



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
- SALA LABORAL -

Santiago de Cali, veintiocho (28) de marzo de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA NÚMERO 079
Acta de Decisión N° 031

El Magistrado **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en asocio de los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la Sala de Decisión, proceden a resolver la **APELACIÓN** de la sentencia No. 021 del 8 de marzo de 2022, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por la señora **MARIA OMAIRA MERA** contra **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL Y EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTE DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN PAR ISS**, representado por la **SOCIEDAD FIDUCIARIA FIDUAGRARIA**, bajo la radicación No. 76001-31-05-006-2018-00557-01.

Que se condene a:

- La retroactividad de las cesantías e intereses por 10 años periodo entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre del 2012
- La sanción moratoria por su no pago oportuno
- Contrato realidad desde el 16 de junio de 1995 hasta la fecha que, por decisión unilateral de la empresa, laboró el 31 de marzo de 2015.

ANTECEDENTES

Informan los hechos de la demanda que, laboró como trabajadora oficial del Seguro Social, bajo la suscripción de varios contratos civiles, desde el 16-06-1995 hasta el 31-03-2015, como Auxiliar de Servicios



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

Administrativos; que cumplió un horario de trabajo establecido en la entidad, acató el reglamento, obedeció órdenes impartidas por los Directivos.

Que el cargo de Auxiliar de Servicios Asistenciales fue cumplido en igual de condiciones de los empleados de planta del Seguro Social; que el 18 de marzo de 1997, suscribió un contrato de trabajo con vigencia desde el 11 de abril de 1997 a término indefinido con el Seguro Social para desempeñar el cargo de Técnico de Servicios Administrativo grado 14.

Que, en oficio del 5 de febrero de 2015, el I.S.S., de manera unilateral suprimió su cargo a partir del 31 de marzo de 2015; en formato de reclamación requirió al I.S.S., en liquidación por la retroactividad de las cesantías y por la liquidación final; posteriormente, presentó los recursos de ley.

Al descorrer el traslado a la parte demandada, **NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL**, manifestó que la actora se vinculó como contratista para el ISS el 16-06-1995 hasta el 10-04-1997, según los contratos de prestación de servicios; y, desde el 11-04-1997 hasta el 31-03-2015, laboró para el ISS, en el cargo de secretaria, mediante contrato de trabajo a término indefinido, ostentando la calidad de trabajadora oficial. Se opone a todas las peticiones de la demanda. Propone como excepciones las de *prescripción, carencia del derecho sustancial, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación de reconocer la sanción moratoria; innominada (fl. 16, 02Expediente)*.

Al descorrer el traslado a la parte demandada, **PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL I.S.S. (liquidado)**, manifestó no constarle algunos hechos de la demanda; en cuanto a la ausencia de la liquidación de la retroactividad de las cesantía por todo el tiempo laborado, es de anotar que no era posible que se le reconocieron cesantía retroactivas a la hoy demandante como quiera que el Instituto de Seguros Sociales en liquidación le dio aplicación legal a la convención colectiva vigente en su momento, la cual se efectuó a través de un proceso de negociación colectiva que se materializó en la convención suscrita el 31



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

de octubre de 2001 por SINTRASEGURIDADSOCIAL, en representación de los trabajadores en su condición de sindicato mayoritario, y de conformidad con el marco legal aplicable el ISS ofreció a los trabajadores oficiales la posibilidad de retirarse con un plan de retiro consensuado, y las condiciones que se plasmaron en dicho plan de retiro únicamente se aplicaban a las personas que se acogieran al mismo, como quiera que el fin de dicho ofrecimiento era el de facilitar la salida de los trabajadores oficiales de la planta de la entidad con anterioridad al cierre de liquidación, ofrecimiento que no fue aceptado por la señora MERA ROSERO. No se opone a que se declare la existencia de una relación laboral, siempre y cuando resulte probada. Se opone a todas las demás peticiones de la demanda. Propone como excepciones las de *carencia de acción legal para demandar por parte de la actora; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe por parte del I.S.S.; inexistencia de la obligación a cargo del PAR ISS, falta de legitimación en la causa por pasiva; compensación; prescripción; innominada (fl. 32).*

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado del Conocimiento, Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, decidió el litigio a través de la sentencia No. 021 del 8 de marzo de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN formulada por **Ministerio de Salud y Protección Social y Sociedad Fiduciaria Fiduagraría entidad administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales** referente al pago de salarios, prestaciones sociales y la indemnización por su no pago.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones dirigidas a oponerse a la prosperidad del derecho en concreto la declaratoria del contrato de trabajo propuestas por el **Ministerio de Salud y Protección Social y la Sociedad Fiduciaria Fiduagraría entidad administradora del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales.**

TERCERO: DECLARAR la existencia de una relación laboral entre **María Omaira Mera Rosero** y el **extinto Instituto de Seguros Sociales**, el cual estuvo mediado a través de un contrato como trabajador oficial, cuyos extremos temporales están entre el **16 de junio de 1995 al 31 de marzo de 2015.**

(...)



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

Adujo el a quo que, entre el 16-06-1995 a 31-03-2015, quedó demostrada la relación laboral entre la actora y el extinto ISS, ostentando la calidad de trabajadora oficial.

En el AUXILIO DE CESANTÍA: puede ser beneficiaria del régimen de cesantía retroactivo y conservarlo, porque era trabajadora del extinto ISS; y en la CCT 2001-2004 se pactó el régimen retroactivo.

Sin embargo, si se hace el estudio de la prestación, se tiene que operó la prescripción, sin que sea procedente su reconocimiento.

En relación a la SANCIÓN MORATORIA del Artículo 1 del Decreto 797 de 1949, no opera de manera automática, destacando que, si bien no se le incluyeron algunos emolumentos en el pago de las acreencias a la actora, también lo es que el ISS realizó todos los pagos ajustados a derecho, haciéndolos de buena fe.

En caso de señalarse que prospera, también operó la prescripción; además, en la reclamación que se hizo valer no hace relación a dicha pretensión.

APELACIÓN

Inconforme con la decisión proferida en primera instancia, los apoderados judiciales de la parte demandante, **MARIA OMAIRA MERA**, y, la entidad accionada, **FIDUAGRARIA**, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos.

La parte demandante, **MARIA OMAIRA MERA ROSERO**, manifestó que, la actora laboró hasta el 31-03-2015, fecha en el cual el Estado terminó de manera unilateral el vínculo laboral y, presentó ante los Grupos Coordinadores del Patrimonio Autónomo petición; presentando derecho de Petición



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

ante Ministerio de Salud y Protección Social 23-03-2018 según lo indicado en la norma para interrumpir la prescripción.

En consecuencia, solicita se despache favorablemente en las todas las pretensiones solicitadas en la demanda.

La apoderada de la entidad FIDUAGRARIA, manifestó que, no se configuraron los elementos fácticos ni jurídicos, ni mucho menos se evidencian argumentos que sustenten la relación laboral, pues, la sola presencia de los contratos no constituye la formalidad de la relación laboral, solicita revoque la sentencia, en este punto.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. CASO OBJETO DE APELACIÓN

En virtud de lo anterior, encuentra la Sala que se circunscribe el problema jurídico en determinar, según los postulados constitucionales de la primacía de la realidad, si se configuraron o no, las exigencias para declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la señora **MARIA OMAIRA MERA** y el extinto SEGURO SOCIAL, en caso de ser así, estudiar si hay lugar al reconocimiento y pago del retroactivo de cesantías e intereses a la cesantía y la sanción moratoria.

Las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a lo debatido en las instancias y en el contexto de esta providencia se le da respuesta a los mismos.

2. CONTRATO DE TRABAJO

Conforme lo anterior, tenemos que el artículo 1° de la Ley 6 de 1945 precisa que:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

“Hay contrato de trabajo entre quien presta un servicio personal bajo la continuada dependencia de otro, mediante remuneración, y quien recibe tal servicio. No es, por tanto, contrato de trabajo el que se celebra para la ejecución de una labor determinada, sin consideración a la persona o personas que hayan de ejecutarla y sin que éstas se sujeten a horario, reglamentos o control especial del patrono”.

A su vez, el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 señala:

“El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha, corresponde a este último destruir la presunción”.

Resulta cardinal para el derecho laboral colombiano el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, según el cual la realidad prima sobre las formalidades establecidas por los sujetos intervinientes de la relación de trabajo.

Este principio tiene raigambre constitucional ya que el artículo 53 de La Constitución Nacional lo consagra expresamente, proyectándose sobre la normatividad sustancial, en especial el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945 y 24 Código Sustantivo del Trabajo.

Lo anterior implica que, demostrada una relación de trabajo, ésta debe ser sometida a la normatividad propia del contrato de trabajo, el cual no deja de serlo por el nombre que se le dé, ni de otras modalidades o condiciones que se le adicionen.

Por su parte, el artículo 32 numeral 3° de la Ley 80 de 1993, prescribe:

“Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados”.

La Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha precisado que la sola presencia en el expediente de los



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

contratos de prestación de servicios suscrito entre las partes no desvirtúa la existencia de un contrato de trabajo. Así en sentencias de 11 de diciembre del año 1997, radicación 10153, 22 de marzo del año 2000, radicación 12.960; 26 de mayo del año 2006, y 2 de diciembre del año 1997 precisó:

“(....) Sobre este tópico comporta recordar lo que de manera reiterada ha expresado esta Corporación en cuanto a que la sola presencia en el proceso de los contratos celebrados por la accionada con fundamento en la figura nominada en el artículo 32 de la ley 80 de 1993 no descarta, de plano, la existencia de un contrato de trabajo, así como tampoco permite sostener, por esa sola circunstancia, que tal deducción constituya una equivocación protuberante (...).”

“En efecto. No es materia de discusión que entre los contratos que la ley califica como administrativos que pueden celebrar las entidades oficiales se encuentra el de prestación de servicios; pero del hecho de hallarse consagrado legalmente este contrato, no se deriva la facultad de utilizarlo cuando se trata de relaciones laborales, puesto que en todos los casos en que los servicios personales al Estado o a una entidad descentralizada, o en los que la participación directa o indirecta de aquél sobrepasa los porcentajes indicados en la misma ley, son prestados por un ser humano de manera subordinada, se está, sin discusión posible, ante una relación de trabajo gobernada por una relación legal y reglamentaria o mediante un contrato de trabajo, de acuerdo con lo que determine la Constitución Política, o la ley cuando ella directamente no lo establece”.

Ahora bien, es preciso resaltar que, los contratos de prestación de servicios no pueden celebrarse de manera permanente, puesto que se desnaturalizan y se tornan en mecanismos para encubrir contratos o relaciones de índole laboral.

En sentencia de 7 de febrero de 2006 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, radicación No. 26483 precisó con ponencia del Dr. GUSTAVO GNECCO MENDOZA, lo siguiente:

“El hecho de que la actora haya suscrito los contratos de prestación de servicios..., como de esa naturaleza, y no como laborales, así como que hubiera cumplido con la exigencia de pagar las pólizas requeridas por la ley 80 de 1993, que hubiera permitido la retención en la fuente y sufragado su propia seguridad social, y que hubiera aceptado que su horario de médico fuera variable, en modo alguno desvirtúa la conclusión del Tribunal de que existió una verdadera relación laboral entre las partes, con mayor razón si se tiene en cuenta que también asentó, como quedó dicho, que es prohibido celebrar ese tipo de contratos para el desempeño de funciones permanentes, razonamiento que el cargo no controvierte”.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

Ahora bien, debe acotarse que de conformidad con el Decreto 1651 de 1977 denominó a los funcionarios de la seguridad social a las personas naturales que desempeñen cargos asistenciales y administrativos distintos a los de Director General, Secretario General, y los subdirectores y Subdirectores Seccionales de la entidad, que son empleados públicos. También existían trabajadores oficiales que eran las personas que cumplen las funciones relacionadas con actividades de aseo, jardinería, electricidad, mecánica, cocina, celaduría, lavandería, costura, planchado de ropa y transporte.

Esta clasificación se mantuvo en el artículo 235 de la Ley 100 de 1993, cuando indicó que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales mantendrán el carácter de empleados de la Seguridad Social, empero, esta norma fue declarada inexecutable mediante sentencia C-579 de 1996 de 30 de octubre de 1996, es decir, a partir de dicha fecha, al ser el ISS Empresa Industrial y Comercial del Estado, la regla general es la prevista en el artículo 5 del Decreto 3135 de 1968.

Así pues, observa la Sala al estudiar el material probatorio tendiente a determinar la existencia o no de la relación laboral que, en efecto, en el presente caso lo que se surtió entre la señora **MARIA OMAIRA MERA** y el extinto **Instituto de Seguros Sociales - hoy en Colpensiones**, fue una verdadera relación laboral, surtida por un solo contrato de trabajo a término indefinido, teniendo como extremo inicial el **30-10-1996 y como final el 31-03-2015**, sin que se pueda tener como trabajador oficial el tiempo anterior, dado que tenía la condición de funcionario de la Seguridad Social, asimilable a empleado público, cuya controversia era de conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativo.

De la certificación expedida por el Gerente Seccional (E) Valle del Cauca constató que, la señora **MARIA OMAIRA MERA ROSERO**, prestó sus servicios en calidad de Auxiliar de Servicios Administrativos, en esa Seccional de conformidad con el artículo 32 numeral 3 y literal d) numeral 1 del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, con los siguientes:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

No. Contrato	Vigencia	Objeto	Dependencia
04-00-817-95	16-06-95 15-12-95	AUX SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	GERENCIA PENSIONES
04-00-297-95	15-12-95 30-02-96	AUX SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	GERENCIA PENSIONES
04-00-192-96	01-03-96 30-04-96	AUX SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	GERENCIA PENSIONES
04-00-497-96	02-05-96 30-07-96	AUX SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	GERENCIA PENSIONES
04-00-679-96	02-08-96 30-11-96	AUX SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	GERENCIA PENSIONES
04-00-960-96	02-12-96 05-03-97	AUX SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	GERENCIA PENSIONES
04-00-0249-97	06-03-97 11-04-97	AUX SERVICIOS ADMINISTRATIVOS	GERENCIA PENSIONES

Acto seguido, de la constancia expedida por el jefe del Departamento Nacional de Compensaciones y Beneficios del ISS, del 31 de marzo de 2015, se extrae que, la demandante, laboró en el I.S.S., desde el 11 de abril de 1997 hasta el 31 de marzo de 2015, desempeñando como última vinculación, la de secretaria, en una jornada de 8 horas diarias, con vinculación laboral como trabajador oficial (fl.75, 01Expediente).

Advirtiéndole la Sala que, las funciones de auxiliar de servicios administrativos son las mismas que desempeñó como secretaria, con la aclaración de que solamente se le puede dar la condición de trabajador oficial a partir de la sentencia C-579/96, ya mencionada.

Quedando claro de lo anterior que, la demandante realizaba funciones inherentes a la actividad a la que desarrollaba el Instituto de los Seguros Sociales, desprendiéndose la prestación personal del servicio, correspondiéndole a la accionada, en representación del PAR ISS, desvirtuar la presunción del artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, sin que se haya realizado.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

De igual manera, las labores desarrolladas por la actora no eran ocasionales, pues como se vio, fue una labor que desempeñó de manera continua, desde el 30/10/96 al 11-04-1997, en el Cargo de Auxiliar de Servicios Administrativos, lo que denota de paso que, el vínculo entre las partes era a término indefinido, pues, lo que se denominó prestación de servicios, tenía una proyección indefinida en el tiempo y propia de las actividades de la entidad.

Evidenciándose que, entre la relación laboral probada en esta instancia, entre el 30/10/1996 al 11-04-1997, no transcurrió ni un día, con la vinculación laboral como trabajador oficial que se efectuó a partir del 11-04-1997 al 31-03-2015, generándose la unicidad de la relación laboral.

Estima la Sala que la demandante era una trabajadora subordinada y, por ende, contaba con la calidad de trabajador oficial dada la naturaleza del Instituto demandado, ésta simple condición la hace beneficiaria de las prerrogativas convencionales que regían las relaciones laborales de la entidad accionada y sus trabajadores, en atención a la interpretación hecha por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia¹ sobre el artículo 3° de la C.C.T. para los años 2001 a 2004.

En consecuencia, contrario a lo solicitado por la entidad recurrente, se concluye que no le asiste razón a lo pretendido, confirmándose esta pretensión.

3. RETROACTIVIDAD DE CESANTÍA, CONVENCION COLECTIVA Y NORMA MÍNIMA

Ley 344 de 1996:

ARTÍCULO 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley,

¹ Radicación 35954 de 15 de mayo de 2012, M.P. Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

- a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;
- b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.
- c) <Inciso 3o. Inexequible>

Parágrafo. El régimen de cesantías contenido en el presente artículo no se aplica al personal uniformado de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

La aplicación del régimen anual de cesantía no se consolidó en un solo momento, pues, seguía existiendo bajo otras disposiciones, entre ellas el artículo 2 del Decreto 1252 de 2000 donde se indicaba que los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantías retroactivas continuarán en dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplique dicha modalidad.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, de manera indirecta ha tocado el tema de la retroactividad de la cesantía antes de Ley 344 de 1996 y la convención colectiva, en sentencia de 19 de julio de 2007, M.P. Dra. ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN:

“De ese modo, se parte del supuesto jurídico anotado por el juzgador, de ser la fecha de vinculación de la trabajadora la que determina la normatividad aplicable en materia de cesantía, sin que, en concepto del ad quem, pudiera modificarse con la ley dos años después, vale decir en 1996. Así se deduce de la consideración atinente a que “cabe advertir que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la cesantía por todo el tiempo laborado, sin que la excepción de prescripción afecte su derecho pues no debe olvidarse que la demandante se vinculó con la entidad accionada desde el 18 de mayo de 1994, siendo destinataria del Régimen de retroactividad de la Cesantía, el cual sólo fue modificado por las personas que se vincularan a órganos y entidades del Estado a través de la Ley 344 de 1996”.

“Consecuencia de lo dicho, es que el Tribunal no pudo incurrir en ninguno de los desaciertos fácticos que se atribuyen, derivados de la convención colectiva de trabajo vigente por el período 2001-2004, puesto que la previsión contenida en la cláusula 62, sobre la liquidación anual de la cesantía, ya la había regulado



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

la Ley 344 de 1996, que desechó el Tribunal, por estimar, se repite, que no se aplicaba al caso de la trabajadora vinculada en 1994”.

Encuentra la Sala que, la estipulación convencional es desfavorable para los trabajadores, va en contra del concepto de norma mínima e irrenunciable del trabajador.

Así al respecto, la sentencia SL1379-CSJ, del 04/04/2022
M.P. CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO al indicar:

Sin embargo, en reciente providencia CSJ SL1901-2021, reiterada en el fallo CSJ SL2862-2021, replanteó su criterio sobre la interpretación y aplicación del texto convencional para aquellos trabajadores oficiales que gozaban del sistema de liquidación retroactiva de la cesantía en el ISS, que no se acogieron al régimen anualizado de la Ley 50 de 1990 y se encontraban vinculados a la fecha de expedición de la Ley 344 de 1996 y del Decreto 1252 de 2000, en el sentido de considerar que no les era aplicable dicho precepto colectivo (artículo 62 de CCT), por ir en contra de los derechos mínimos irrenunciables.

En la providencia inicial se indicó:

En este orden, resulta claro que los trabajadores que tenían un régimen retroactivo, que se encontraban vinculados a la fecha de expedición de la Ley 344 de 1996, tenían la posibilidad de acogerse al nuevo régimen para hacer viable la liquidación de su cesantía en forma anualizada o continuar en el sistema retroactivo. Con la expedición del Decreto 1252 de 2000, se consignó que aquellos servidores públicos que se encontraban vinculados a 25 de mayo de 2000, conservaban el derecho a continuar con el sistema de cesantía retroactiva.

[...]

Conforme el análisis normativo que antecede, es claro que los trabajadores que se encontraban gozando del régimen de cesantía retroactiva a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, artículo 13, podían de manera voluntaria cambiarse al nuevo régimen y, posteriormente, del Decreto 1252 de 2000, en su artículo 2° dispuso de manera expresa que los servidores públicos que se encontraban vinculados a 25 de mayo de 2000, conservaban el derecho a continuar con el sistema de cesantía retroactiva.

Ahora, desde otra perspectiva, se tiene que los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales se encontraban sujetos en principio, a las reglas fijadas en la convención colectiva, pues no existe duda sobre el derecho que le asiste a sindicatos y empleadores para lograr acuerdos que regulen las condiciones de trabajo, «Al ser producto de la autonomía de la voluntad de empleadores-trabajadores y explicarse desde una filosofía contractualista, su campo de aplicación es más estrecho, pues se reduce a determinar las condiciones de empleo de sus suscriptores o de quienes por extensión les sea aplicable». (CSJ SL1240-2019).

Sin embargo, lo cierto es que para las personas que venían gozando de la cesantía retroactiva se presenta la disyuntiva de aplicar el artículo 62 de la convención que establecía un sistema de liquidación anual, el cual desconoce las normas legales vigentes sobre liquidación de cesantía, situación que impone, la aplicación de la norma legal, la cual, sin duda, es la norma que debe prevalecer pues se trata de una disposición de carácter irrenunciable y que regula el mínimo de derechos de los trabajadores oficiales en materia de cesantías.

Es así como resulta válido señalar en respuesta al problema jurídico planteado que, en el caso concreto, la negociación colectiva no podía desconocer el mínimo de derechos de sus afiliados, así se dijo en el radicado 23776 de 28 de mayo de 2005, reiterada en sentencia CSJ SL 5108 –2020. Es así como no podía el sindicato pactar con el empleador la desmejora de las condiciones legales que, en este caso les permitía a sus beneficiarios mantener el carácter retroactivo de sus cesantías.

Vistas, así las cosas, la nueva tesis que esgrime la Sala es que el congelamiento de las cesantías



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

dispuesto por la norma convencional y su liquidación anual es inaplicable ante la normativa que impone la conservación del sistema de liquidación retroactiva, contemplada en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el artículo 2° del Decreto 1252 de 2000, por la sencilla razón de que se trata de una prescripción legal que resulta irrenunciable y desconoce los derechos mínimos del trabajador. De esta forma, los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales que a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 y/o a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantía retroactiva, no les resulta aplicable el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo (resaltado fuera del texto original).

En ese orden de ideas, como la demandante se encontraba vinculada al ISS como trabajadora oficial desde el **30/10/1996** su régimen de cesantía es retroactivo, es por lo que, al quedar evidenciado que la cesantía le fue liquidada desde el **11-4-1997 al 31-03-2015** (fl. 117, 118), le asiste el derecho al pago de la diferencia de cesantía

4. PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS RECLAMADOS

Por regla general, los derechos surgidos en el curso del contrato de trabajo se van haciendo exigibles, otros, por el contrario, se hacen exigibles a la finalización del contrato de trabajo.

La cesantía y la moratoria del artículo 1 del Decreto 797 de 1949, se hacen exigibles a la finalización del contrato de trabajo; los demás derechos reclamados se hacen exigible en la medida en que se van causando.

Sobre el *Auxilio de cesantía*, en sentencia del 24 de agosto de 2010 (Rad. 34.393), sostiene la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que:

"Mientras esté vigente el contrato de trabajo, no se puede hablar de prescripción de la cesantía como derecho social", por lo que..., el conteo de la prescripción de la cesantía se inicia a partir del momento de la terminación del contrato de trabajo, "que es cuando verdaderamente se causa o se hace exigible tal prestación social, en los términos del artículo 249 del C. S. del T."

El artículo 41 del Decreto 3135 de 1968, establece:



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

"Las acciones que emanen de los derechos consagrados en este decreto prescribirán en tres (3) años, contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del empleado o trabajador ante la autoridad competente, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual"

Por su parte, el 151 del C.P.L. y de la S.S., acuerda que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres (3) años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y ratifica que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, interrumpirá la prescripción por un lapso igual.

De lo expuesto anteriormente, se tiene que éste fenómeno jurídico puede ser interrumpido, lo que implica que el término de expiración del derecho tendría que volver a contarse desde que se presenta el evento definido por la ley para tal efecto.

Teniendo en cuenta que la accionada formuló oportunamente la excepción de prescripción (fl. 32), se tiene que en este caso no se configuró, toda vez que:

- Mediante resolución del **12 de febrero de 2015**, le fue reconocida la liquidación de las prestaciones sociales, cesantías e indemnización, notificada el 13 de febrero de 2015 (fl. 121, 01Expediente)
- **El 20 de febrero de 2015**, instauró lo recurso de reposición contra en acto administrativo en mención (fl.121), resuelto en resolución del **20 de marzo de 2015**.
- **En este punto debe observarse que, el contrato de trabajo estaba vigente al momento definirse la reposición**, por lo tanto, no podemos hablar de interrupción de prescripción, pues, este fenómeno solo puede ocurrir cuando empieza a correr el término para hacerse exigible la obligación, es por lo que, si el contrato de trabajo finalizó el 31 de marzo de



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

2015, a partir de esa fecha es cuando podía la demandante interrumpir la prescripción.

- Observándose que, el **27 de marzo de 2018, época en que se encontraba corriendo el término de prescripción de 3 años y aún no se había completado**, instauró ante el Ministerio de Salud, según sello de recibido, derecho de Petición solicitando la liquidación y el retroactivo de las cesantías (fl.162); acto seguido, la entidad, remitió por competencia al PAR ISS – FIDUAGRARIA, el **25 de abril de 2018** (fl.163), con efectos de interrumpir la prescripción por una sola vez conforme a las previsiones del artículo 151 del CPTSS en armonía con el artículo 41 del decreto 3135 de 1968.
- Y, el **16 de noviembre de 2018**, se incoó la demanda, (fl.183), sin que transcurrieran los tres (3) años a que hace referencia la norma en mención, entre la fecha en que se agotó la reclamación, y, la presentación de la demanda.

Así las cosas, se revocará la sentencia de primera instancia y se condenará a la demandada a pagarle a la demandante la retroactividad de la cesantía, previa las operaciones del caso y hechos los descuentos de los pagos parciales, si lo hubiere.

Las operaciones son las siguientes:

INICIO	30/10/1996	
FIN	30/03/2015	
DIAS	6726	
SALARIO BASE	\$ 2.428.420,00	FL. 117
CESANTÍA RETROACTIVAS	\$ 45.370.980,00	
	PAGADAS	RELIQUIDADAS
CESANTÍAS		\$ 45.370.980,00
ANTICIPOS (-)	\$ 13.440.979,00	\$ 13.440.979,00
TOTAL PAGADO EN RESOLUCIÓN	\$ 18.921.756,00	\$ 31.930.001,00
DIFERENCIA CESANTIA	\$ 13.008.245,00	



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

No hay lugar a indemnización moratoria, por cuanto la entidad demandada se encuentra liquidada, existiendo imposibilidad de pagar de manera voluntaria, empero, en su lugar, se debe imponer la indexación a efectos de evitar el deterioro de la moneda producto de la inflación.

Costas en ambas instancias a cargo de LA SOCIEDAD FIDUCIARIA FIDUAGRARIA ENTIDAD ADMINISTRADORA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Agencias en derecho en segunda instancia la suma de \$1.500.000. Las de primera instancia las tasaré el a quo, lo anterior de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 365 del C.G.P.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia apelada No. 021 del 8 de marzo de 2022, proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar, declarar infundada la excepción de prescripción formulada por **EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTE DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN PAR ISS, representado por la SOCIEDAD FIDUCIARIA FIDUAGRARIA. CONDENAR** al referido demandado a pagarle debidamente indexada al momento del pago la suma de **\$13.008.245,00**, por concepto de diferencia de cesantía conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia apelada en el sentido de DECLARAR una relación laboral entre MARÍA OMAIRA MERA ROSERO Y EL Instituto de Seguros Sociales, el cual estuvo mediado por un contrato de trabajo entre el 30 de octubre de 1996 y el 31 de marzo de 2015. CONFIRMAR la sentencia en lo demás.



TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI
SALA LABORAL

Ref. Ord. MARIA OMAIRA MERA
C/ PAR ISS
Rad. 006 – 2018 – 00557 – 01

TERCERO: REVOCAR el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia apelada y consultada, y en su lugar, **CONDENAR COSTAS** en ambas instancias a cargo de la parte demandada **EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTE DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN PAR ISS**, representado por la **SOCIEDAD FIDUCIARIA FIDUAGRARIA**. Las de primera instancia se liquidarán por el a quo. Agencias en derecho en segunda instancia la suma de \$1.500.000.oo.

CUARTO: A partir del día siguiente a la desfijación del edicto virtual, comenzará a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar. En caso de no interponerse recurso de casación por las partes en la oportunidad legal, por Secretaría, devuélvase el expediente al juzgado de origen

NOTIFÍQUESE POR EDICTO VIRTUAL

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ
Magistrado Ponente

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA
Magistrado Sala

Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada Sala

Firmado Por:
Carlos Alberto Oliver Gale
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 005 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **c64d06ecb0ce25a0ba07d7588982ee28742618a3d4007384f8f02ffdf7df34f**

Documento generado en 28/03/2023 10:39:12 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>