

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI
SALA QUINTA DE DECISION LABORAL

Ordinario: ROSA OSIRIS ROMERO GUERRERO C/: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN – ISS EN LIQUIDACIÓN; NACION MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
Radicación N°76-001-31-05-015-2013-00744-01 Juez 15° Laboral del Circuito de Cali

Santiago de Cali, treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023), hora 04:00 p.m.

ACTA No.037

El ponente, magistrado **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA**, en Sala, en virtualidad TIC'S, conforme con el procedimiento de los arts.11 y 12, Decreto legislativo 491, 564 y art.15, Decreto 806 del 04 de junio de 2020, Decreto 039 de 14- 01- 2021 y Acuerdos 11567-CSJ del 05 de junio de 2020, 11581, CSJVAA20- 43 de junio 22, 11623 de agos-28 de 2020, PCSJA20- 11632 de 2020, CSJVAA21- 31 del 15 de abril de 2021, Acuerdo 11840 del 26 de agosto de 2021, Acuerdo CSJVAA- 21- 70 del 24 de agosto de 2021, Resolución 666 de 28 de abril de 2022 y Ley 2213 de 2022 y demás reglas procedimentales de justicia digital en pandemia, procede dentro del proceso de la referencia a hacer la notificación, publicidad virtual y remisión al enlace de la Rama Judicial link de sentencia escritural virtual del Despacho,

SENTENCIA No.2915

La **extrabajadora convoca a la patronal demandada <INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN en adelante ISS EN LIQUIDACIÓN, representado legalmente por el liquidador de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. o quien haga sus veces, así como a la nación MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y nación MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO> dentro de proceso oral, para que la jurisdicción previa declaratoria de las siguientes pretensiones:**

1. Sírvase Ud. Sr. Juez declarar la existencia de un contrato de trabajo, el cual fue ficticiado de **mala fe** por EL ISS- EN LIQUIDACION- mediante contratos de prestación de servicios, contrato laboral que tendrá la condición de uno a término indefinido tal como lo preceptúa la convención colectiva de trabajo firmada entre la institución demandada y su sindicato de trabajadores en el artículo 117, contrato que estuvo vigente entre el 19/04/2001 y el 30/11/2012, fecha, esta última, en la cual la demandada tomo la decisión de terminarlo sin justa causa y de manera ilegal. / 2. Como consecuencia de la anterior declaración se servirá ordenar el pago de todas las prestaciones sociales legales y extralegales causadas en todo el tiempo de vinculación con la ISS demandado. Dichas prestaciones son las siguientes: **a.** Auxilio de cesantías en la suma que resulte probada y liquidada conforme a lo dispuesto en el art. 62 de la convención colectiva de trabajo. / **B.** Intereses a las cesantías en la suma que resulte probada y los cuales se liquidarán en términos del art. 62 de la convención colectiva de trabajo. / **c.** Primas de servicios en la suma que resulte probada, conforme lo regla el art. 58 del decreto 1042 de 1978 subrogado por el decreto 710 de 1978. / **d.** El auxilio de transporte en los términos del art. 53 de la convención colectiva de trabajo y su cláusula aclaratoria firmada al final del contrato colectivo, en la cuantía que resulte probada. / **e.** El calzado y vestido de labor en términos del art. 89 de la convención colectiva de trabajo, por todo el tiempo de servicio y en la cuantía que resulte probada en el proceso. / **3.** Se servirá igualmente disponer el pago en dinero de los descansos causados en el todo el tiempo de servicio y consistentes en las vacaciones que le correspondían a mi mandante en términos del art. 48 de la convención colectiva de trabajo. Como el contrato ha terminado, se ordenará su compensación en dinero según lo disponen los arts. 10 del decreto 3135 de 1968, 47 del 1848 de 1969 y 20 y 12 del 1045 de 1978. Este derecho alcanzará la suma que resulte probada en el proceso. / **4.** Se ordenará el pago de la prima de vacaciones en términos del art. 8 del decreto 3135 de 1968 y 8 del decreto 1045 de 1978. / **5.** Dispondrá el pago de la prima de navidad según lo dispuesto en los art. 32 y 33 del decreto 1045 de 1978, 541 del 1848 de 1969, 11 del decreto

3135 de 1968 reformado por el 1° del decreto 3148 de 1968. / **6.** Dispondrá su señoría el reconocimiento y pago de las siguientes indemnizaciones: **a.** De la indemnización por la terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo por parte de las Instituciones demandadas, indemnización cuyo valor se determinará con fundamento en lo dispuesto en el artículo 5 de la convención colectiva de trabajo vigente a la fecha del despido y, en subsidio, conforme a la tarifa que determina la ley. La referida indemnización comprenderá el valor de los perjuicios morales que el ISS le causó a mi poderdante con el despido y que toman cuerpo en el impacto psicológico, moral, familiar y social que causó la ilegal determinación de la demandada no obstante haber cumplido a cabalidad las funciones a su cargo. Estimo que dichos perjuicios alcanzan el valor de 1000 gramos oro o, en su lugar, el que su señoría se servirá fijar en justo albedrío conforme lo tiene determinado la Jurisprudencia de las altas cortes. / **b.** La indemnización moratoria por la no consignación oportuna y anual del auxilio de cesantías en los fondos que para tal efecto se han establecido legalmente, la cual, alcanzará la suma que se determine dentro del proceso. Dicha indemnización deberá imponerse a partir del 15/02/2009, fecha en que se cumplió el primer plazo para la consignación de las primeras cesantías causadas a favor de mi poderdante. Este derecho está sustentado en lo dispuesto en la ley 344 de 1996 y su decreto reglamentario 1582 de 1998 los cuales remiten al art. 99 de la ley 50 de 1990. / **c.** La indemnización moratoria por el no pago de las cesantías, salarios y demás prestaciones sociales causadas a la fecha de terminación del contrato de trabajo a razón de un día de salario por cada día de retardo. Esta indemnización tiene su fundamento también en la no entrega de los recibos de pago de los aportes a la Seguridad Social al trabajador tal como lo tiene dispuesto la ley 797 de 2003. Empezará a causarse previo el vencimiento del término establecido en el art. 1 del decreto 797 de 1949 y correrá hasta el momento en que la demandada cumpla su obligación de pagar la totalidad de salarios y prestaciones sociales debidas a mi mandante. / **d.** Sírvase señor Juez condenar a las demandadas a pagar a favor de mi prohijado el valor de la indemnización por el pago retardado de los intereses a las cesantías en la suma que resulte probada dentro del proceso. / **7.** Condenará también Sr Juez, a las demandadas, a reconocer y devolver los valores que a título de retención en la fuente le descontó aquella durante toda la vigencia de la relación laboral. / **8.** Condenará a las demandadas a reconocer y pagar los ajustes anuales con el IPC de los tres últimos años, periodo en el cual el salario de mi poderdante estuvo siempre fijo. / **9.** Condenará a las demandadas a pagar la nivelación salarial de los cargos ejercidos por mi mandante y el de técnico de servicios administrativos grado 17. / **10.** A reconocer y pagar el trabajo extraordinario en horas extras y días domingos y feriados. / **11.** A reconocer la pensión sanción dado el despido injusto que sufrió mi mandante y la no afiliación a la seguridad social por parte de la institución empleadora. Tal derecho será reconocido a partir del momento en que mi mandante llegue a los 55 años de edad y en la cuantía que indica el art. 133 de la ley 100 de 1993. / **12.** Todas las sumas y valores que resulten de las peticiones subsidiarias se deberán indexar al momento de su pago y sobre ese total se liquidarán los intereses moratorios comerciales de ley entre la fecha de causación del derecho y el pago efectivo. Esta pretensión la elevo solo para las pretensiones que no originen las sanciones moratorias pedidas con anterioridad. / **13.** Se condene a pagar a las instituciones demandadas cualquier otro derecho legal y/o convencional que resulte probado en el proceso. / **14.** Condenará igualmente a las accionadas al pago de las costas procesales de ley.

... Con base en hechos, pretensiones, pruebas, oposición, alegaciones y excepciones suficientemente conocidos y debatidos por las partes protagonistas de la relación sustancial laboral, y jurídico procesal en este juicio, enteradas éstas de los fundamentos fácticos probados y argumentos jurídicos de la condena proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali <SENT. CONDENATORIA No. 299 el 30 de octubre de 2014,> ... decide:

PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante ROSA OSIRIS ROMERO GUERRERO identificada con la C.C.31.844.277 y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, existió un verdadero contrato de carácter laboral, cuya vigencia tuvo lugar en forma continua e interrumpida, desde el 01/12/2004 hasta 30/11/2012, por las razones contenidas en este proveído. / **SEGUNDO: CONDENAR** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN reconocer y pagar debidamente INDEXADOS, a LA DEMANDANTE, una vez ejecutoriada esta providencia, las siguientes acreencias laborales: **CESANTIAS: \$2'821.314. VACACIONES: \$979.479. INDEMNIZACION MORATORIA** por los primeros 23 meses a razón de \$22.702.403.00, más el valor de \$987.061, por el mes 24 es decir, noviembre de 2014, en caso de que la mora continúe. / **TERCERO:** Condenar al ISS en liquidación, a pagar a partir del 1° de diciembre de 2014, los intereses de mora a la máxima tasa legal vigentes por las sumas antes declaradas, hasta la fecha del pago total de la obligación. / **CUARTO: ABSOLVER** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN de las demás pretensiones invocadas en su contra por parte de ROSA OSIRIS ROMERO GUERRERO. / **QUINTO: ABSOLVER** a La NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, de las pretensiones formuladas por la señora ROSA OSIRIS ROMERO GUERRERO. /

SEXTO: ABSOLVER a La NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, de las pretensiones formuladas por la señora ROSA OSIRIS ROMERO GUERRERO. / **SEPTIMO: COSTAS** a cargo de la entidad demandada. Señalase como agencias en derecho a cargo del I.S.S. la suma de \$5'000.000. / **OCTAVO:** En el evento de no ser apelada, se ordena su consulta al ser desfavorable a los intereses del demandado en liquidación.....

...y de la apelación de la demandante y del ISS hoy liquidado.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS EN II INSTANCIA:

I.- LIMITES APELACION DE LA DEMANDANTE *Sustenta:* Interpongo recurso de apelación, contra la sentencia que acaba de proferir por varias razones puntuales. La primera, usted considera que solamente ha existido contrato de trabajo, desde el 2004, 01 de diciembre, hasta la fecha de terminación efectiva, 30/11/2012, creo que ahí hay un equívoco señor juez, en la medida de que usted, parece ser, solamente se basó en el certificado que expidió el gerente del seguro social de esta seccional, que aparece ahí en el expediente, pero sucede que cuando usted relaciono los contratos uno por uno, ahí efectivamente aparece que hubo una adición a esos contratos, que supuestamente aparecen interrumpidos en el 2003 y 2004, con lo que se desvirtúa totalmente la solución de continuidad que usted predica, si a eso le anexamos la circunstancia de que los testigos fueron enfáticos, en sostener, que desde que empezó a laborar el 19/04/2001 la señora ROSA OSIRIS ROMERO, nunca tuvo interrupción el contrato, sabemos que el seguro social maneja esto, me disculpan la expresión pero a las patadas, esto es conocido por todo el mundo, los contratos llegaban cuando ellos querían, los contratos de prestación de servicios, muchas veces los trabajadores seguían, no muchas veces, la generalidad, seguían laborando entre un contrato y otro a pesar de que no les había llegado el contrato de prestación de servicios, muchos contratos llegaban 2 o 3 días y esos 2 o 3 días no se los pagaban, pero el servicio se prestaba, de manera señor juez que hay prueba documental, que usted mismo la cita en la sentencia, donde el contrato que supuestamente aparece interrumpido, si tuvo continuidad, por lo demás, la prueba testimonial reitero, fue contundente, compañeros de trabajo de la señora demandante, en afirmar que nunca hubo solución de continuidad entre un contrato de prestación de servicios y otro, es que es más, si su señoría revisa la relación de contratos que hizo al terminar prácticamente la providencia y la que se hace en el certificado expedido por el gerente de la seccional, da sinceramente grima la falta de concordancia, no hay fechas, no hay absolutamente una continuidad entre esta relación que ha certificado el señor gerente y efectivamente los contratos suscritos por las partes, de manera entonces que esa es mi primera petición, que hago por vía de recurso de apelación, que el tiempo de servicios se lo tenga desde el 19/04/2001 hasta el 30/04/2012 con todas las consecuencias que esto acarrea, obviamente en la variación que impone, respecto de cada uno de los derechos reconocidos por su señoría en la sentencia y los negados con fundamento en esta situación particular. También, usted niega algunos derechos, como por ejemplo la pensión sanción o bueno, primero quisiera para llevar un orden que niega la indemnización por despido injusto, no obstante la reiteradísima jurisprudencia de la CSJ que hay sobre este punto, en donde ha concedido la indemnización por despido injusto, esto es reiterado y creo que no se necesita ser puntual ni transcribir menos, jurisprudencia en este sentido, siempre ha habido condenas por este asunto puntual, siempre ha reconocido la CSJ de que ha habido un despido injusto dado que el seguro social procedió de manera unilateral en la cancelación del contrato, como consecuencia del despido injusto, pues también queda demostrado, que la pensión sanción es un imperativo que se debe reconocer, porque los requisitos del art. 133 de la ley 100 de 1993 están plenamente configurados: 1) quedo plenamente demostrado de que el seguro social no la afilió a la seguridad social, cotizaciones que tuvo que hacer mi mandante a título personal, punto sobre el cual, en la sentencia se guarda silencio, razón por la cual, en la apelación, también tiene por objeto este punto, de que se pronuncie sobre la devolución sobre los aportes realizados por mi mandante a la seguridad social, en consecuencia, está dado el primer requisito para que proceda la pensión sanción, la falta de afiliación por parte del seguro social a la seguridad social de mi mandante, el segundo el despido injusto y tercero el tiempo de servicios que supera los 10 años, dado que reitero, se debe tener en cuenta que empezó el 19/04/2001 y hasta el 30/11/2012. Aduce usted también señoría que no aplica la convención colectiva para reconocer los derechos que con ese fundamento se hacen en la demanda, aduciendo dos razones, primera que porque solo a partir de este pronunciamiento, la demandante adquiere la calidad de trabajadora oficial y además no pago las cuotas sindicales, en cuanto a que no pago las cuotas sindicales, pues es elementalmente obvio, no las pago porque no se le aplico de parte del seguro social la convención colectiva, y por lo tanto esta razón, jamás la CSJ la ha tomado para negar la falta de aplicación de ese estatuto laboral, a los intereses de cada uno de los trabajadores, al contrario, el proceder de la corte ha sido siempre el de aplicar la convención colectiva y jamás ha esgrimido este argumento, que lo encuentro absolutamente novedoso y que por primera

vez se esgrime. Lo otro, se dice que solo a partir de este fallo la trabajadora adquiere la calidad de trabajadora oficial, lo que contradice totalmente con lo decidido en la sentencia, si es que efectivamente, solo a través de este fallo es trabajadora oficial, mal se hace en reconocerle todos los derechos que se le han reconocido, pues se le reconoce es porque ha tenido la calidad de trabajadora oficial desde su vinculación en el año 2001 y en consecuencia, ese argumento, también lo veo absolutamente improcedente. Apelo también señor juez, porque se niegan los intereses a las cesantías, aduciendo que estos corren por cuenta del fondo nacional del ahorro, sin embargo, se nota que no se revisó el art. 62 de la convención colectiva, el argumento de estos intereses a las cesantías, es la convención colectiva, estatuto que es perfectamente aplicable a la señora ROSA OSIRIS ROMERO por las razones que ya comenté. De igual manera, tendrán que liquidarse el auxilio de transporte y el calzado o vestido de labor, dado que esa convención colectiva, por las razones dichas, es absolutamente aplicable al caso. También apelo señoría, porque usted solamente aplica la sanción moratoria por 24 meses, creo que es un entendimiento errado de la jurisprudencia de la CSJ porque no se tuvo en cuenta que la demandada se impetro dentro del tiempo que da la ley para que la sanción moratoria proceda en forma total y absoluta, hasta que opere el pago total de la totalidad de las prestaciones sociales y en segundo lugar, se ignoró completamente el salario de mi mandante, que también es otra razón para la cual la indemnización moratoria no debe tener como límite los 24 meses, sino que debe proceder hasta cuando se dé la totalidad del pago efectivo de las prestaciones sociales tenga operatividad, dice su señoría también, que los perjuicios morales no los reconoce diciendo que había que demostrarlos, también veo que es una tesis absolutamente novedosa, porque la verdad es que se sabe por elemental que los perjuicios morales jamás se requiere prueba, está dado al arbitrio del juez el calcularlos, y por esa razón, no se requiere prueba para reconocerlos y menos demostrarlos o cuantificarlos. No se pronunció señor juez, respecto de la devolución de los dineros que tiene que hacer la demandada por concepto de la retención en la fuente que hizo siendo estas retenciones absolutamente improcedentes, ya que se trataba de un contrato de trabajo y no de un contrato de prestación de servicios, también guardo silencio respecto de los ajustes anuales, que se pidió del salario, respecto del IPC tal como lo ordena la constitución colombiana en el art. 53, por lo menos respecto de los últimos 3 años, esto nada tiene que ver con la nivelación salarial, que se solicitó en la demanda también, dado que la demandante cumplió las funciones correspondientes al cargo de técnico de servicios administrativos grado 17, la mismas funciones, razón por la cual ameritaba el mismo tratamiento salarial. También se guardó silencio, razón por la cual el tribunal superior deberá pronunciarse en este sentido. También se niega el reconocimiento de horas extras y domingos y feriados, que dizque por falta de prueba, no obstante que ahí en el proceso está la prueba documental expedida, proveniente de la demandada, que da cuenta efectivamente de los días laborados, días dominicales laborados efectivamente y de las horas extras también laboradas por mi mandante, de manera que no hay justificación para que se haya absuelto por este concepto. Lamento también a pesar de que en los alegatos de conclusión se le solicito un pronunciamiento expreso, respecto a la no prescripción de los derechos, con fundamento en la reiterada jurisprudencia del H. Consejo de Estado, sentencias que se citaron al exponer los fundamentos de derecho y acogidas ya por la Corte Constitucional, en el sentido de que ahí si cabe su argumento señor juez, de que solamente a partir de este momento en que usted reconoce la existencia del contrato de trabajo, nacen los derechos efectivamente como usted lo predica señor juez, en punto que yo coincido en forma plena, si es a partir de este momento en que se le reconoce o que mi mandante tiene la calidad de trabajadora oficial y nacen los derechos pues mal se puede pretender que esos derechos prescriban desde la supuesta fecha en que se causó, la prescripción debe empezar a correr a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, que conoce la existencia del contrato realidad, en punto como le reitero señor juez, con todo respeto, ahí si muy acertado usted, es apenas donde se le reconoce la calidad de trabajadora oficial a la demandante y en consecuencia si es aquí donde se le reconoce la calidad, mal se le puede predicar la prescripción de los derechos y en consecuencia el H. Tribunal deberá pronunciarse sobre este aspecto y finalmente, también, creo que se ha entendido mal la demanda en donde claramente se fue expreso en aducir, que se llamaba a la nación, no al ministerio de salud ni al ministerio de hacienda como mal se ha presentado por parte de esas entidades, sino que se ha llamado a estos ministerios como representantes de la nación, jamás se ha dicho en la demanda que la señora ROSA OSIRIS ROMERO ha sido trabajadora de estos ministerios, jamás, no veo ningún acápite de la demanda donde se haga esta afirmación, no se porque se aduce en la contestación de la demanda de estos ministerios, sino también en la sentencia, de que la señora ROSA OSIRIS no ha trabajado para estas instituciones, no señor juez, se llama a la nación, no a los ministerios, a los ministerios se los llama simplemente como representantes de la nación, que no se confunda estos factores, estos aspectos, se los llama en representación de la nación, porque obviamente este es un concepto elemental, a la nación la representan son los ministerios respectivos y en consecuencia, desde luego que no pueden ser condenados los ministerios como tales, es la nación representada por los ministerios, es la nación y por lo tanto, al absolver a los ministerios, se hace una errada interpretación de la demanda y a la nación se la llama no por capricho del demandante, sino por mandato del decreto liquidatario del ISS, si usted revisa el art. 17 o 19, de ese decreto liquidatario, el art. 19 efectivamente del decreto 2013 del 2012, expresamente dice o compromete a la nación, para que responda en el caso de que los activos del ISS sean insuficientes, respondan por la carga laboral

que quede a favor de esos trabajadores, es la nación, no son los ministerios reitero, no son los ministerios, en consecuencia, dado este mandato legal, ni siquiera había lugar a llamar a la nación, pero conociendo los diferentes criterios de los funcionarios judiciales por tanto ilegales algunos, de que de pronto al ejecutar la sentencia en contra de la nación, en caso de que los bienes del ISS no fueran suficientes, no vayan a salir diciendo de que no se demandó a la nación para evitar esto y para prevenir ese concepto erróneo que de pronto me podían esgrimir, es que se vinculó a la nación repito, no a los ministerios, en consecuencia sobre este punto, que en efecto no nos perjudica en absolutamente nada, dado el mandato del decreto liquidatorio del seguro social, pues no comparto tampoco su criterio en el sentido de absolver a la nación, la nación debe ser condenada obviamente bajo la aclaración de que solo será responsable si los bienes del seguro social, no son suficientes dentro de la liquidación, para responder de las condenas que se profirieron y de las que el tribunal superior, tendrá que proferir en la segunda instancia.

II.- APELACION DEL DEMANDADO INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY LIQUIDADADO.

Sustenta: Se procede a interponer el recurso de apelación en lo desfavorable al ISS por cuanto se considera que no era posible reconocer la relación laboral entre la demandante ROSA OSIRIS ROMERO con el ISS, que se adujo en la demanda, por cuanto como lo argumentamos en el transcurso del proceso se trataba de contratos de prestación de servicios, regidos por la ley 80 del 93, norma que no genera relación laboral y mucho menos el reconocimiento de prestaciones sociales, así mismo, no estamos de acuerdo con las condenas proferidas en contra del seguro social, como tampoco se comparte, no se puede predicar que el empleador se encuentra en mora, por cuanto es el seguro social debe recordarse entro en liquidación el 28/09/2012, mediante el decreto 2013 de 2012, y por tanto entro en una causal de fuerza mayor, toda vez que como lo prescribe el art. 1 de la ley 95 de 1899, se llama fuerza mayor el imprevisto que no es posible resistir, como los actos de autoridad emitidos por un funcionario público y se define la mora del deudor por la doctrina y la jurisprudencia como el retraso contrario a derecho de la prestación como una causa imputable a aquel, sentencia del consejo de estado, febrero 15 del 85, expediente 8872, MP CARMELO MARTÍNEZ, en este asunto tampoco se comparte la sanción moratoria que se aplica a partir del 01 de diciembre, como quiera que si se estaba buscando en este asunto la declaratoria de la existencia de un contrato realidad, es pertinente señalar que aunque se esté creando la obligación de pagarle al trabajador unas prestaciones sociales de un contrato de trabajo, del cual repetimos consideramos no estamos de acuerdo, no podemos predicar que el empleador se encuentre en mora, ya que la obligación surge es a partir de la sentencia que está declarando la existencia de su contrato de trabajo, lo anterior encuentra sustento en el pronunciamiento hecho por el H. consejo de Estado sección segunda. MP JAIME MORENO GARCÍA, en providencia del 26/07/2008 con radicación 2002-04149-01, es por esta razón, que conforme lo establecido en el decreto 797 del 49, la sanción moratoria debe correr a partir de los 90 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, a lo cual solicito se debe dar aplicación, en el presente asunto, por estas razones solicito que se conceda el recurso de apelación, para ante el HTSDJC.

El a quo tomo su decisión condenatoria con base en las siguientes consideraciones:

(...) Del acervo probatorio se aprecian las copias de los diferentes contratos suscritos entre las partes de prestación de servicios personales, en el cargo de auxiliar de servicios administrativos desde el mes de abril de 2001 hasta noviembre de 2012, encontrándose suspensión de los mismos entre el 30/11/2003 y el 23/12/2003, es decir 22 días y entre el 31/07/2004 y el 31/11/2004, es decir 4 meses, existiendo el fenómeno de la solución de continuidad durante estos lapsos, por lo que en caso de demostrarse la existencia de contrato a término indefinido, el mismo se tendrá en cuenta a partir del 01/12/2004. Según lo dispuesto en el art. 4 del decreto reglamentario 2127 de 1945 y el art. 5 del Decreto 3135 del 68, en el derecho administrativo laboral, la relación jurídica de trabajo puede existir entre la administración pública, los empleados públicos y los trabajadores oficiales, los primeros se vinculan por una relación laboral condicionada por la ley, por un acto condición o situación reglamentaria en que el empleado público acepta las disposiciones que se le señala las funciones, la prestación del servicio, y la remuneración, los segundos pueden ligarse a la administración pública, mediante la relación laboral o contractual en los organismos cuya actividad sea la de construcción y conservación de obras públicas o empresas industriales y comerciales o de economía mixta del estado o que configuren con el ánimo de lucro, no importa la forma y la denominación que se imponga a las prestaciones del servicio. Para el caso que nos ocupa cuenta la instancia además de las pruebas documentales no controvertidas por los demandados, como son los sendos contratos de prestación de servicios, desde el año 2001 hasta el año 2012 aunado a las anteriores, contamos con las declaraciones que dentro del debate procesal se recaudaron como son la señora JANETH BECERRA TORRES, ISABEL CRISTINA OSORIO SANCHEZ, RODOLFO BERMEO RODRÍGUEZ versiones que merecen plena credibilidad,... Así las cosas, y como quiera que se encuentra debidamente acreditada la relación laboral entre las partes, se procede a efectuar la liquidación de los derechos derivados de la relación contractual. Para el despacho, las **cesantías**, hecha la conversión del tiempo laborado por la

demandante al servicio de la entidad demandada a días, se tiene que esta laboraba para el seguro social por un espacio 2879 días, los que al multiplicarse por el último salario devengado por la accionante, que se desprende del último contrato \$987.061, le generan a su favor una suma de \$2.821.314. como **intereses a las cesantías** sobre esta petición, debe reiterar esta instancia que ha reiterado la CSJ, en cuanto a los intereses a las cesantías (...), ha precisado que no existe norma legal que consagre este derecho para los trabajadores oficiales del seguro social, el art. 33 del Decreto 3118 del 88, en la forma como fue modificado por el art. 3 de la ley 4175 consagra esa prestación, pero a cargo del fondo nacional del ahorro. De lo anterior se colige que no debe tener vocación de prosperidad tal pedido, en consecuencia, deberá absolverse a la demandada de la pretensión, por lo que, por sustracción de materia, la indemnización solicitada por el no pago de las mismas se niega por lo expuesto anteriormente. Respecto a **vacaciones**, tiene derecho de conformidad con lo establecido en los arts. 8 y 47 del decreto 3135 del 68 y el decreto 1848 del 69, a las causadas en los últimos 4 años que son el máximo periodo que se puede acumular y como quiera que por ministerio de la ley, le corresponden 15 días de vacaciones por cada año, solo son acumulables los 4 periodos últimos, nos arroja un total de 60 días y como quiera que el último salario, antes fue referido, la totalidad por vacaciones nos daría \$3.072.044, precisando que durante el último año, no se laboró todo el periodo, estando suspendido el contrato por espacio de 45 días, según lo afirmado por la misma demandante. **prima de servicios**, debe indicarse que (...) no procede esta condena debido a que la prima de servicios establecida en el decreto 1042 del 78, no está consagrada para los trabajadores oficiales que presten sus servicios a las empresas industriales y comerciales del estado, como es el caso del seguro social, frente a las cesantía e intereses a las cesantías y a las cesantías convencionales, auxilio de transporte, calzado y vestido de labor y vacaciones convencionales, recabado con la acción exclusiva del reconocimiento y ... *Serán beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo, los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del seguro social, de acuerdo a lo establecido en las norma legales y vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría, que sean afiliados al sindicato nacional de trabajadores de la seguridad social o que sin serlo, no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención, según lo previsto en los arts. 37, 38 y subsiguientes del decreto 2351 de 1965. Para efectos de la aplicación de lo establecido en el presente art. el seguro social reconoce su representación mayoritaria.* De la norma en cita se desprende evidentemente, que el ente sindical de la entidad demandada del seguro social, tiene representación mayoritaria, como las mismas partes lo acordaron en acuerdo convencional, lo que en primera instancia habilitaría dada la existencia de un verdadero contrato de trabajo a partir del 01/12/2004 hasta el 30/11/2012 a la reclamante como trabajadora oficial de dicha entidad, en disposición del decreto 2148 del 92, a la aplicación convencional. No obstante lo anterior, no puede dejarse de anotar que dicha condición de trabajadora oficial que hoy ostenta la demandante, solo se determina a través de esta decisión de instancia, lo que impone que aunque se señale la representación mayoritaria del sindicato, que en un momento determinado haría extensivos los beneficios de la convención colectiva a la totalidad de los trabajadores oficiales de la demandada, para el caso de la demandante debe señalarse que es la misma disposición convencional citada, esto es el art. 3 de la convención colectiva, la que remite en cuanto los beneficios derivados de la misma a los previstos en los arts. 37, 38 y subsiguientes del decreto 2351 de 1965, tal condición, en su art. 39 dispone: *Art. 39. Cuota por beneficio convencional. Art. modificado por el 68 de la ley 50 del 90, dice el nuevo texto es el siguiente: los trabajadores no sindicalizados, por el hecho de beneficiarse de una convención colectiva, deberán pagar al sindicato durante su vigencia, una suma igual a la cuota ordinaria, con que contribuyen los afiliados al sindicato.* De lo anterior, se desprende entonces la obligación y como contra prestación a efectos de hacerse derecho de los beneficios convencionales, el pago de una cuota por parte del trabajador no sindicalizado al ente sindical, situación que para el caso de la señora ROSA OSIRIS ROMERO GUERRERO, no se verifica, lo que de acuerdo a las disposiciones citadas impediría el reconocimiento y pago de los derechos convencionales, de manera exclusiva y que se buscan con esta acción. Es importante entonces anotar que aunque se determina de manera eficiente la existencia de un vínculo de trabajo entre la demandada seguro social y la reclamante, señora ROSA OSIRIS ROMERO GUERRERO, por verificarse un solo vínculo contractual entre ellas, bajo el cumplimiento de las exigencias legales para la perfección de un contrato de trabajo, dicha situación aunque haría acreedora a la demandante al reconocimiento y pago de las prestaciones legales a las que tendría derecho, dada su condición de trabajadora oficial del seguro social y de acuerdo a la naturaleza jurídica de la demandada, tales conceptos no fueron recabados con la presente acción, remitiéndose de manera exclusiva al pedido hecho en el libelo introductorio, de los beneficios derivados de la aplicación convencional. Ahora, respecto a la **prima de vacaciones** teniendo en cuenta lo solicitado y conforme a las normas en que se fundamenta la parte demandante para esta pretensión, la misma no prospera, en cuanto a que estas normas contemplan los días de vacaciones a los que tiene derecho el trabajador. Respecto a la **prima de navidad**, de esta pretensión no tiene derecho la demandante, por cuanto la prima de navidad consagrada en los arts. 32 y 33 del decreto 1045 del 78 es aplicada a los empleados públicos que desempeñen funciones en los ministerios, departamentos administrativos y demás entidades especiales del orden nacional. Respecto a la **indemnización por despido sin justa causa** debe afirmarse que el art. 37 del decreto 2127 del 45, establece las modalidades de los contratos en el

sector oficial y a su turno el art. 47 ibidem, regula las causas de terminación y en el sub examine, el contrato se terminó por vencimiento del término pactado, por lo tanto, no es procedente reconocer tal pretensión. Agrega a la pretensión reclamada, también el pago de **perjuicios morales** causados con ocasión del despido, tal pedido no es automático, lo que impone que debió en procura de alcanzar sus pretensiones por parte de la interesada, demostrar de manera eficiente tales perjuicios sufridos. Respecto a la **indemnización moratoria por la no consignación anual y oportuna del auxilio de cesantías** en los fondos de pensiones y cesantías, no prospera por cuanto es con esta decisión que se le reconoce a la demandante la existencia del contrato, frente a la **indemnización moratoria**, en este entendido al estar acreditada la mala fe, con la que actuó el demandado por espacio de 10 años, ha de prosperar, la cual calculada sobre los primeros 24 meses será un día de salario por uno de mora y como quiera que data desde noviembre de 2012 a noviembre de 2013 y al 30/10/2014, nos dan 23 meses para un total de \$22.702.403, a partir del mes de diciembre de 2014, la sanción será la de intereses moratorios, a la máxima tasa de interés de libre asignación certificados por la superintendencia bancaria. Respecto al **pago del 10% por retención en la fuente** al ser de carácter tributario, es ajena al objeto del litigio al no ser un asunto de naturaleza laboral, como ya lo ha indicado la CSJ desde el año 2001. Respecto de la **indexación**, se accederá a tal pedido, a fin de compensar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda nacional, a partir del momento de exigibilidad de cada una de las condenas, con base en el IPC y hasta el momento de su pago efectivo. Respecto a la relación de los contratos que se adjuntan, (...) procedemos a resolver sobre las horas extras y dominicales, debe anotar esta instancia judicial, que no se aporta al expediente demostración de que efectivamente la reclamante ROSA OSIRIS ROMERO GUERRERO hubiese prestado sus servicios en horario extra al normalmente cumplido, por lo que no se llama a prosperar lo pedido en ese sentido, por no demostrarse se reitera, en el proceso, el tiempo efectivamente laborado en horas extras, así como dominicales laborados durante la relación laboral, como quiera que la jurisprudencia de la CSJ y el mismo tribunal de Cali, ha sido enfático que para estas horas extras y dominicales, debe ser la prueba muy precisa, que días y que se haya efectivamente laborado, no existe prueba para el despacho, respecto de estas pretensiones. Respecto de la **pensión sanción**, la misma no opera, por cuanto no se verifica que haya existido un despido injusto por parte del demandado, en este evento el seguro social. Ahora, respecto de la **solidaridad**, con la nación y ministerio de hacienda y crédito público y ministerio de salud, no se predica esta en cuanto el seguro social, estamos frente a una empresa con autonomía administrativa, presupuestal, por lo tanto, sus obligaciones laborales no entran por solidaridad frente a estos ministerios, ministerio de hacienda y crédito público, máximo cuando está en liquidación y se puede hacer parte en la liquidación de estas acreencias laborales que se están declarando en esta sentencia.

Atendiendo la consonancia, <Art. 66-A, CPTSS> con la demanda y la sentencia, de la lectura de la sustentación de los recursos de apelación interpuestos, surgen como problemas jurídicos a resolver en esta instancia, los siguientes:

1. Determinar el tipo de vinculación que unió a la demandante con el ISS hoy liquidado, para la prestación de sus servicios.
2. Analizar si la vinculación de la demandante se dio de manera continua e ininterrumpida desde el 19 de abril de 2001 y hasta el 30 de abril de 2012.
3. Establecer si la demandante tiene derecho a que se le reconozca y pague la indemnización por despido injusto.
4. Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión sanción deprecada.
5. Verificar si hay lugar a la devolución de aportes que la demandante realizó al sistema de seguridad social en pensiones.
6. Determinar si la demandante es beneficiaria a la convención colectiva de trabajo.
7. Establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías, auxilio de transporte y calzado o vestido de labor de conformidad con la convención colectiva de trabajo, de resultar aplicable a la trabajadora.

8. Verificar si se dio aplicación correcta a la sanción moratoria.
9. Determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de perjuicios morales.
10. Verificar si hay lugar a la devolución de valores por concepto de retención en la fuente.
11. Establecer si hay lugar a los incrementos por IPC en el salario de la demandante y si debía devengar el mismo salario de quien ostento el cargo de técnico de servicios administrativos grado 17.
12. Verificar si hay lugar al reconocimiento y pago de horas extras y domingos y feriados, laborados por la demandante.
13. Determinar si en el presente asunto ha operado el fenómeno de la prescripción.
14. Establecer si hay lugar a condenar a la nación a través de los Ministerios llamados a comparecer a este proceso.

1.- Iniciaremos entonces señalando que la demandada afirma que la relación que la unió con la demandante fue a través de contratos de prestación de servicios, los cuales se aportan al plenario. Recordemos que este tipo de contrato se regula por la ley civil o comercial o por el art.32, Ley 80 de 1993, según el objeto que este tenga y tiene como características el que debe identificarse el objeto a desarrollar o el servicio que se debe prestar y para su desarrollo el contratista tiene cierta libertad para ejecutarlo, pues no esta sometido a continuada subordinación, y debe cumplir con algunas características señaladas por vía jurisprudencial por la Corte Constitucional en sentencia C-154 del 19 de marzo de 1997.

Referencia expediente D-1430. MP HERNANDO HERRERA VERGARA, así:

3. Características del contrato de prestación de servicios y sus diferencias con el contrato de trabajo.

El contrato de prestación de servicios, a que se refiere la norma demandada, se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características:

a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales.

El objeto contractual lo conforma la realización temporal de actividades inherentes al funcionamiento de la entidad respectiva, es decir, relacionadas con el objeto y finalidad para la cual fue creada y organizada. Podrá, por esta razón, el contrato de prestación de servicios tener también por objeto funciones administrativas en los términos que se establezcan por la ley, de acuerdo con el mandato constitucional contenido en el inciso segundo del artículo 210 de la Constitución Política, según el cual “...*Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley.*”.

b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. Esto significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas.

Es evidente que por regla general la función pública se presta por parte del personal perteneciente a la entidad oficial correspondiente y sólo, excepcionalmente, en los casos previstos, cuando las actividades de la administración no puedan realizarse con personal de planta o requieran de conocimientos especializados, aquellas podrán ser ejercidas a través de la modalidad del contrato de prestación de servicios.

c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. En el caso de que las actividades con ellos atendidas demanden una permanencia mayor e indefinida, excediendo su carácter excepcional y temporal para convertirse en ordinario y permanente, será necesario que la respectiva entidad adopte las medidas y provisiones pertinentes a fin de que se dé cabal cumplimiento a lo previsto en el artículo 122 de la Carta Política, según el cual se requiere que el empleo público quede contemplado en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Por último, teniendo en cuenta el grado de autonomía e independencia del contrato de prestación de servicios de que trata el precepto acusado y la naturaleza de las funciones desarrolladas, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.

(...) En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, ya que en el plano legal debe entenderse que quien celebra un contrato de esta naturaleza, como el previsto en la norma acusada, no puede tener frente a la administración sino la calidad de contratista independiente sin derecho a prestaciones sociales; a contrario sensu, en caso de que se acredite la existencia de un trabajo subordinado o dependiente consistente en la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horario de trabajo para la prestación del servicio, se tipifica el contrato de trabajo con derecho al pago de prestaciones sociales, así se le haya dado la denominación de un contrato de prestación de servicios independiente.

Así las cosas, la entidad no está facultada para exigir subordinación o dependencia al contratista ni algo distinto del cumplimiento de los términos del contrato, ni pretender el pago de un salario como contraprestación de los servicios derivados del contrato de trabajo, sino, más bien, de honorarios profesionales a causa de la actividad del mandato respectivo.

De la anterior cita jurisprudencial, a contrario sentido, en autos se tienen criterios que impiden que se pueda predicar la existencia de contrato de prestación de servicios, para lo cual acudimos a las declaraciones que dentro del debate procesal se recaudaron de JANETH BECERRA TORRES, ISABEL CRISTINA OSORIO SANCHEZ, RODOLFO BERMEO RODRÍGUEZ, que por provenir de trabajadores y compañeros de la demandante, que les da pleno conocimiento y directo del funcionamiento y forma de manejo del personal por el ISS, algunos de esos testigos pertenecían a la planta de la institución, por lo que dan razón de su dicho, que llevan a establecer que la actora ejercía cargo subordinado a unos superiores, de quienes, de manera directa o indirecta, recibía ordenes e instrucciones, y le absolvían inquietudes de como ejecutar sus labores en unos horarios fijados por la institución con los elementos esenciales y necesarios para su ejecución adecuada, como son computador, máquina de escribir, sumadora, papelería, carpetas e insumos de consumo diario, indicantes de la subordinación bajo que desempeñaba sus labores a cambio de una remuneración/contraprestación mensual, y de manera personal <no permitiéndosele que empleara personas ajenas>, lo que se enmarca en los artículos 1, Ley 6 de 1945 y 1, 2, 3, Decreto 2127 de 1945, prestación personal de servicios que se infiere de los contratos obrantes en el expediente, como labor personal con pago periódico pactado, por lo que los siguientes criterios que se cumplen en autos y de acuerdo con la doctrina impiden que estemos ante ciertos contratos de prestación de servicios de carácter comercial o administrativo, y que en sentido

contrario ontológicamente llevan a la conclusión que se trata de una relación personal de servicios regida por un contrato oficial de servicios, como son ... (i) **CRITERIO FUNCIONAL**, esto es si la función contratada está referida a la que puntualmente debe alentar a la entidad pública, en los términos señalados en el reglamento o la ley y la constitución, será de aquellos que debe ejecutarse mediante un vínculo laboral; (ii) **CRITERIO DE IGUALDAD**. Si las labores desarrolladas son las mismas que los servidores públicos vinculados en la planta de personal de la entidad y además si cumplen los 3 elementos de la relación laboral<art.1, Ley 6 de 1945 y 1,2,3,Decreto Reglamentario 2127 de 1945>, debe acudir a la relación legal y reglamentaria o al contrato laboral y no a la contratación pública y como lo precisa el (iii) **CRITERIO TEMPORAL O DE HABITUALIDAD**, que significa que las funciones contratadas se asemejan a la constancia o cotidianidad o en términos técnicos a la visión y misión institucional, que conlleva al cumplimiento de un horario de trabajo o la realización frecuente de la misma labor, surge una relación laboral y no contractual, o sea que si se suscriben ordenes de trabajo o contratos sucesivos, que demuestra el indiscutible ánimo de la administración de contratar de una manera continua y permanente<habitual> la prestación de servicios de una misma persona y no se trata de una relación o vinculo de tipo ocasional o esporádico o que se diferencia al resto de personal por su especialidad, es lógico concluir que nos referimos a una verdadera relación laboral; (iv) **CRITERIO DE LA EXCEPCIONALIDAD**, Como precisa la Corte , **esto es que** la tarea acordada corresponde a actividades nuevas y esta no puede ser desarrollada con el personal de planta o se requieren conocimientos especializados o de actividades que de manera transitoria resulten necesarios distribuir por excesivo recargo laboral para el personal de planta, puede acudir a la contratación pública, pero si la gestión contratada equivale al giro normal de los negocios de la empresa, debe corresponder a una relación laboral y no puramente contractual<civil, comercial o administrativa> y por ultimo precisa la corte el (v) **CRITERIO DE LA CONTINUIDAD**, **que se da cuando** la vinculación se realizó mediante contratos sucesivos, de prestación de servicios pero para desempeñar funciones del giro ordinario de la administración, esto es, para desempeñar funciones de carácter permanente, que se enmarcan en los conceptos de visión y misión institucional, la verdadera relación existente es de tipo laboral termina la Corte.

En autos, frente a estos criterios en el **FUNCIONAL**, las actividades realizadas por la demandante *'eran las de atención en el centro verde, atención al público, orientación al usuario, notificaciones, edictos, verificación de historias laborales, tutelas, labores de auxiliar administrativo'*, esas labores para la Sala no son extrañas a la función pública realizada por el Seguro Social, la tarea acordada no era nueva y las mismas que eran desarrolladas por el personal de planta<ya sean públicos o trabajadores oficiales>, no requerían de conocimientos especializados, siendo esta actividad continua, pues siendo la actividad normal dentro del funcionamiento del seguro social, requería su prestación en forma continua. (...)

Lo que denota es que el ISS incurrió en abuso de la facultad del num.3, art.32,Ley 80 de 1993, de contratar por más de lo necesario y hasta de 08 años a la demandante, utilizando la mala práctica empresarial y administrativa de usar los contratos administrativos de prestación de servicios y no la vincula de planta, bajo un vínculo laboral, de acuerdo con su régimen jurídico

de contratación de su personal, con el fin de no pagarle prestaciones sociales. Por lo que obliga a concluir que entre las partes siempre existió una relación laboral de prestación de servicios, que se debió regir por un contrato laboral en términos de Ley 6 y Decreto Reglamentario 2127 de 1945 , la cual el demandado la camufló a través de sendos microcontratos de prestación de servicios, los cuales <de ser ciertos> se debían pactar por el tiempo absolutamente necesario y no por más de 08 años. Además, el cargo que ocupó la auxiliar administrativa era de vital importancia y dentro del ABC de la cotidianidad institucional, por las funciones propias del seguro, resultando insostenible y no aceptable argumentos prácticos de no tener el personal que las pudiera ejercer, de ser así, debió ampliar su planta de personal, no lo hizo, porque prefirió violar los derechos a prestaciones sociales y a una remuneración equitativa y justa para la trabajadora. De su conducta laboral institucional, no se puede predicar que haya obrado de buena fe durante todo el tiempo de la vinculación simulada, esto es a partir de 01-diciembre-2004 al 30-11-2012.

En efecto, siendo reiterativos en la impugnación y defensa del ISS, se requiere entre otros que la vinculación sea temporal, de lo cual descendiendo al caso concreto se tiene, que si bien cada contrato de prestación de servicios suscrito entre las partes, se suscribió por periodos cortos de tiempo, al haberse suscrito uno enseguida de otro, y por varios años consecutivos, perdió la **temporalidad** propia de los contratos de prestación de servicios, lo anterior, sumado a que los testigos traídos al proceso por la parte activa, señores JANETH BECERRA TORRES, ISABEL CRISTINA OSORIO SANCHEZ y RODOLFO BERMEJO RODRÍGUEZ, quienes fueron trabajadores de la demandada, son coincidentes en manifestar que las actividades desarrolladas por la demandante, se realizaron bajo subordinación del entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, lo que implicaba, entre otros , el cumplimiento de horarios, de órdenes, desarrollando sus funciones con implementos de trabajo suministrados por este y en sus instalaciones, con iguales funciones que algunos trabajadores de planta y con una suma de dinero mensual como contraprestación de sus servicios, se concluye entonces que la modalidad de contrato que unió a las partes fue un verdadero contrato de trabajo, bajo las reglas del régimen del contrato de trabajo con trabajadores oficiales, Ley 6 y Decreto 2127 de 1945.

Ahora bien, respecto al periodo en que se dio la vinculación entre las partes, se tiene que la demandante manifiesta que la vinculación se dio de manera continua e ininterrumpida desde el 19 de abril de 2001 y hasta el 30 de abril de 2012, mientras que el a quo resolvió que el periodo corrió únicamente a partir del 12 de diciembre de 2004, para dilucidar lo anterior, es pertinente el estudio de los contratos y adiciones al contrato obrantes en el plenario, así:

Contratos de prestación de servicios	Desde	Hasta	Tiempo en meses	Salario mensual
04-021-2001	19/04/2001	18/10/2011	6	\$614.000
430049 (F. 97)	19/10/2001	1/11/2001	13 días	\$266.067
430640 (F. 93)	2/11/2001	14/12/2001	1,5	\$593.533
430687 (F. 90)	17/12/2001	28/02/2002	2,5	\$614.000
Convenio ampliatorio al 430623 (F. 85)	1/03/2002	15/04/2003	1,5	\$650.840
YA010652 (F. 82)	16/04/2003	30/06/2003	2,5	\$650.840
VA 012735 (F. 80)	1/07/2003	30/11/2003	5	\$650.840
VA - 024300 (F. 79)	23/12/2003	31/05/2004	5 y 9 días	\$825.740
Adicional al VA-024300 (F. 78)	1/06/2004	31/07/2004	2	\$825.740
VA-032392 (F. 77)	1/12/2004	31/03/2005	4	\$825.740
VA-034980 (F. 76)	1/04/2005	30/07/2005	4	\$871.156
P-038716 (F. 75)	1/08/2005	31/10/2005	3	\$871.156
P - 039973 (F. 74)	1/11/2005	31/03/2006	5	\$871.156
P043284 (F. 73)	25/01/2006	30/06/2006	5	\$871.156
Adicional al P043284 (F. 72)	1/07/2006	31/08/2006	2	\$871.156
P- 047244 (F. 71)	1/09/2006	30/11/2006	3	\$871.156
P050407 (F. 70)	1/12/2006	28/02/2007	3	\$871.156
Adicional al P050407 (F. 69)	1/12/2006	31/03/2007	4	\$871.156
P- 055508 (F. 68)	2/04/2007	31/10/2007	7	\$871.156
Adicional al P- 055508 (F. 67)	1/11/2007	17/12/2007	1,5	\$871.156
P- 061134 (F. 66)	18/12/2007	31/03/2008	3,5	\$871.156
5000003300 (F. 64)	1/04/2008	31/07/2008	4	\$871.156
Adicional al 5000003300 (F. 65)	1/08/2008	30/09/2008	2	\$871.156
5000006870 (F. 62)	1/10/2008	31/10/2008	1	\$871.156
Adicional al 5000006870 (F. 63)	1/11/2008	14/11/2008	14	\$406.539
6000100556 (F. 61)	18/11/2008	28/02/2009	3,4	\$871.156
5000011604 (F. 60)	2/03/2009	31/05/2009	3	\$937.974
5000013599 (F. 59)	1/06/2009	31/08/2009	3	\$937.974
Adicional al 5000013599 (F. 58)	1/09/2009	15/10/2009	1,5	\$937.974
5000015863 (F. 56)	16/10/2009	30/04/2010	6,5	\$937.974
Otro sí al 5000015863 (F.55)	1/05/2010	30/06/2010	2	\$937.974
5000018535 (F. 57)	1/07/2010	30/11/2010	5	\$956.733
5000020412 (F. 54)	1/12/2010	31/03/2011	4	\$956.733
5000023716 (F. 53)	1/04/2011	31/10/2011	7	\$987.061
5000026139 (F. 52)	1/11/2011	30/06/2012	8	\$987.061
5000028628 (F. 51)	3/07/2012	30/11/2012	5	\$987.061

De la anterior información recopilada de los documentos arriba referidos, tenemos que si bien, la mayor parte de los contratos se dieron de forma continua, se observa que el 31 de julio de 2004, al finalizarse la adición del contrato VA-024300 (f. 78), el cual tuvo vigencia de 2 meses, se dio un periodo de no prestación del servicio por parte de la demandante desde el 01 de agosto de 2004 hasta el 30 de noviembre de 2004, esto es por 4 meses, pues, de esta manera le anteceden microcontratos, con derechos reclamables con efectos prescriptivos; el siguiente contrato VA-032392 (F. 77), inicia el 01 de diciembre de 2004, interrumpiéndose por tanto la continuidad que se venia presentando como lo pretende la impugnante actor, por lo que no se accede, y si bien la jurisprudencia acepta que existan ciertas interrupciones del servicios que deben ser de 1,2,3, de días, no de meses, para que se de la continuidad del contrato, nos habla pero de interrupciones mas cortas de días breves, no de meses, como en este caso, así, al respecto la Corte Suprema de Justicia se pronuncio al respecto en sentencia SL981-2019 del 20 de febrero de 2019. Radicación 74084. Acta No. 06. MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO:

(...) Además, la sala advierte que las suspensiones en los contratos de prestación de servicios no reflejan la intención de las partes de detener genuinamente la continuidad de los servicios prestados, pues, por ejemplo, durante la interrupción de 22 días, la demandante estaba en licencia de maternidad (f. 19) y la suspensión del contrato ocurrida en diciembre de 2006 fue decretada con ocasión de la incapacidad otorgada a la actora por un tumor cerebral que le fue diagnosticado (f. 125 a 128).

En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:

(...) esta sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que las interrupciones por 1, 2, 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real (...). (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos.

En el plenario, no existe prueba de vinculación entre las partes para el periodo de interrupción del contrato, esto es, desde el 01 de agosto de 2004 hasta el 30 de noviembre de 2004, tampoco existe prueba de que la demandante hubiese estado durante estos 4 meses de interrupción en incapacidad o haciendo uso de licencia de maternidad, o alguna otra circunstancia de la que se pueda inferir que no existió el ánimo de terminar realmente la vinculación laboral por este tiempo, tampoco hay prueba que respalde los dichos en apelación, de que muchas veces la demandante trabajó sin hacerse suscrito contrato alguno<pero afirma la apelante actora que eran demoras de 1,2,3, días, mientras llegaba de la capital el contrato a firmar>, así las cosas, le asistió razón al a quo para declarar como extremo inicial del contrato de trabajo el 01 de diciembre de 2004 hasta el 30 de noviembre de 2012, y estos serán los extremos temporales que se tomen en esta instancia.

Esto significa que producto de la teoría del contrato realidad, la situación jurídica se conjunta con un contrato verbal y a término indefinido, en los términos del art.40,Decreto 2127 de 1945 ‘el contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, ...’ y en consecuencia prorrogado de seis en seis meses. Lo que significa que la indemnización por terminación sin justa causa, así exista causa legal, se tasará por el tiempo faltante para finiquitar la última prorroga.

En efecto, en autos son hechos legales que el gobierno de la época en Ley 1151 de 2007 ordenó la liquidación del instituto de Seguros sociales (ISS) y el cese de todas sus actividades operativas y administrativas, por lo que ha sido colocado por el gobierno nacional en estado de

liquidación definitiva mediante el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012. Como liquidadora ha sido designada LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y como su apoderada general ha sido nombrado el Doctor CARLOS ANDRES PARRA SATIZABAL quien por ende lleva la representación general. Esta situación incide en todos los contratos de los trabajadores oficiales <reales o por ficción, como el de la actora> y relaciones legales y reglamentarias, y en el caso de la demandante su situación vinculatoria entra a ser regida por el artículo 47, Decreto 2127 de 1945, al decir ‘el contrato de trabajo termina... f) por liquidación definitiva de la empresa. O por clausura o suspensión total o parcial de sus actividades durante más de ciento veinte días, por razones técnicas o económicas, siempre que se haya dado el aviso de que trata el ordinal 3º, del artículo 44, o que se haya pagado un mes de salarios y sin perjuicio de los derechos emanados del contrato a término fijo’.

Esto significa que se está frente a una causa legal, porque es hecho notorio y de público conocimiento que desde 2007 se dispuso la liquidación del ISS en todos sus negocios, y que en 2013 con el Decreto 2013 de 2012, se dispuso fin a dicha liquidación, pero aquella es distinta a la justa causa, que no se enmarca en ninguna regla del Decreto 2127 de 1945.

En efecto, se debe hablar del presunto despido injusto y, por ende, respecto a la indemnización por despido injusto y dada la anterior conclusión a la que se arribó, se infiere entonces, que al comprobarse que lo que unió a las partes fue un verdadero contrato de trabajo a término indefinido <sin término, que se prorroga de seis en seis meses, art.40, Decreto 2127 de 1945>, si hay lugar inicialmente a este pedimento, sin embargo, en los hechos de la demanda (hecho 2, refiriéndose al 30 noviembre de 2012) se dice que *“En esta última fecha el instituto dio por terminado el contrato de manera unilateral e injusta”*, a lo cual la demandada contesta que no es cierto, pero no existe ni del documento de terminación ni de ningún otro, en el plenario, prueba alguna que dé cuenta de por qué y en qué circunstancias se dio la terminación del contrato que unió a las partes y se le hayan comunicado a la demandante en el momento de la información del despido, sin que haya la empleadora aducido ninguna de las causales consagradas en los 8 numerales del aparta de inicial del art.48, Decreto 2127 de 1945, sin previo aviso ni las previstas en los 6 numerales de la primera parte, con previo aviso, del art.49, Decreto 2127 de 1945, lo que obliga a imponer la indemnización por despido injusto en los términos del art.51,ib., consistente en el pago de los salarios correspondiente al tiempo que faltare para cumplirse el plazo pactado o presuntivo:

“Decreto 2127 de 1945, art.51. ...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”.

Para tasar los salarios faltantes al plazo de prórroga presuntivo <art.40,Decreto 2127 de 1945>, se debe construir línea de tiempos de prórroga ficcionada<de seis en seis meses> a partir del 01 de diciembre de 2004 hasta el 30 de noviembre de 2012, la que inicia el 01-diciembre-2004 al 30 -mayo-2005 <06mm> - a 30 de nov-2005<06meses> a 30 -mayo-2006 <06mm> - a 30 de nov-2006 <06mm> al 30 -mayo-2007 <06mm> - a 30 de nov-2007<06meses> al 30 -mayo-2008 <06mm> - a 30 de nov-2008<06meses> al 30 -mayo-2009 <06mm> - a 30 de nov-2009<06meses> al 30 -mayo-2010 <06mm> - a 30 de nov-2010<06meses> al 30 -mayo-2011 <06mm> - a 30 de nov-2011<06meses> al 30 -mayo-2012 <06mm> - a 30 de nov-2012<06meses> y preciso en esta última fecha se le término a la actora la vinculación.

En efecto, en el hecho 2 de la demanda, refiriéndose al 30 noviembre de 2012 se dice que *“En esta última fecha el instituto dio por terminado el contrato de manera unilateral e injusta”*, significando que fue el mismo 30 de noviembre de 2012 que le comunicaron la terminación del vínculo sin hechos ni elementos distintos a los fijados, lo que significa que sin ninguna antelación ni preaviso, se le terminó el vínculo, y ante la falta de preaviso por lo menos con 30 días de antelación, significa que el contrato verbal ficto entre las partes se prorrogó automáticamente por otros seis meses, luego la indemnización son los salarios equivalentes a esos seis meses prorrogados.

En autos la parte demandante no acredita salario distinto al que indica el último contrato de pago de honorarios de \$987.061, que fue el mismo con que el a-quo liquido los derechos y prestaciones a que condenó a la pasiva, no existiendo en esta instancia la prueba de un salario diferente se toma el señalado por la instancia, y ,por ende, se condena a la pasiva a pagar a título de indemnización por despido o terminación injusta de la relación laboral, a pagar la suma única de \$5.922.366<en impugnación no pide nada accesorio>, por lo que se adicionan las condenas en ese sentido.

2.- Por otra parte, apela la demandante lo referente a la pensión sanción, que es una prestación contemplada en el artículo 133 de la ley 100 de 1993<por subrogación del art.37,Ley 50 de 1990>, que consiste en la responsabilidad del empleador de asumir la pensión de la trabajadora que no afilia al sistema de pensiones<sin olvidar que según planillas de cotizaciones que efectuó la actora al sistema de seguridad social en pensiones, quien según afirma ha cotizado por todo el tiempo laborado con el ISS y a exigencia de éste, lo que eventualmente daría lugar a una doble pensión, que el sistema no aviene>y que es despedida sin justa causa y con el requisito adicional de haber laborado para el mismo empleador durante 10 años o más y menos de 15 años, continuos o discontinuos. Para lo cual el tiempo laborado fijado en esta sentencia, que es el mismo aceptado por el a-quo, fue

del 01 de diciembre de 2004 hasta el 30 de noviembre de 2012, lo que da 07AA 12MM 00DD , es decir, 8 años en total, significando que la parte demandante no completa el tiempo requerido en la norma, por cuanto completa un total de 08años, de servicio, tal y como se refirió en líneas anteriores, no cumpliéndose el presupuesto de servicios, por lo que se absuelve a la pasiva de la pensión sanción.

3.- Respecto a la petición de la devolución de aportes que la demandante realizó al sistema de seguridad social en pensiones, si bien obran en el plenario las planillas de los pagos que realizó la demandante por estos conceptos, en la demanda no existe una pretensión que haga este pedimento, por lo que es hecho y pretensión nuevos, debiendo negarse esta pretensión en impugnación.

4.- Así mismo, solicita la apelante el reconocimiento y pago de los intereses a las cesantías, auxilio de transporte y calzado o vestido de labor de conformidad con la Convención Colectiva De Trabajo 2001-2004, para lo cual debemos examinar en primer lugar si le es aplicable a la trabajadora, por cuanto el a-quo considero que no se le debía aplicar, por cuanto no pago las cuotas sindicales a que había lugar. Respecto de la extensión de los beneficios convencionales, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL-4344-2020, del 21 de octubre de 2020. M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, quien indicó:

“... la extensión de sus beneficios a todo el personal vinculado mediante contrato de trabajo, en razón de tratarse de un sindicato mayoritario. En sentencia CSJ SL, 27 feb. 2004, rad. 21278, reiterada en la CSJ SL5165-2017, indicó:

“Para la Corte es claro, que del referido texto se desprende sin duda alguna el reconocimiento por el I.S.S. de que la organización sindical SINTRAISS es mayoritaria, y si ello es así, es menester recordar que para demostrar si un sindicato, como en el asunto sub examine, agrupa a más de la tercera parte de los trabajadores de una entidad, no se requiere de prueba solemne.

Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en las sentencias del 28-02-2003, rad. 18253 de 05-08-2003, rad. No. 20458 y del 29-09-2003, Rad. 20868, en esta última dijo:

“Con todo quiere la Sala advertir que para demostrarse que un sindicato es mayoritario, no necesariamente debe establecerse a través del censo, pues existen distintos medios de prueba de orden legal a los cuales pueden acudir las partes y el juez”.

En ese orden, procede la extensión de los beneficios convencionales a quien se declare que tuvo la calidad de trabajador oficial en razón de la aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, tal como aconteció en el sub-lite”.

5.- Así las cosas, se tiene que al haberse declarado que la demandante se encontraba vinculada mediante <bajo la teoría del contrato realidad> a un real contrato de trabajo de carácter verbal prorrogable de seis en seis meses<art.40,Decreto 2127 de 1945> , si tiene derecho a que se le aplique la Convención Colectiva De Trabajo 2001-2004, como lo ha predicado

la corte de cierre laboral, sin exigencia de cotizaciones al sindicato firmante, tesis del pasado superada en la actualidad, al aceptar la condición de trabajadora de la demandante, por lo que analizaremos cada uno de los conceptos aquí solicitados, de conformidad con lo consagrado en la Convención Colectiva de trabajo 2001-2004, celebrada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social<f. 11 a 48, con su respectiva nota de depósito y nota aclaratoria>.

- **Intereses a las cesantías**, solicita se concedan de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo, al contemplar:

(...) Sobre el monto de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre del año 2001, el instituto reconocerá a partir del primero de enero del año 2002, intereses equivalentes al 15% anual. En caso de los trabajadores que no gocen de prima técnica, esta tasa de interés se incrementará en un punto. Los intereses aquí señalados se pagarán en el mes de enero del año siguiente, esto es, enero de 2003. En los años subsiguientes, el saldo de dichas cesantías acrecentado con las cesantías anuales liquidadas por el año inmediatamente anterior, y disminuido en el monto de las cesantías parciales pagadas durante la vigencia, causaran intereses a las mismas tasas y para los mismos grupos de trabajadores, antes señalados.

En la sentencia se le concedió por cesantías \$2.821.314, correspondientes a 2879 días, sin existir reproche sobre este monto, ni objeción de cómo se llegó a esta suma, sobre ella se calculara el interés de cesantías reclamado, teniendo en cuenta que la demandante presenta reclamación administrativa ante el ISS en liquidación el 11 de diciembre de 2012<f. 116. P. 179>, lo que significa que en materia de intereses a las cesantías<sí prescriben>, y todos los causados y no reclamados oportunamente anteriores al 11 de diciembre de 2009 se encuentran prescritos, por lo que para hallar los intereses a cesantías, no prescritos, se aplica la fórmula $i = C \times 1070 \times 15 / 36000$, lo que da \$1.257.835.82, y a esta suma se condena, aplicando el guarismo de la referida CCT-2001-2004. En este sentido se adicionan las condenas.

6.- Auxilio de transporte, en los términos del artículo 53 de la convención colectiva de trabajo y su clausula aclaratoria, que consagra:

ARTICULO 53. AUXILIO DE TRANSPORTE. El instituto reconocerá y pagará en todo el país a los trabajadores oficiales, beneficiarios de esta convención, para la vigencia del 01 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2004, un auxilio de transporte equivalente al valor que paga a 31 de diciembre de 2011, incrementado para cada uno de los años de vigencia de la convención en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior. (...)

ARTICULO 53. AUXILIO DE TRANSPORTE. Aclarar y complementar el inciso primero el cual quedara así: "El Instituto reconocerá y pagara en todo el país a los trabajadores oficiales, beneficiarios de esta convención, para la vigencia del 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2004, un auxilio de transporte mensual equivalente a TREINTA Y SEIS MIL CIENTO VEINTINUEVE PESOS (\$36.129), incrementado para cada uno de los años de vigencia de la convención en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior. esta suma se cancelará a quienes devenguen hasta tres (3) veces el salario mínimo legal vigente más SIETE MIL QUINIENTOS TREINA Y UN PESOS (\$7.531)." Los demás incisos de este artículo continúan en la forma como fueron pactados.

En cuanto al auxilio de transporte, tenemos que dado que la demandante devengo menos de 3 salarios mínimos por todo el tiempo laborado<\$987.061, salario de

los últimos años>, tiene derecho al reconocimiento y pago de este concepto, y siendo que todas las demandadas integrantes de la parte pasiva, propusieron la excepción de prescripción, tenemos que al haberse presentado reclamación administrativa ante el ISS hoy liquidado el 11 de diciembre de 2012, con lo que se interrumpió la prescripción, se concederá este rubro por el periodo correspondiente a los 3 años anteriores, esto es a partir del 11 de diciembre de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2012, así, tenemos que aplicando el IPC al valor de \$36.129 fijado para el año 2004 en la convención colectiva, actualizado a 2009, nos arroja un valor de \$47.516, por lo cual luego de realizados los cálculos, se tiene que se adeuda por este concepto la suma total de UN MILLON SETECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS TREINTA PESOS (\$1.785.430), de conformidad con la siguiente información:

Periodo	IPC	Aux. Transporte	
		Mensual	Periodo
11 a 31/12/2009	7,67	\$47.516	\$33.261
Año 2010	2,00	\$48.466	\$581.594
Año 2011	3,17	\$50.003	\$600.031
01 de enero a 30/11/2012	3,73	\$51.868	\$570.544
Total Aux. Transporte			\$1.785.430

7.- Calzado o vestido de labor, de conformidad con lo reglado por el artículo 89 de la convención colectiva de trabajo, que al respecto dice:

ARTICULO 89. DOTACION DE UNIFORMES A LOS TRABAJADORES OFICIALES. El instituto continuara suministrando la dotación de uniformes al personal que los venía recibiendo para el cumplimiento de sus labores. El instituto suministrará a los trabajadores oficiales, de acuerdo con sus funciones y oficios: vestidos, delantales, blusas, overoles, etc, Al personal de conductores, porteros-celadores, ascensoristas, camilleros de ambulancia, se les suministraran uniformes de paño cuando laboren en climas fríos y en climas cálidos se les suministraran uniformes confeccionados en material apropiado para la región. (...).

Respecto a este derecho se tiene que, si bien está consagrado en especie y a favor de los trabajadores oficiales del instituto<sin discriminar cargos o salarios>, no pudiéndose monetizar en esta sede ni otorgar en especie finalizada la labor, por cuanto que su finalidad es que se use durante la prestación del servicio; y la forma técnica de reclamar esta dotación es que acredite la demandante que durante el servicio adquirió la dotación, acreditando con la prueba adecuada el valor de compra, de la que no existe prueba en autos, porque debe acreditar la demandante que hizo uso de algún uniforme o vestido que debiera utilizar para el desempeño de sus funciones, y al pedirse como tal el calzado o vestido de labor<no es posible en especie ni monetizada> y no su compensación en dinero, no es viable conceder esta pretensión.

8.- Por su parte, la apelante sostiene que no se le dio aplicación correcta a la sanción moratoria, por cuanto fue condenada la entidad al pago de un día de salario por uno de mora durante los primeros 24 meses y a partir de ese tiempo, se reconocen intereses moratorios a la tasa máxima de interés de libre asignación, certificados por la superintendencia bancaria, siendo que debía condenarse a un día de salario por un día de mora, pero hasta que se cancele la obligación<resolutivos 2 y tercero de la sentencia>, error por cuanto el a-quo aplica el art.65,CST.modificado por el art.29, Ley 789 de 2002(1), que es de aplicación exclusiva para los trabajadores y patronos particulares, no para entidades oficiales y sector de trabajadores oficiales, como en el caso presente.

Por su parte, la demandada apelante, sostiene que esta indemnización no debe aplicarse a partir del 01 de diciembre de 2012, sino a los 90 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, sustentando esta petición en lo establecido en el decreto 797 de 1949, el cual en el parágrafo 2, del artículo 1.

Acogiendo la queja de la pasiva, y aplicando la regla del art.52,Decreto 2127 de 1945, sustituida por el art. 1,Decreto 797 del 28 de marzo de 1949, se dice:

"Artículo 1º El artículo 52 del Decreto número 2127 de 1945 Quedará así:

"Artículo 52. Salvo estipulación expresa. en contrario, no se considerará terminado el contrato de trabajo antes de que el patrono ponga a disposición del trabajador el valor de todos los salarios, prestaciones e indemnizaciones que le adeude, salvo las Retenciones autorizadas por la ley o la convención; si no hubiere acuerdo respecto del monto de tal deuda, bastará que el patrono consigne ante un Juez o ante la primera autoridad política del lugar la cuantía que confiese deber, mientras la justicia del trabajo decide la controversia.

"Parágrafo 1º Tampoco se considerará terminado el contrato de trabajo mientras no se practique el nuevo examen médico de que trata el artículo 3º del Decreto número 2541 de 1945, y no se le dé el correspondiente certificado de salud al trabajador, a menos que éste, por su culpa, eluda, dificulte o dilate dicho-examen ' "

Se considerará que el trabajador, por su culpa, elude, dificulta o dilata el examen, si transcurridos cinco (5) días a partir de su retiro no se presenta al médico respectivo para la práctica del examen, a pesar de haber recibido la orden correspondiente.

"Parágrafo 2º Los contratos de trabajo entre el Estado y sus servidores, en los casos en que existan tales relaciones jurídicas conforme al artículo 4º de este Decreto-, sólo se considerarán suspendidos hasta por el término de noventa (90) días, a partir de la fecha en que se haga efectivo el despido o el retiro del trabajador. Dentro de este término los funcionarios o entidades respectivos deberán efectuar la liquidación, y pago de los correspondientes salarios, prestaciones e indemnizaciones que se adeuden a dicho trabajador,

"Durante la suspensión de los contratos de trabajo a que se refiere este artículo, serán de aplicación las normas contenidas en el artículo del presente Decreto y estarán a cargo de la Caja de Previsión Social a que se hallen afiliados los trabajadores oficiales, o del respectivo Tesoro Nacional. Departamental o Municipal, si no existiere tal Caja, o del fondo especial que cubra sus remuneraciones en los casos señalados en el" artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, el reconocimiento y pago del seguro de vida y el

1 CST., "ARTICULO 65. «Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique. <...>»

auxilio funerario en caso de muerte dentro del periodo de suspensión, así como los auxilios monetarios y la asistencia médica de que haya venido disfrutando el trabajador desde antes de la fecha del retiro en los casos de enfermedad o accidente de trabajo, y hasta por el término que señala la ley.

Si transcurrido el término de noventa (90) días señalado en el inciso primero de este párrafo no se hubieren puesto a órdenes del trabajador oficial los salarios, prestaciones e indemnizaciones que se le adeuden, o no se hubiere efectuado el depósito ante autoridad competente, los contratos de trabajo recobrarán toda su vigencia en los términos de la ley".

La interpretación y aplicación que históricamente se ha dado a esta indemnización moratoria, en el sector de los trabajadores oficiales, es que si vencidos los 90 días del párrafo 2<anterior> el empleador oficial no ha pagado los haberes e indemnizaciones a la extrabajadora oficial, deberá pagar los salarios hasta su pago efectivo, lo que en autos significa que como el ISS, habiendo terminado la relación el 30 de noviembre de 2012, a partir de los 90 días siguientes, esto es , a partir del 28 de febrero de 2013 debe pagar \$987.061, salario mensual o lo que es lo mismo, \$32.902,00 diarios por cada día de mora en el pago de los haberes laborales e indemnización, y así se condenará.

Como el a-quo aplicó la regla del art.65,CST., propia de los trabajadores y patrones particulares se ha de revocar parcialmente el resolutive segundo en cuanto condena a pagar 24 meses de salario y el resolutive tercero en cuanto condena a pagar intereses de mora a partir del 01 de diciembre de 2014, no lo dice pero se deduce por aplicación de la primera norma, por lo que esas condenas se revocan, ya que no puede existir dobles condenas bajo estatutos jurídicos diferentes.

9.- En lo referente al reconocimiento y pago de perjuicios morales en favor de la demandante, se tiene que, a diferencia de lo dicho en apelación, de que no se requiere prueba para demostrar los perjuicios morales, pues, queda al arbitrio del juez el calcularlos, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen..."*. Así, de conformidad con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, aunque es cierto que queda al arbitrio del juez el calcularlos, esto se da, luego de que la parte interesada los pruebe, así lo ha dicho puntualmente en la sentencia SL721-2020. Radicación No. 72353. Acta 007 del 03 de marzo de 2020. MP. OMAR DE JESUS RESTREPO OCHOA, dijo al respecto lo siguiente:

Con todo, la sala considera conveniente recordar que la procedencia de la condena por perjuicios morales es un tema que se ha tornado pacífico para la jurisprudencia laboral, como se reiteró en sentencia CSJ SL4570-2019, en los siguientes términos:

Si bien el daño moral se ubica en lo más íntimo del ser humano y por lo mismo resulta inestimable en términos económicos, no obstante, a manera de relativa satisfacción, es factible establecer su cuantía. Para ello, es pertinente referir lo expuesto por esta Corte en sentencia CSJ SL 32720, 15 oct. 2008, que se reiteró en el fallo CSJ SL4665-2018, en cuanto a que la tasación del pretium doloris o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de

la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, en esa misma decisión, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño». (CSJ SL-4570-2019).

Teniendo en cuenta que en el sub examine, no están probadas consecuencias psicológicas, personales, angustias, trastornos emocionales, etc, ni su cálculo monetizado, que haya sufrido la demandante, no es posible conceder en su favor, esta pretensión.

10.- En cuanto a la petición referente a la devolución de valores por concepto de retención en la fuente, tal y como lo considero el a quo, al ser un tema ajeno a la jurisdicción y al tema laboral, no es posible pronunciamiento alguno por no tener competencia al respecto en esta instancia, pues, es un tema tributario que deberá reclamar la demandante ante la entidad respectiva encargada de su recaudo.

11.- Solicita igualmente la apelante, se le concedan los incrementos con IPC en el salario de los 3 últimos años de la demandante, sin mencionar la norma en que sustenta la petición, y al devengar una suma superior al salario mínimo legal mensual vigente, no hay norma probada que obligue a realizar un incremento, debiéndose denegar esta pretensión.

12.- Sobre la nivelación salarial del cargo ejercido por la demandante con el de un **TÉCNICO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS GRADO 17**, si bien en el plenario en certificado suscrito el 08 de enero de 2012, por el gerente de la seccional del ISS(f. 49), en ese entonces en liquidación, se registran las funciones ejercidas por la demandante y a folio 178 obra oficio por el cual la demandada informa los salarios devengados por el CARGO TÉCNICO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS GRADO 17<f.178>, no hay prueba en la que se pueda verificar que las funciones desempeñadas por la señora ROSA OSIRIS ROMERO GUERRERO hayan sido las mismas o similares al CARGO TÉCNICO DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS GRADO 17, del cual predica la nivelación, por lo cual no hay lugar a atender favorablemente esta pretensión.

13.- En relación con el reconocimiento y pago de horas extras y domingos y feriados, laborados por la demandante, visibles a folios 147 a 150, 153, 154, 156, encontramos oficios por los cuales se informa a los señores de seguridad del ISS, que la demandante<junto y entre otros trabajadores>, está autorizada a ingresar el día sábado, y a folios 151, 152, 155, y 158 a 165 formato de relación de personal del seguro social autorizando para laborar en días ordinarios después de las 18:00 horas, sábados, domingos o festivos, en los que se puede leer el nombre de la demandante, sin prueba alguna de haber efectivamente laborado esos días y esas horas extras, pues, no es lo mismo estar enlistado que probar que efectivamente laboró tiempos suplementarios después de la 06:00pm. y los días sábados, domingos y festivos, afirmar no es probar, estar enlistado no es prueba de haber prestado el servicio de acuerdo con esos formatos, se requiere prueba precisa y específica, tampoco se aportó al plenario los comprobantes de pago

en los que se pueda verificar si estos días fueron o no efectivamente cancelados por la demandada ni que la trabajadora los haya efectivamente laborado , además de no estar determinado puntualmente el tiempo por esta laborado precisando días, fechas y horas, por lo cual no es prueba suficiente para dar prosperidad a esta pretensión.

14.- Referente a la prescripción, institución que es de derecho e interés público, la demandante afirma que al haberse reconocido con la sentencia la calidad de trabajadora a la demandante, es a partir de este momento en que se debe contar el termino prescriptivo, y sustenta en base a jurisprudencia del Consejo de Estado, órgano que recordemos no es el de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, por tanto, se siguen las reglas de general del artículo 488 del Código Sustantivo del trabajo, esto es que las acciones prescriben en 3 años y así lo alecciona inmemorable la corte de cierre ordinario laboral.

15.- Finalmente, se procede a estudiar si hay lugar a condenar a la nación a través de los Ministerios llamados a comparecer a este proceso, debiendo señalarse al respecto que el I.S.S., es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, entidad descentralizada de la rama ejecutiva del orden nacional, vinculada por disposición del Decreto Ley 4107 de 2011 a la Nación- Ministerio de Salud y Protección Social, por consiguiente, que con Ley 1151 de 2007 se dispuso su disolución y liquidación , proceso que culminó con el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012, habiéndose designado LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., para administrar el PAR ISS y como su apoderado general el Doctor CARLOS ANDRES PARRA SATIZABAL, quien tiene la representación general. La FIDUPREVISORA S.A. empezó a ejercer sus labores y obligaciones como liquidador del entonces demandado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN, y que la demanda fue dirigida en contra del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION, llamado a comparecer a través de su liquidador y quien compareciera efectivamente a través del PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS – PAR ISS, se tiene que esta es la entidad llamada a responder por las condenas resultantes en favor de la actora y no la nación ni por si ni a través de ningún ministerio.

Es cierto que el artículo 19, Decreto 2213 de 2012 de liquidación, el gobierno nacional dispuso que en caso de no resultar suficientes los activos del ISS para cubrir la totalidad de obligaciones laborales que surjan a su cargo, LA NACION, con cargo al presupuesto nacional, asumirá las mismas, por lo que es un error predicar alguna clase de solidaridad o sustitución de obligaciones entre el I.S.S. y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público o cualquier otro ministerio.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, deberá adicionarse la sentencia condenando en favor de la demandante al reconocimiento y pago de los conceptos que resultaron reconocidos en esta instancia, esto es, la indemnización por despido injusto, los intereses a las cesantías y el auxilio de transporte, los puntos debidamente apelados y sustentados, y los no indicados anteriormente no prospera la impugnación y en los puntos no apelados las partes deben estarse a la decisión del a-quo.

Se estudiaron, se itera, solamente los temas debidamente reclamados, planteados y sustentados conforme a la coherencia que exige el art.66-A,CPTSS,

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del H. Tribunal Superior de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- ADICIONAR el resolutivo **SEGUNDO** de la apelada parcial sentencia condenatoria oral apelada No. 299 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, el 30 de octubre de 2014, en el sentido de **CONDENAR** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN hoy PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL ISS – PAR ISS** <a través de su administradora LA FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.>, a pagar las siguientes sumas y conceptos:

- **Indemnización por despido** o terminación injusta de la relación laboral, la suma única de **\$5.922.366,00**;
- **Intereses a las cesantías**, la suma única de **\$1.257.835,82**;
- **Auxilio de transporte**, la suma única de **\$1.785.430,00**;
- **\$32.902,00** diarios por cada día de mora en el pago de los haberes laborales e indemnizaciones;
- **En los demás puntos apelados y no referidos anteriormente, no se accede, y en lo no apelado las partes deben estarse a la decisión del a-quo.**

SEGUNDO.- SE REVOCAN, por las motivaciones ya dichas, de la apelada parcial sentencia condenatoria oral No. 299 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, el 30 de octubre de 2014, **los resolutivos segundo parcialmente en cuanto condena a pagar 24 meses de salario y totalmente el resolutivo tercero en cuanto condena a pagar intereses de mora a partir del 01 de diciembre de 2014,**

TERCERO.- SIN COSTAS en esta sede. DEVUELVA el expediente al despacho de origen.

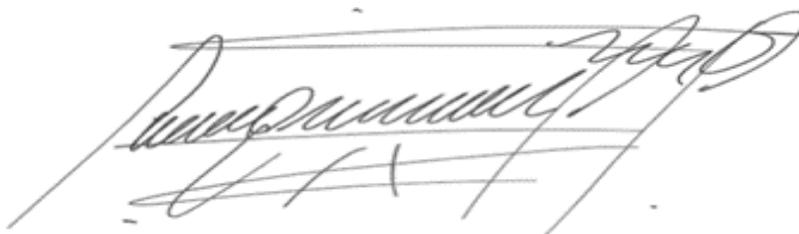
CUARTO. - NOTIFÍQUESE en micrositio <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-003-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/38>

QUINTO. - CASACIÓN: A partir del día siguiente de la notificación e inserción en el link de sentencias y Edicto del despacho, comienza a correr el termino de quince días hábiles para interponer el recurso de casación si a bien lo tiene(n) la(s) parte(s) interesada(s).

SEXTO.- ORDENAR A SSALAB: En caso de no interponerse casación por las partes en la oportunidad legal y ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** inmediatamente el expediente al juzgado de origen. EN CASO tal de que sea interpuesto el citado recurso y concedido, inmediatamente ejecutoriado, remítase a la Corte que corresponda. Su incumplimiento es causal de mala conducta.

APROBADA SALA DECISORIA 25-05-2023. NOTIFICADA EN <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-003-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/38>. OBEDÉZCASE y CÚMPLASE

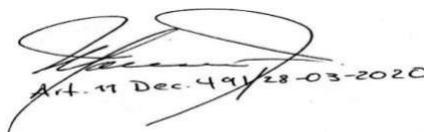
LOS MAGISTRADOS,



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
2013-00744



CARLOS ALBERTO OLIVER GALE
2013-00744



Art. 41 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
2013-00744