



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

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

Hoy **21 DE MARZO DE 2024**, siendo las 2:00PM, la Sala Primera de Decisión Laboral, integrada por el suscrito quien la preside **CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA** en compañía de los magistrados **Dra. YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO** y el **Dr. FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 de 2022, y previa discusión y aprobación en sala virtual, se constituye en **audiencia pública de juzgamiento No. 119**, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el (A) señor (a) **CAROLINA HERNANDEZ LOPEZ** en contra de **PAR ISS EN LIQ., MINISTERIO DE HACIENDA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, bajo radicación **004-2014-0118-01**, en donde se resuelve la **APELACIÓN** presentada por el demandante y el demandado ISS en contra de la *sentencia No. 178 del 21 de octubre de 2016*, proferida por el *juzgado 4º Laboral del Circuito de Cali* mediante la cual declaró la existencia de contrato de trabajo realidad entre el 18 de marzo de 2008 al 31 de marzo de 2013 con su último salario de \$3.972.421. Condena a pagar las prestaciones no prescritas desde el 07 de mayo de 2010, excepto cesantías y compensación vacaciones. Ordena pago de Diferencia Salarial \$4.670.706, Cesantías \$15.497.248, Intereses a las cesantías, vacaciones \$3.829.390, Prima vacaciones \$2.561.423, prima navidad \$10.196.939, Devolución aportes pensión, indemnización moratoria por no pago de prestaciones con salario diario de \$132.414 y Absuelve de las demás pretensiones.

COPONENCIA DRA YULI MABEL SANCHEZ QUINTERO

Toda vez que la ponencia presentada por el Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA fue derrotada parcialmente por los Magistrados que componen su Sala, se dispuso la remisión del proceso a este despacho para su elaboración mediante Auto de sustanciación n° 764 de 04 de noviembre de 2022, recibándose en el despacho el 8 de noviembre de 2022, con el fin de realizar la ponencia única y exclusivamente respecto a la consulta en favor del ISS.

Razones del juzgado: a) la prestación del servicio está probada con los contratos y las declaraciones de los testigos que dieron cuenta de las funciones de la demandante, sin que haya lugar a descartar sus dichos pues fueron compañeros de trabajo de la actora, teniendo conocimiento directo de los hechos, las que fueron remuneradas, b) si bien la ley 80 permite el contrato de prestación de servicios, lo contratado debe ser temporal y brillar la independencia, c) la demandante cumplía funciones de manera permanente y bajo subordinación, sin que obre prueba de la independencia y si bien una testigo manifestó que las funciones de la demandante no se cumplían por otros abogados, la expedición de las resoluciones que reconocen pensión, es algo propio del régimen de prima media, d) no hay lugar a la nivelación salarial porque no se logró precisar que abogado de planta cumplía las mismas funciones de la demandante, pero si hay lugar al aumento salarial porque en el sector público la ley 4 dispone su aumento con el IPC y a la actora en el último año su salario tiene una diferencia a su favor, e) hay lugar a las prestaciones sociales extra legales por ser una trabajadora oficial y existir sindicato mayoritario, siendo aportada la convención colectiva, f) se concede la cesantías e intereses las convencionales, se accede a las vacaciones, la prima de navidad, no se concede la prima legal por no ser destinataria para los trabajadores de las empresas EICE, g) el auxilio de transporte convencional está ligado a su reglamentación en resolución que no se aportó, trasladándose a la legal que no le aplica por ser su salario superior. No hay lugar a las dotaciones que se reconocen por prejuicios, porque no se probó perjuicio, h) se ordena devolver lo pagado por aportes a la seguridad social; pero no hay pago de sanción por no consignación de cesantías al no ser procedente en las empresas EICE que tenían afiliación al fondo nacional del ahorro, i) no se concede la indemnización por despido porque no se probó el despido, pero si se ve que terminó el contrato por vencimiento del plazo. Procede el pago de la sanción por no pago de las prestaciones, descontado los 90 días de espera de pago. No se puede conceder el pago de lo correspondiente a retención

en la fuente por ser dineros que no entraron al empleador **j)** no hay responsabilidad de los derechos frente a la nación y el Ministerio protección social.

Apelación Iss: **1)** no hay lugar al pago de las prestaciones, menos de la sanción moratoria, por cuanto la entidad siempre actuó de buena fe y bajo el convencimiento de un contrato de prestación de servicios, **2)** la sentencia que declara la existencia de un contrato es constitutiva, por lo que solo es a partir de ella que el empleador está en mora, y así lo ha determinado el consejo de Estado. Es por ello que la sanción ópera después de los noventa días de la ejecutoria de la sentencia, pidiendo se revoque la sentencia.

Apelación demandante: **i)** pide se conceda la sanción por no consignación de cesantías, la prima legal, indemnización por despido y no se puede desvincular al ministerio trabajo porque conforme la norma de liquidación es el responsable del pago de las sentencias en contra del iss, **ii)** sobre la indemnización por despido, es conforme el art 5 de la convención y en subsidio con la tarifa que determine la ley, **iii)** sobre la sanción por no consignación de cesantías, establecida en la ley la cual alcanzará la suma que se determine en el proceso y opera desde el 15 de febrero de 2009, fundado en la ley 344 de 1996 y su reglamentario decreto 1582 de 1998 que remiten a la ley 50, **iv)** la prima de servicios en la suma que se determine probada, conforme el decreto 1042 de 1978 subrogado por el decreto 710 de 1978, por esas circunstancias pide al Tribunal se concedan esos derechos.

Es bueno recordar que la base fáctica y jurídica del distanciamiento en el presente proceso ha sido plenamente conocida discutida por las partes, así como la sentencia dictada por el a quo, por lo cual procede la Sala de Decisión a dictar la Providencia que corresponde atendiendo a las preceptivas legales.

SENTENCIA No 99

COPONENCIA DRA YULI MABEL SANCHEZ QUINTERO

2

Atendiendo el marco funcional artículo 66 CPTSS, surge para la Sala verificar en primer lugar, si de las pruebas traídas al proceso era posible establecer que entre la demandante y el antiguo Instituto de los Seguros Sociales, existió en realidad un contrato de trabajo en los periodos que se suscribió entre las partes contratos de prestación de servicio; o si, por el contrario, como lo aducen las demandadas la relación se rigió conforme a lo acordado por un contrato civil.

Dilucidado lo anterior, habrá de establecerse si en el presente asunto operó el fenómeno de la prescripción frente a las acreencias causadas en el periodo de vinculación deprecado.

Igualmente, se analizará la procedencia o no de las prestaciones sociales condenadas por la instancia; seguidamente, se estudiará la inconformidad de la demandante respecto del pago de la prima legal, la sanción por no consignación de cesantías, la indemnización por despido injusto y la no desvinculación del Ministerio de Protección Social de quien dice es responsable del pago de la sentencia.

Antes de adentrarse la Sala en el estudio de los interrogantes planteados, es importante precisar que, no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos:

Que entre la otrora ISS y la actora se suscribieron los siguientes contratos de prestación de servicio profesionales, cuyo objeto era ejercer la defensa judicial de la entidad demandada:

N° Contrato	Vigencia	Clase de Contrato	Dependencia	Valor del Contrato
5000000786	18-03-08 30-11-08	Prestación de Servicios. Prof. Abogada	Dpto. de Atención al Pensionado	14.471.471
6000101734	01-12-08 28-02-09	Prestación de Servicios. Prof. Abogada	Dpto. de Atención al Pensionado	4.878.024
5000012418	02-03-09 31-05-09	Prestación de Servicios. Prof. Abogada	Dpto. de Atención al Pensionado	5.193.812
5000014549	01-06-09 15-10-09	Prestación de Servicios. Prof. Abogada	Dpto. de Atención al Pensionado	7.878.254
5000017107	16-10-09 30-06-10	Prestación de Servicios. Prof. Abogada	Dpto. de Atención al Pensionado	14.939.503
5000018217	01-07-10 30-11-10	Prestación de Servicios. Prof. Abogada	Dpto. de Atención al Pensionado	8.928.685
5000021817	01-12-10 31-03-11	Prestación de Servicios. Prof. Abogada	Dpto. de Atención al Pensionado	7.142.948
5000023462	01-04-11 31-10-11	Prestación de Servicios. Prof. Abogada	Dpto. de Atención al Pensionado	12.896.415
5000025651	01-11-11 30-06-12	Prestación de Servicios. Prof. Abogada	Dpto. de Atención al Pensionado	14.738.760
5000029434	03-07-12 30-11-12	Prestación de Servicios. Prof. Abogada	Dpto. de Atención al Pensionado	9.088.902
5000032892	03-12-12 31-03-13	Prestación de Servicios. Prof. Abogada	Dpto. de Atención al Pensionado	7.246.557

Que el 7 de mayo de 2013, la demandante reclamó ante el extinto ISS el reconocimiento de prestaciones sociales legales y extralegales durante el tiempo en que prestó sus servicios. (Doc. 004-2014-00118, fls. 103 a 105).

Para adentrarnos en la disyuntiva trazada, vale memorar que la jurisdicción ordinaria laboral, es competente para conocer del presente asunto, como quiera que el extinto Instituto de los Seguros Sociales era una Empresa Industrial y Comercial del Estado, misma calidad que ostenta la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Así entonces, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Decreto 3135 del 1968, la regla general es que las personas que presten sus servicios para una EICE, tienen la calidad de trabajadores oficiales, salvo que desempeñen funciones de dirección, confianza y manejo; en el sub examine tenemos que la señora Hernández por todo el tiempo que estuvo vinculada en el ISS se desempeñó en el cargo de abogada en el Departamento de Atención al Pensionado, actividad que no la excluye de la regla general, por tanto, es viable que los jueces laborales conozcan del proceso.

Del contrato de trabajo

Sea del caso recordar que el contrato de trabajo nace a la vida jurídica cuando concurren los tres elementos esenciales establecidos en el artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, a saber: la actividad personal del empleado, su subordinación respecto al empleador y retribución económica por la prestación del servicio.

Por virtud del precepto normativo contenido artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, toda prestación personal del servicio se presume regida por un contrato de trabajo, lo que se traduce en una ventaja probatoria para quien se reputa trabajador, debido a que no soporta la carga de tener que demostrar la subordinación, y por el contrario, corresponde a quien ha sido señalado como empleador, probar que no obstante tratarse de un servicio personal, aquel no fue continuado sino instantáneo, o que no

fue subordinado o dependiente sino autónomo, modalidades que pueden conducir a la determinación de la existencia de una relación jurídica de contenido ajeno al derecho del trabajo.

Sin embargo, ha orientado la doctrina y la jurisprudencia que la presunción en comento es simplemente legal y admite prueba en contrario, correspondiéndole desvirtuarla a quien se reputa empleador o empleadora. Ahora bien, respecto del contrato de prestación de servicios la CSJ ha puntualizado que el hecho que una persona haya firmado un contrato de esta características no traduce por si mismo, que la relación se haya ejecutado con autonomía e independencia, así lo indicó en sentencia SL 609 de 2022:

Esta Sala tiene asentado que, en los eventos en que se pretende la declaratoria de existencia del contrato de trabajo y el demandado fundamenta su defensa en otra clase de vínculo contractual, como el de prestación de servicios, estos acuerdos formales por sí solos no son indicativos de una relación autónoma o independiente,» en virtud del principio de la primacía de la realidad que rige en materia laboral (Subrayas fuera del texto original)

Es de amplio conocimiento que en la legislación colombiana el elemento que distingue el contrato de trabajo de cualquier otra relación contractual, es la subordinación, por cuanto en las demás relaciones contractuales ya sea de tipo civil o comercial, en la mayoría de los casos se requiere de prestación personal del servicio y la remuneración, más no del elemento subordinante, esta característica es propia de los contratos de trabajo.

La subordinación implica que el empleador ejerza algún tipo de control sobre la actividad desarrollada por el trabajador, ya sea que vigile, controle o dirija su actuar en la prestación del servicio.

Elucidado lo anterior, esta Corporación pasa auscultar el material probatorio allegado al dossier, para verificar si en el presente trámite concurren los tres elementos señalados en la ley, para la consecución del contrato de trabajo alegado en el libelo genitor.

Como se advirtió en los hechos relevados de prueba, obran en el plenario diversos contratos de prestación de servicios, suscritos entre la actora y el otrora ISS, contratos que conservan el mismo objeto, esto es, la prestación del servicio profesional de abogado como se pasa a ver:

Ley 80 de 1993. Que 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 que se concretan en: 1 - ASESORAR JURÍDICAMENTE AL SEGURO SOCIAL - GERENCIA SECCIONAL - PENSIONES EN LA TOMA DE DECISIONES SOBRE LAS RESTACIONES ECONÓMICAS A RECONOCER A LOS ASEGURADOS Y/O BENEFICIARIOS DE LAS MISMAS, PROYECTAR LA DECISIÓN CORRESPONDIENTE SEGÚN EL ASUNTO A ASESORAR, EN LA DECISIÓN DE PRESTACIONES DE PRIMERA INSTANCIA Y RECURSOS DE REPOSICIÓN, 2. COADYUVAR Y BRINDAR LA INFORMACIÓN REQUERIDA Y NECESARIA A LA GERENCIA SECCIONAL - PENSIONES SEGURO SOCIAL. PARA DAR PRONTA Y CUMPLIDA RESPUESTA, A LOS REQUERIMIENTOS IMPETRADOS POR PETICIONARIOS Ó ENTIDADES PÚBLICAS.3. COLABORAR EN MATERIA DE CAPACITACIÓN AL SEGURO SOCIAL - GERENCIA SECCIONAL PENSIONES CUANDO LE SEA REQUERIDO. 4. COLABORAR EN LA REALIZACIÓN DE INVESTIGACIONES ADMINISTRATIVAS PARA ADELANTAR Y CULMINAR LA DECISIÓN DE PRESTACIONES ECONÓMICAS. 5. FOLIAR EL EXPEDIENTE CUANDO HAYA LUGAR A ELLO. 6. MANTENER LA DEBIDA RESERVA Y DISCRECIÓN DE LOS ASUNTOS QUE CONOZCA EN RAZÓN DE SUS ACTIVIDADES.7. CUMPLIR OPORTUNAMENTE CON LOS INFORMES DE ACTIVIDADES ANTE EL INTERVENTOR DEL CONTRATO.8. RESPUESTA DERECHOS DE PETICIÓN, ENTES DE CONTROL, DESPACHOS JUDICIALES, RESPUESTA ACCIONES DE TUTELAS Y TRAMITE DE LAS MISMAS.9. CUANDO DIERA LUGAR MANTENER ACTUALIZADO EL SISTEMA AFE. 10. CEDER AL INSTITUTO LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR DESARROLLADOS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL, REALIZADOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE CONTRATO. 11. CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES DESCRITAS EN LOS NUMERALES ANTERIORES, DE CONFORMIDAD CON LA PROGRAMACIÓN ESTABLECIDA POR EL SEGURO SOCIAL- PENSIONES. ASISTIR A TODAS LAS REUNIONES PROGRAMADAS POR EL SEGURO SOCIAL - DEPARTAMENTO SECCIONAL PENSIONES PARA DEBATIR TEMAS ESPECÍFICOS RELACIONADOS CON EL ESTUDIO Y DECISIÓN DE PRESTACIONES ECONÓMICAS QUE TIENDAN A FIJAR LINEAMIENTOS. 12. CUMPLIR CON LOS DESPLAZAMIENTOS PROGRAMADOS POR LA VICEPRESIDENCIA A LAS DIFERENTES SECCIONALES DEL PAÍS CUANDO EL NEGOCIO DE PENSIONES LO REQUIERA SIEMPRE Y CUANDO SE RELACIONE CON LAS OBLIGACIONES OBJETO DEL CONTRATO. 13. RESPONSABILIZARSE DE LOS ELEMENTOS DEVOLUTIVOS QUE LE ASIGNE EL INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE SUS OBLIGACIONES CONFORME A LA RELACIÓN DE LOS MISMOS QUE SE HAGA EN EL MOMENTO DEL INICIO DE SUS ACTIVIDADES, HACER BUEN USO DE ELLOS Y DEVOLVERLOS A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.; responsabilizarse de los elementos devolutivos que le asigne **EL INSTITUTO**

Y en el último de los contratos, su objeto se encamino al proceso liquidatorio del ISS. (Doc. . 004-2014-00118, fls. 78 a 102).

De las cláusulas del contrato, se observa que, la actora debía prestar sus servicios con las herramientas de la demandada y dentro de las instalaciones de ésta, así como, existía una interventoría frente a las actividades que la demandante realizaba y un procedimiento “disciplinario” en el evento de cumplir sus funciones.

Esta situación fue corroborada por las declaraciones de los señores Oscar Armando Ortega y Adriana Arce, quienes coincidieron en advertir que la prestación del servicio de la actora era la de proferir los actos administrativos del reconocimiento de la pensión de invalidez, vejez y muerte, liquidaba e ingresaba en nómina a los hijos mayores, manifestaron que las labores ejecutadas por ésta eran de manera personal durante toda la relación laboral, que cumplía con un horario laboral de 8 a 12 y de 1 a 5, tenía una hora para el almuerzo y que dicho horario era impuesto por el ISS.

Igualmente, indicaron que las herramientas y medios tecnológicos eran suministrados por el ISS; que debían cumplir metas y que recibían ordenes especialmente de la Gerente Seccional Regional del Valle del Cauca

Testigos que a pesar que fueron señalados como sospechosos por parte del Ministerio de Salud y de la Protección Social, toda vez, que los mismos podrían tener interés en las resultas del proceso, dicha situación por sí sola no deslegitima sus dichos, pues, como lo advirtió el a-quo, éstos fueron espontáneos en sus declaraciones, sumado, que no hay personas más idóneas para declarar sobre los hechos que los mismos compañeros de trabajo de la demandante para precisar lo que aconteció en la relación contractual en marras.

En ese sentido, dichas declaraciones merecen total credibilidad sobre los hechos de la demanda ya que esos señores eran compañeros de trabajo de la actora y se encontraban laborando en el mismo periodo que ésta, aunado, que sus dichos corroboran el contenido de los contratos suscritos entre las partes y como ya se indicó, de los mismos se desprende de manera clara la prestación del servicio personal, remuneración y subordinación, pues, la actora debía cumplir sus obligaciones dentro de las instalaciones del otrora ISS, realizar sus actividades con las herramientas de la entidad y la interventoría que no era más que una subordinación disfrazada.

Vistas, así las cosas, aunque la abogacía ha sido calificada como una profesión liberal, en el sub lite no se observa esa independencia, en la medida que la demandada no probó que el actuar de la demandante era autónomo. En conclusión, aunque se allegaron contratos de prestación de servicio, en la práctica existió una verdadera relación laboral, pues la subordinación es ajena a los contratos de orden civil y de las resultas del proceso se desprende que la señora Hernández recibía órdenes del ISS, para el cumplimiento de la actividad contratada, ordenes que iban más allá de una simple coordinación en la actividad a desarrollar.

Entonces, la decisión de primera instancia frente a la declaración del contrato entre la demandante y el extremo pasivo de la Litis, fue acertada, aunado que la demandada nunca desvirtuó la relación laboral.

NIVELACIÓN SALARIAL

La actora pretende que se ordene el reajuste o nivelación salarial, toda vez que, aduce que cumplió las funciones propias del cargo de Profesional Universitario y que recibió una remuneración mes a mes, sin embargo, en los últimos 4 años de la relación laboral no obtuvo incremento salarial alguno y

que su salario no corresponde al que devengaba un trabajador oficial de la misma entidad que realizaba las mismas funciones que ella.

En torno a esta figura, el Código Sustantivo del Trabajo consagró en su artículo 143 el aforismo «*A trabajo igual, Salario Igual*», más exactamente reza: «1. *A trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en este todos los elementos a que se refiere el artículo 127. 2. No pueden establecerse diferencias en el salario por razones de edad, género, sexo nacionalidad, raza, religión, opinión política o actividades sindicales.*»

El primer numeral del artículo 143 establece los tres elementos que constituyen “*igual trabajo*”: (i) igual cargo o posición, (ii) igual jornada (iii) e iguales condiciones de eficiencia en el desempeño de la labor. La concurrencia de estos tres elementos da lugar a la nivelación salarial entre trabajadores que desempeñan un mismo trabajo, pero no devengan una remuneración equivalente.

No obstante, el Legislador a través de la ley 1496 de 2011, modificó algunos artículos del CST, con el fin de «*artículo 1º: garantizar la igualdad salarial y de cualquier forma de retribución laboral entre mujeres y hombres, fijar los mecanismos que permitan que dicha igualdad sea real y efectiva tanto en el sector público como en el privado y establecer los lineamientos generales que permitan erradicar cualquier forma discriminatoria en materia de retribución laboral.*»

Y en consecuencia, la ley agrega al artículo 143 del CST un tercer numeral, el cual dispone:

«3. *Todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación*».

6

La disposición anterior asigna explícitamente al empleador la carga de probar los factores objetivos de diferenciación en materia retributiva. Si se demuestra un trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, y el empleador no logra justificarlo, procede la nivelación salarial en favor del trabajador.

En el caso que nos ocupa, es cierto, que la actora trabajo para el ISS como abogada profesional universitario en el Departamento de Atención al Pensionado; no obstante, no se acreditó que existiera en el extinto ISS otros abogados de planta que cumpliera con las mismas funciones desempeñadas por la actora para el periodo en que ella prestó sus servicios, razón por la cual, para el operador judicial le es imposible declarar que la actora percibía una remuneración inferior a otro trabajador que cumplía sus mismas funciones, toda vez, que no hay punto de comparación para ordenar que se nivele su salario.

Empero, por disposición legal los salarios de los empleados públicos y oficiales si deben ser incrementados según la Ley 4 de 1992, con el fin que los servidores públicos conserven su poder adquisitivo, entonces, revisadas las pruebas documentales se extrajo que la actora percibió los siguientes salarios mensuales:

Del mes de marzo de 2008 hasta febrero de 2009:	\$1.626.008
Del mes de marzo de 2009 hasta el 30 de junio de 2010:	\$1.750.723
Del mes de julio de 2010 hasta el 31 de marzo de 2011:	\$1.785.733
Del mes de abril de 2011 hasta marzo de 2013:	\$1.842.345

Como se puede observar, el ISS si aumentó el salario de la actora, sin embargo, no lo hizo en el tiempo que debía hacerlo, no obstante, y como no fue punto de apelación no se modificará esta situación, lo

que si, es el salario que declaró el Juez de primera instancia para el año 2013, pues, si acertó en advertir que sólo para ese año 2013, no se efectuó incremento alguno y en efecto al realizar el cálculo del salario más el incremento anual la remuneración para esa data era de \$1.957.695, pero el a-quo señaló que era de \$3.972.421, razón por la cual, se modificará el fallo en este sentido ello en aras al conocimiento del grado jurisdiccional de la consulta en favor del ISS en liquidación, en consecuencia, el PAR ISS en liquidación adeuda la suma de \$346.048,35, por diferencia salarial desde el 1 de enero de 2013 al 31 de marzo de 2013.

De la Prescripción:

Frente a esta figura se debe recordar, *«que las acciones judiciales destinadas a la comprobación de la manera como ocurrió un hecho o que se reconozca un estado jurídico, como lo es el caso de la declaración de un contrato de trabajo y sus extremos temporales son imprescriptibles,»* lo que se extingue con el paso del tiempo son los derechos de crédito y obligaciones que emanan de ellos... (SL3321-2022).

Bajo ese entendido, de conformidad con los artículos 151 del CPTySS y 488 del CST, las acciones que persiguen el reconocimiento de los derechos laborales prescriben en un lapso de tres años, contados a partir del momento en el que cada uno se hizo exigible, de allí que quien pretende en el reconocimiento de acreencias laborales deberá reclamarlas dentro del término oportuno.

Término que puede ser interrumpido por un periodo igual a la inicial, con la simple reclamación escrita que realice el trabajador a su empleador.

La prescripción es la sanción que se le impone al trabajador por la inactividad en la reclamación de las acreencias o créditos laborales, cuya consecuencia es la extinción de la obligación.

Desde esa óptica, como la relación laboral terminó el 31 de marzo de 2013, la actora tenía hasta el 31 de marzo de 2016 para reclamar las acreencias laborales emanadas de dicha relación laboral, la reclamación administrativa se radicó el 07 de mayo de 2013, (Doc. 004-2018-00118, fls. 103 a 105), y la demanda se presentó el 06 de marzo de 2014 (Doc. 004-2018-00118, fls. 2016), esto es, antes del fenecimiento de dicho término, debe entenderse que las acreencias laborales causadas con anterioridad al 7 de mayo de 2010, fueron afectadas por el fenómeno prescriptivo, a saber, 3 años antes de la terminación del contrato.

No obstante, en lo atinente a la prescripción para el derecho al auxilio a las cesantías, copiosa es la jurisprudencia de la Alto Tribunal Laboral, en informar que durante la relación laboral no opera el fenómeno extintivo para esta obligación, por cuanto este auxilio solo es exigible cuando fenece el vínculo laboral, es así que como bien lo manifestó el a quo no se encuentran afectas con prescripción las cesantías de la demandante, toda vez que la demanda se presentó antes de trienio establecido en la ley.

Respecto de las vacaciones, aunque aplica la prescripción de tres años, lo cierto es que una vez causadas, el empleador tiene un año de gracia para definir en qué época va otorgar el derecho en favor del trabajador, es decir, que solo se hacen exigible cuando finaliza el periodo de gracia. Así pues, fueron afectadas por el paso del tiempo las vacaciones causadas en el primer año de trabajo de la señora Hernández.

En cuanto a los beneficios convencionales, tal y como lo indicó el Juez de instancia la misma cobija a la actora al declararse un contrato realidad con la demandada.

Ahora bien, en cuanto a las prestaciones sociales reclamadas, cesantías e intereses a las cesantías la actora la reclama conforme el art. 62 de la CCT el cual establece el pago de estas en una cuantía de un salario mensual por año de servicio para las cesantías y por las mismas se reconoce el pago de los intereses del 12% anual del respectivo año a liquidar.

Entonces, para entrar a liquidar las prestaciones en cita se tiene como referencia que la actora devengo los siguientes salarios:

2008:	\$1.626.008
2009:	\$1.750.723
2010:	\$1.785.737
2011:	\$1.842.345
2012:	\$1.911.065
2013:	\$1.957.695

Cesantías: la parte pasiva adeuda la suma de \$10.873.573.

Intereses a las cesantías: \$1.304.829.

Sobre la prima de **vacaciones**, en el juicio no se comprobó que la demandante hubiese disfrutado de estas, razón por la que, deberá compensarse; el valor reconocido por el Juzgado asciende a \$2.561.423, empero los cálculos realizados por esta Sala, conforme los parámetros del artículo 47 del Decreto 1848 de 1969, arrojan la suma de \$3.783.768,07, aspecto que será modificado en la sentencia de primer grado.

Fecha de Inicio	Fecha Final	Días Laborados	Salario	Total
7/05/2009	17/03/2010	360,00	\$1.785.737,27	\$ 892.868,63
18/03/2010	17/03/2011	360,00	\$1.842.345,14	\$ 921.172,57
18/03/2011	17/03/2012	360,00	\$1.911.064,62	\$ 955.532,31
18/03/2012	17/03/2013	360,00	\$1.957.694,59	\$ 978.847,30
18/03/2013	31/03/2013	13	\$1.957.694,59	\$ 35.347,26
				\$3.783.768,07

Prima de Navidad, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, la demandante tendrá derecho a (1) un mes de salario, por cada año de servicios, al hacer las operaciones de rigor esta Sala observa que se le adeuda a la demandante la suma de **\$5.539.147,03**, ello teniendo en cuenta que esta prestación se encuentra afectada por la prescripción.

Sobre el auxilio de transporte convencional y la dotación, la Sala no hará pronunciamiento alguno, porque esta fue despachada desfavorablemente en favor del ente demandado y como no es punto de debate se hace innecesario su estudio.

Sobre la devolución de aportes de pensiones y salud, se tiene que en el presente asunto se encontró acreditada la existencia de una relación laboral entre las partes desde el 18 de marzo de 2008 hasta el 31 de marzo de 2013, tiempo en el cual, la actora pagó dichos conceptos, pese a que era obligación

del empleador la afiliación y su respectivo pago al sistema pensional conforme la Ley 100 de 1993, puntualmente en lo contemplado en sus artículos 15, 17 y 22, es ineludible llegar a la misma conclusión de la sentencia analizada, esto es, que los aportes a pensión cancelados por la trabajadora deberán ser reintegrados por la demandada y en ese sentido se confirmará este concepto.

Sobre la prima de servicios, basta decir que el **decreto 1042 de 1978** invocado por la demandante para obtener el pago de este concepto, no le es aplicable, toda vez que, dicha norma hace referencia a los empleados públicos, servidores pertenecientes a entidades que integran la rama ejecutiva pero del sector central, sin que las empresas industriales y comerciales del estado hagan parte de ese grupo, de igual forma y en gracia de discusión, revisada detenidamente la normativa, se evidencia que en su **art. 99** es el único aparte donde se hace mención a empresas industriales y comerciales del estado, pero las pertenecientes al ministerio de defensa, rama a la que no se encontraba adscrito el ISS.

En gracia de discusión, en sentencia **SL 2614 de 2021**, la jurisprudencia ha manifestado sobre la imposibilidad de extender la prima de servicios a los trabajadores oficiales, veamos:

“Prima de Servicios

Ya el precedente de la Corte (CSJ SL15263-2016) ha precisado que, no obstante que el Decreto Ley 1042 de 1978 prevé esta prestación, ha de anotarse que la misma se concede exclusivamente a los empleados públicos de la Rama ejecutiva del orden nacional, como lo indicó la Sentencia C – 402 de 2013, sin que se pueda extender a los servidores de entidades descentralizadas de dicho orden, no obstante lo dispuesto en el Decreto 1919 de 2002.”

9

Ahora bien, sobre la indemnización moratoria por el no pago de las prestaciones sociales, este tema ha sido ya un tema decantado por la superioridad, cuando en sentencias **Rad. 71154 del 23 de enero de 2019¹** y **SL 2614 de 2021**, que refieren a casos similares al presente, en forma reiterada se ha

¹ **Rad. 71154 del 23 de enero de 2019:** ...Para el caso particular, el *ad quem* tuvo en cuenta que en sentencia CSJ SL 36506, 23 feb. 2010, la Corte Suprema impuso dicha sanción al ISS tras constatar la reiterada celebración de contratos de prestación de servicios que ocultaban una relación laboral subyacente; no obstante, la Sala descartó su aplicabilidad al *sub judice* por ser un fallo posterior al 1.º de agosto de 2006, fecha en que inició la relación contractual acá analizada.

En vista de lo anterior, el *ad quem* incurrió en la violación denunciada al declarar improcedente la sanción porque el accionante no demostró que el contrato estuviera motivado en una razón diferente a la expresada en él. Tal desatino tuvo su génesis en la equivocada apreciación de la prueba documental arrimada al expediente, pues como bien lo trae a colación el recurrente, los 15 contratos no prueban que la contratación estuviera justificada, como tampoco que el personal de planta fuese escaso para cumplir las obligaciones a cargo del ente, solo porque así lo hizo constar en ellos el presidente del ISS.

Tampoco se estima coherente que el Tribunal tuviera como probada la buena fe únicamente con las constancias presentes en los contratos de prestación de servicio, ya que la estipulación contractual no es prueba idónea del *animus* patronal, por lo que es menester acreditar las razones que condujeron a optar por la modalidad contractual y que justifiquen la conducta de la demandada, para sustraerse del reconocimiento de derechos laborales respecto de quien fue su trabajador subordinado. Entonces, no es suficiente aducir que se actuó bajo el convencimiento de hallarse en el marco de un contrato de prestación de servicios porque así se estipuló, sino que deben corroborarse las condiciones que llevaron a estructurar esa creencia razonable.

afirmado que el ISS abusa de la contratación, haciéndola pasar en los documentos como de prestación de servicios, pero en su ejecución, se ve que ha ejercido todos los ánimos de la subordinación laboral, por lo que se hace evidente la mala fe en sus actos, y como consecuencia, con tales sucesos se permite aflorar la condena de la indemnización moratoria, que para la alta Corporación, se liquida descontando los 90 días dispuesto la norma oficial para el pago de las prestaciones sociales, los que se cuentan desde la fecha de la terminación de la relación laboral, y no como lo quiere hacer ver la demandada, desde la ejecutoria de la providencia. Esto teniendo en cuenta que la evidencia del contrato de trabajo trae consigo de forma inmediata la causación de los derechos que de él se derivan, lo que ocurre desde el momento mismo de exigibilidad de los mismos, por lo que no habría lugar a reconocerlos desde la sentencia, tal como se afirma en el recurso.

Conforme la jurisprudencia en cita, la liquidación de la indemnización si debe operar, pero hasta la liquidación definitiva de la entidad (**31 de marzo de 2015**), dado que con posterioridad se hace imposible, ante la inexistencia del ISS, de cancelar dichas prestaciones, por lo que en ese punto también se modificará la sentencia de instancia, sin embargo, como quiera que estos dineros han sufrido los efectos nocivos de la inflación sobre la moneda colombiana, se ordenará la indexación de la suma desde el **01 de abril de 2015** hasta la fecha en que se realice el pago de la misma.

Frente al recurso de apelación del demandante, en lo que respecta a la inclusión en responsabilidad condenatoria al **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL** por estar vigente para la fecha de la providencia del juzgado **-21/octubre/16-** la expedición del **Decreto 541 del 06 de abril de 2016** que dispuso:

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

Sólo procederá el pago de los fallos judiciales de que trata este decreto, si el acreedor y/o beneficiario demuestra que cumplió su obligación legal de presentar la reclamación dentro del término del emplazamiento que tuvo lugar en el plazo comprendido entre el cinco (5) de diciembre de 2012 y el cuatro (4) de enero de 2013, de conformidad con lo establecido en el artículo 9.1.3.2.1 del Decreto 2555 de 2010. (subrayas fuera del texto)

Sin embargo, para resolver el asunto debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el **Decreto 414 de 2001, artículo 3°** el cual dispuso que si luego de terminado el proceso de liquidación de una entidad sobreviven a estos procesos judiciales o reclamaciones, los mismos serán atendidos por la entidad que, de conformidad con el **parágrafo 1° del artículo 52 de la Ley 489 de 1998**, haya sido señalada en el acto que ordenó la liquidación como receptora de los inventarios de bienes y subrogataria de los derechos y obligaciones de la entidad liquidada que para este evento, se dio mediante decreto **2013 de 2013 art. 6** a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** quien fue la entidad que acudió al presente proceso, tal y como se ve a folio 221.

En consecuencia, no era viable inferir la buena fe solo con los contratos suscritos entre el demandante y el ISS, sin miramientos acerca de las razones que motivaron su suscripción y las circunstancias en las que se ejecutó el contrato, máxime cuando la prueba documental da cuenta de que las funciones se desempeñaron con vocación de permanencia, entre el 1.° de agosto de 2006 hasta el 31 de marzo de 2013; que las actividades asignadas al contratista eran connaturales a la actividad misional del ISS y fueron ejercidas bajo su continua subordinación y dependencia.

Situación que se acompaña con lo que, por su parte, se indica en el **artículo 19 de la Ley 1105 de 2006** que modificó el **artículo 35 del Decreto-ley 254 de 2000** dispuso que:

“Si al terminar la liquidación existieren procesos pendientes contra la entidad, las contingencias respectivas se atenderán con cargo al patrimonio autónomo al que se refiere el presente artículo o a falta de este, el que se constituya para el efecto. Lo anterior sin perjuicio de los casos en que la Nación u otra entidad asuman dichos pasivos, de conformidad con la ley”

Por consiguiente, sigue siendo la **FIDUCIARA LA PREVISORA S.A.** la entidad que al continuar con la administración de los bienes del ISS liquidado, se encarga de las contingencias condenadas, lo que no significa desconocimiento a lo dispuesto en el **Decreto 541** en cita ante un eventual cobro ejecutivo de la sentencia ordinaria, tal y como lo permitió la Sala Laboral de la Corte Suprema en proceso donde pese a contarse con sentencia ordinaria emitida con posterioridad a la fecha de liquidación definitiva del ISS (31/marz/15), al momento de realizar el cobro ejecutivo de la misma, se ordenó por competencia el traslado del proceso ejecutivo al **MINISTERIO DE SALUD** por mandato del decreto en mención (**Radicación n.º 54418 del 15 de febrero de 2018**²)

También se ansía la condena de la sanción por la no consignación de las cesantías, a lo debe manifestarse, que tal y como lo concluyó la instancia, la norma que consagra la misma **-ley 50/90-** no resulta aplicable al demandante como trabajador oficial, tal y como lo ha reseñado igualmente la jurisprudencia especializada en sentencia **SL 2051 de 2017**, reiterada en la sentencia **SL 2614 de 2021**:

11

“Indemnización por la no consignación de la cesantía

² **Radicación n.º 54418 del 15 de febrero de 2018**: ... Ahora, durante el proceso de liquidación del Instituto de Seguros Sociales, su liquidador suscribió contrato de fiducia mercantil con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., Fiduagraria S.A., en virtud del cual constituyó el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales en liquidación, destinado a «Efectuar el pago de las obligaciones remanentes y contingentes a cargo del ISS en el momento en que se hagan exigibles».

Sin embargo, el proceso de liquidación de la mencionada entidad finalizó el 31 de marzo de 2015, a través del Decreto 0553 del 27 de marzo del mismo año.

De suerte que, con posterioridad a la extinción definitiva de la persona jurídica del ISS, surgida con ocasión del último decreto mencionado, el Consejo de Estado, en el interior de la acción de cumplimiento número 76001233300020150108901, le ordenó al Gobierno Nacional que «dis[pusiera] sobre la subrogación de las obligaciones del ISS liquidado, en materia de condena de sentencias contractuales y extracontractuales, dentro de los dos (2) meses siguientes a la ejecutoria de [la] sentencia, teniendo en cuenta la complejidad del tema».

En atención a dicha orden, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 541 de 2016, modificado posteriormente por el Decreto 1051 del mismo año, en el que dispuso: ...

Así las cosas, la Sala concluye que, a pesar de no constituir el pedimento que suscita el amparo, el Tribunal Superior de Pereira vulneró el derecho al debido proceso, pues si bien declaró su falta de competencia para continuar conociendo el referido juicio, tal y como disponía el Decreto 2013 de 2012, ordenó remitir el expediente original contentivo de dicho proceso al liquidador de la entidad para que allí se realizara el pago de las acreencias reconocidas al actor en sentencia judicial ejecutoriada, cuando lo correcto debió ser que remitiera el plenario al Ministerio de Salud y Protección Social, tal y como se establece en el artículo 1º del Decreto 541 de 2016, modificado posteriormente por el Decreto 1051 del mismo año.

En este punto ya la Sala ha tenido la oportunidad de precisar que no hay lugar a la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías a un fondo, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, norma que por demás se aplica a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales, lo que hace impertinente esta pretensión (CSJ SL2051-2017).

Así también se precisó en sentencia CSJ SL981-2019 que expresamente señaló que: *«la sanción prevista el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 cobija a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales»*. “

Sin que sea de recibo la normativa invocada por el apelante - **DECRETO 1582 DE 1998**-, pues como ella misma lo indica, es destinada a los servidores públicos del nivel territorial, que no es el caso de la demandante donde el ISS fue una empresa industrial y comercial del estado del nivel nacional.

En lo que tiene que ver con el recurso de apelación referente a la indemnización por despido, resulta preciso anotar, que no siendo formal ni trascendental las exigencias para la procedencia de la alzada, lo cierto es que, si hay la necesidad adjetiva y formal de una debida confrontación respecto de la decisión del Aquo, dando cuenta, en razón del principio de consonancia, de los temas planteados y sustentados en el recurso de apelación, pero para ello no requiere de frases sacramentales, fórmulas literales o enunciados rituales o inflexibles, sí que haya está satisfacción de la obligada explicitación de los puntos de inconformidad, pudiendo incluso la segunda instancia aportar razones adicionales o distintas a las que adujo el apelante en su oportunidad legal para sustentar el recurso de apelación, ya que de no poder hacerlo implicaría una absurda limitación a la función jurisdiccional de que es titular, como lo ha reconocido la jurisprudencia (**SL 28979 de 2019 Rad. 62373 del 24 de julio de 2019, SL 2142 de 2021 y SL 1919 de 2019 Rad. 65463 del 29 de mayo de 2019**).

Pero estas condiciones del recurso en este evento para nada se cumplen, cuando los razonamientos de la impugnación no están relacionados con las bases de la condena, como es lo aquí suscitado, el juzgado entiende existir la justa causa del despido y el apelante socorre su aspiración señalando una tarifa de la indemnización convencional o si se quiere legal, pero sin hacer alusión al hecho de encontrarse o no acreditada el despido injusto, es decir, no se controvirtió la base del despido, por lo que continua incólume la absolución de instancia.

Así las cosas, la sentencia de primera instancia será modificada. Sin costas.

La Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

- 1. MODIFICAR los numerales 2º y 3º literal de la sentencia apelada y consultada y los siguientes términos:**

SEGUNDO: DECLARAR la existencia de una relación laboral entre la demandante CAROLINA HERNÁNDEZ LÓPEZ y el ISS hoy Liquidado, la cual tuvo como extremos entre el 18 de marzo de 2008 hasta el 31 de marzo de 2013 siendo su último salario \$1.957.695.

TERCERO: CONDENAR al PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS PAR ISS EN LIQUIDACIÓN administrado por la FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A., FIDUAGRARIA S.A., a pagar a la

demandante CAROLINA HERNÁNDEZ LÓPEZ, las siguientes acreencias salariales, así:

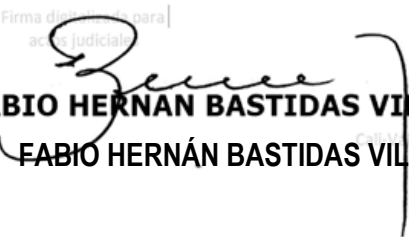
- A. DIFERENCIA SALARIAL: \$346.048,35, por diferencia salarial desde el 1 de enero de 2013 al 31 de marzo de 2013.
 - B. CESANTÍAS: \$10.873.572,43
 - C. INTERESES A LAS CESANTÍAS: \$1.304.829.
 - D. COMPENSACIÓN DE VACACIONES: \$3.783.768,07
 - E. PRIMA VACACIONAL: \$2.561.423.
 - F. PRIMA DE NAVIDAD: \$5.539.147,03
 - G. APORTES A PENSIÓN: \$7.086.910
 - I. Indemnización moratoria opera desde el **12 de agosto de 2013 al 31 de marzo de 2015** en un día de salario **-\$132.414-** por cada día de retardo. Indemnización que debe cancelarse debidamente indexada desde el 01 de abril de 2015 al momento en que se realice su pago.
2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en todo lo demás, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE

Los Magistrados,


CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA
³ **SALVO VOTO PARCIAL**


YULI MABEL SÁNCHEZ QUINTERO


FABIO HERNAN BASTIDAS VILLOTA
FABIO HERNÁN BASTIDAS VILLOTA

^{3 3} 2 SALVO VOTO PARCIAL: A mi juicio, no hay lugar a estudiarse la consulta, toda vez que el recurso de apelación y la consulta tienen un mismo fin, que es la revisión de los errores de las decisiones del juez de instancia, por consiguiente, con la apelación se precisan por parte de la demandada, los errores que a su juicio cometió la instancia, resultando la consulta y el recurso, excluyentes entre sí. argumentos estos de la Sala que acompañan las consideraciones que han sido postuladas en variados pronunciamientos mediante aclaraciones de voto en la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 3202-2021, SL 3047- 2021, SL 3199-2021, 3049-2021 y en decisión de tutela T-1092 DE 2012.