir de la declaración del cierre de la liquidación y de la terminación de la existencia jurídica del Instituto de Seguros Sociales, no es posible imputar a dicha entidad una conducta, provista o desprovista de buena fe, por la simple razón de que en el plano jurídico no existe como sujeto de derechos y obligaciones y, por tanto, no puede adelantar ninguna actuación. En otros términos, el presupuesto de la buena o mala fe del cual depende la imposición o no de la sanción moratoria es inexigible frente a un sujeto de derecho extinto.

Tampoco puede afirmarse que el patrimonio autónomo de remanentes constituido por el ISS en el marco de un contrato de fiducia mercantil sea una continuación de su persona jurídica, dado que esos bienes, aunque pueden comparecer al proceso por conducto de la sociedad fiduciaria, no son una entidad con personalidad jurídica o una derivación del ISS, sino un conjunto de bienes afectos a la finalidad específica indicada en el acto de constitución. Mucho menos podría asegurarse que la sociedad fiduciaria contratante es un sucesor de las actividades del ISS, dado que su rol simplemente es el de actuar como administrador y vocero de los bienes fideicomitidos (num. 4 art. 1234 CCo), al punto que estos no hacen parte de sus activos y de sus otros negocios fiduciarios (art. 1233 CCo).

En conclusión, cuando ocurre la liquidación de una entidad del sector oficial, la sanción moratoria del artículo 1º del Decreto 797 de 1949 debe ir hasta la fecha en que aquella deja de existir, tal y como lo adocrinó la Sala en sentencias CSJ SL194-219 y CSJ SL390-2019.”

Puestas así las cosas, se hace necesario modificar parcialmente el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia, en el numeral 2.8. en el sentido de ordenar cancelar por concepto de subsistencia ficcionada del contrato una suma diaria de \$31.572 a partir del 16 de abril de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015.

9.- Dado que no existen otros reparos se modificará parcialmente el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 8 de abril de 2016, en el numeral 2.8. en el sentido de ordenar cancelar por concepto de subsistencia ficcionada del contrato una suma diaria de \$31.572 a partir del 16 de abril de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015, por las razones aquí expuestas. En lo demás se confirma la decisión de instancia.

Al no prosperar los recursos de apelación promovidos, se condenará en costas a la parte demandante y demandada por un valor de un (1) SMLMV, las cuales serán liquidadas de forma concentrada por la primera instancia.

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:** MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 8 de abril de 2016 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Valledupar, en el numeral 2.8., el que quedará así:

Segundo. El Instituto de Seguro Social en liquidación, hoy Patrimonio autónomo de remanentes del Instituto de Seguro Social en liquidación – administrado por Fiduagraria S.A. deberá cancelar a la demandante Malvy de Jesús Lenis Escobar los siguientes valores y conceptos: 2.1. vacaciones: \$6.279.076,14; 2.2. prima de vacaciones: \$778.971,42; 2.3. prima de servicios de diciembre: \$1.980.928; 2.4. prima de servicios de junio: \$2.016.336; 2.5. auxilio de cesantías: \$8.486.766; 2.6. intereses a las cesantías: \$999.496,25; 2.7. indemnización por despido sin justa

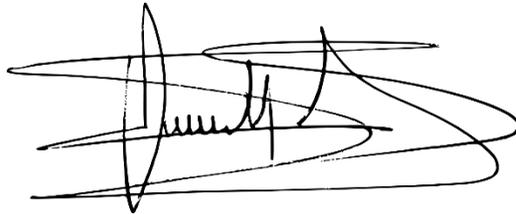
causa: \$19.083.032; 2.8. subsistencia ficcionada del contrato de trabajo en una suma diaria de \$31.572 a partir del 16 de abril de 2013 hasta el 31 de marzo de 2015, por las razones aquí expuestas.

En lo demás se confirma la decisión de instancia.

COSTAS como se dejó visto en la parte motiva.

Devuélvase el expediente al juzgado de origen una vez cumplidos los trámites propios de esta instancia. Déjense las constancias del caso en el sistema justicia siglo XXI.

NOTÍFIQUESE Y CÚMPLASE,



ÓSCAR MARINO HOYOS GONZÁLEZ
Magistrado Ponente



ALVARO LÓPEZ VALERA
Magistrado



JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURT
Magistrado