

TEMA: / CÁLCULO ACTUARIAL - es para validar los tiempos prestados por los trabajadores que no fueron afiliados, sea por omisión del empleador, falta de cobertura del ISS o cualquier otro ente de previsión. / **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** - la prescripción de tres años establecida en las normas laborales se encuentra configurada parcialmente frente a aquellos derechos causados con anterioridad al 23 de mayo del año 2014. /

HECHOS: La acción judicial está dirigida a que se condene al ISS en liquidación al pago del cálculo actuarial por la no afiliación al sistema general de pensiones, consecuente a ello a Colpensiones recibir los aportes y validarlos en la Historia Laboral, se ordene el reconocimiento y pago de la Prima de Navidad debidamente indexada, al reajuste del auxilio de alimentación y transporte como auxiliar de servicios administrativos grado 12, debidamente indexados, por último, al pago del reajuste de cesantías retroactivas. En primera instancia se absolvió a la acciona de las pretensiones incoadas, y se declaró probada la excepción de cosa Juzgada en lo relativo al cálculo actuarial por la no afiliación al sistema de seguridad social en pensiones. Le corresponde a la Sala determinar en virtud del recurso de apelación si es procedente o no ordenar el pago del cálculo actuarial correspondiente al tiempo que el demandante laboró ante la accionada, si se adeuda la prima de navidad a favor el actor, la reliquidación del auxilio de alimentación y transporte, debidamente indexado para cada año, y los intereses a las cesantías de manera retroactiva.

TESIS: (...) CSJ SL 4328 de 2021 es la “«puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquél». (...) SL3694-2021. “cálculo actuarial”, dicha figura se ha establecido efectiva por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para validar los tiempos prestados por los trabajadores que no fueron afiliados, sea por omisión del empleador, falta de cobertura del ISS o cualquier otro ente de previsión. (...) Sentencia SL 35952 de 2012 advirtió sobre la incompatibilidad entre la prima de servicios prevista en el artículo 50 convencional, con la legal del artículo 51 ya referenciada, indicando que: “(...) para que se produzca la incompatibilidad entre la prima de navidad prevista por el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969 y otros derechos prestacionales laborales se exige: 1º) que el servidor público perciba otra clase de primas de naturaleza extralegal, esto es, originadas en convención, pactos, laudo arbitral o reglamento interno de trabajo, 2º) que esas prestaciones de referencia tengan carácter anual; 3º) que su cuantía sea igual o superior al de la prima de navidad, pues si fuere inferior su valor será equivalente al de la diferencia entre una y otra; y 4º) que no se hubiere mejorado dicha regla por la convención, el pacto, el laudo o el reglamento interno de trabajo, por cuanto en tal caso, por mejorarse el mínimo legal, prevalecerá la disposición extralegal.” (...) SL 593-2021, indicó que no se trata de una exclusión del pago de la prima de navidad, pues de la lectura de la norma “se advierte que dicha excepción solamente aplica en caso de que el beneficiario tenga derecho a primas anuales de cuantía igual o superior por virtud de pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales o reglamentos internos que sean similares, dejando sin fundamento el recurso de alzada elevado por el Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS Liquidado”. (...) (...) SL 2589-2022, donde se indicó: “(...) Auxilio de alimentación y de transporte: Contrario a lo señalado por la actora en la apelación, la juez no desconoció el carácter convencional de estos auxilios, solo que consideró que, para su cálculo, era necesario conocer los valores reconocidos por estos conceptos a los trabajadores oficiales de planta del ISS en el año 2001, hecho que no estaba demostrado y que imposibilitaba acceder a esta pretensión. Tal consideración no es cuestionada en la alzada, y en todo caso, resulta acertada, pues esta

corporación ya ha precisado que para aplicar estos auxilios contemplados en los artículos 53 y 54 convencionales, es necesario conocer el monto que echó de menos la juzgadora. Así se indicó en decisión CSJ SL 22 feb. 2011, rad. 35666: “De acuerdo con los artículos 53 y 54 de la convención colectiva de trabajo el Instituto de Seguros Sociales reconocerá a todos los trabajadores oficiales dichos auxilios “equivalente al valor que paga a 31 de diciembre de 2001 incrementado para cada uno de los años de vigencia (...) en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior”; empero no se encuentra acreditado el valor correspondiente que el demandado venía reconociendo por estos conceptos a 31 de diciembre de 2001. En consecuencia, se absolverá de estos auxilios (...)” (...) (...) Ley 344 de 1996. El artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo frente a este concepto dispuso lo siguiente: “A partir del primero de enero de 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por diez (10) años. El Instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, las cesantías de la totalidad de los trabajadores, y liquidará sobre dicho monto intereses en cuantía del doce por ciento (12%) anual correspondientes al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 2002. A 31 de diciembre del año 2002 y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anula por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente. Sobre el monto de las cesantías liquidadas al 31 de diciembre de 2001, el Instituto reconocerá a partir del año 2002, intereses equivalentes al 15% anual (...)” (...) (...) SL 3823 de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuso que, el alcance de la norma convencional no era otro que, “una regla temporal que reguló el régimen para calcular las cesantías, según la cual, todas aquellas causadas a 31 de diciembre de 2001 se liquidaban y pagaban de manera retroactiva con un interés anual del 12%; y las generadas del 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2011 debían calcularse anualmente en virtud del congelamiento del régimen de retroactividad durante ese lapso, es decir, por diez años. Luego, una vez vencido el mencionado plazo, la prestación, nuevamente, debía liquidarse con base en el régimen de retroactividad”. (...) Finalmente, se revoca sentencia de primera instancia condenando al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales Liquidado PAR ISS, a realizar el pago de los aportes en pensión a favor del demandante y ante Colpensiones, con los intereses que la entidad de seguridad social liquide, se condena a Colpensiones a recibir el pago de los aportes en mora e incorporarlos en la historia laboral del demandante, se condena al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales Liquidado PAR ISS, a liquidar y pagar al demandante las primas de navidad y proporcional hasta la terminación del vínculo laboral, cuyo pago deberá ser indexado, también a liquidar y pagar al demandante el reajuste del auxilio de alimentación hasta el momento en que feneció la relación laboral, de la manera en que lo ordena la cláusula convencional, se declara parcialmente probada la excepción de prescripción interpuesta por la accionada de la manera en que se explicó en la parte motiva, y no probadas las demás excepciones propuestas, y se confirma la sentencia de primera instancia respecto a las demás absoluciones.

M.P: JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

FECHA: 05/04/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN



SALA LABORAL

Medellín, cinco (5) de abril de dos mil veinticuatro (2024)

AUTO

Con el fin de llevar la representación de la parte accionada Colpensiones, se reconoce personería a la doctora Leidy Verónica González López portadora de la Tarjeta Profesional Número 196.444 del Consejo Superior de la Judicatura, conforma a la documentación allegada al plenario para el efecto.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez quien actúa como ponente, John Jairo Acosta Pérez y Francisco Arango Torres, procede a dictar sentencia de segundo grado, dentro del proceso ordinario radicado con el número 05001310500820140138201, promovido por el

señor **ADRIÁN ALBERTO BERRIO MESA**, en contra de **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES PAR ISS y COLPENSIONES**, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...” se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número , previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

ANTECEDENTES

Mediante acción judicial, el señor Berrio Mejía solicitó se condene al ISS en liquidación al pago del cálculo actuarial por la no afiliación al sistema general de pensiones por el período laborado entre el 30 de octubre de 1997 y el 30 de noviembre del año 2002, consecuente a ello a Colpensiones recibir los aportes y validarlos en la Historia Laboral. Peticionó también se ordene el reconocimiento y pago de la Prima de Navidad debidamente indexada, desde el año 2002, en adelante o en tiempo inferior de prosperar la prescripción, al reajuste del auxilio de alimentación y transporte como auxiliar de servicios administrativos grado 12, debidamente indexados, por último, al pago del reajuste de cesantías retroactivas del año 2014.

Como fundamento de lo pretendido expuso, que de manera previa interpuso acción judicial en contra del ISS con el fin que se reconociera la existencia de relación laboral, proceso que se tramitó ante el Juzgado Laboral del Circuito de Bello en donde se ordenó el reintegro a la entidad, así como el reconocimiento y pago de las prestaciones sociales dejadas de percibir desde el despido. Una vez cumplido el reintegro ordenado, verificó que en la historia laboral no reposan los periodos de cotización del 30 de octubre de 1997 hasta el 30 de noviembre de 2002, estando dicha obligación en cabeza del empleador. Expuso, que, el Decreto 3148 de 1968 y el artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 y 51 del Decreto 1848 de 1969 consagraron la prima de navidad, prestación que, se ordenó reconocerse en Resolución 2347 de 2006 solo hasta el reintegro de la entidad, y que indica tener derecho a futuro, en consideración al cargo que ostentaba, conforme a los parámetros del artículo 33 del Decreto 1045 de 1978 y de acuerdo al pliego convencional. Adujo, que el auxilio de alimentación y transporte no se ha cancelado de acuerdo al cargo desempeñado. Finalmente, que para el año 2013 la accionada en atención al régimen retroactivo de cesantías realizó la liquidación de éstas, pero para el año 2014 de manera injustificada, lo hizo sobre el saldo anualizado, con lo que debe realizar el doble pago de los intereses de las cesantías del año 2014.

Admitida la demanda, y notificadas las pasivas, estas dieron respuesta al líbelo gestor, oponiéndose a las pretensiones elevadas.

En sentencia del 6 de febrero del año dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, absolvió a la acciona de las pretensiones incoadas, y declaró probada la excepción de cosa Juzgada en lo relativo al cálculo actuarial

por la no afiliación al sistema de seguridad social en pensiones. Condenó al demandante a costas del proceso.

Como fundamento de lo anterior, expuso existir cosa juzgada entre la pretensión de la solicitud de los aportes en seguridad social con el proceso que fue tramitado en el Juzgado Laboral de Bello. Explicó que, la convención colectiva es el único medio probatorio para probar la voluntad de las partes que la cláusula convencional era eficaz y aplicable, por lo que, además debía aplicarse el artículo 62 convencional que dice que deberá tenerse en cuenta las cesantías consolidadas hasta el año 2001 y de ahí en adelante se adoptaría el sistema de liquidación anual, sin que sea necesario que se efectuó cambio alguno. Igualmente, expuso que la validez de la convención no puede ser sólo para unos efectos, sino de manera total. En cuanto a la prima de navidad, estimó era incompatible con la prima de servicios que se encuentra en la convención colectiva de trabajo, absolviendo de dicha pretensión. Finalmente, sobre los auxilios de alimentación y transporte, adujo que, se pagó la liquidación definitiva de prestaciones sociales al actor con esos valores a corte de 30 de septiembre de 2012, sin que, se pruebe que se adeuda suma alguna por ese valor.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de alzada, fundamentado, en que se solicitó el reconocimiento del cálculo actuarial por el tiempo comprendido entre el 30 de octubre de 1997 y 30 de noviembre de 2002, pues si bien se cursó un proceso en el juzgado Laboral de Bello, y se ordenó la compensación de los valores en la sentencia, a su sentir, es diferente una compensación de los dineros pagados por el trabajador por el tiempo a lo que el empleador debió cancelar por éstos, situación que no fue resuelta en el proceso de reintegro. Sobre la prima de navidad

peticionada, el Juzgado que conoció de manera previa había reconocido dicho derecho y ordenó su pago, en tanto, solicita se tenga en cuenta que, el artículo 11 del decreto 3135 del 1968 consagró el beneficio económico, y la cláusula convencional lo estipuló de manera adicional a las legales, siendo precisamente la finalidad de la convención colectiva plasmar derechos que no fueron consagrados legalmente. Si bien al demandante se le había reconocido esta prima desde el momento mismo de su reintegro, tiene derecho hasta la terminación de la relación laboral que se dio el 31 de marzo del año 2015. En cuanto al pago del auxilio de alimentación y transporte bajo el cargo de servicios administrativos grado 12, estos valores no le fueron reajustados de la manera en que indica el artículo 53 convencional, pues se debe reconocerse desde 31 de octubre del año 2001 incrementado con el IPC de cada año, cuyo cálculo es meramente aritmético, situación que se compadece con la petición de las cesantías solicitada, pues hace parte de beneficios que son irrenunciables y en tal sentido, la cláusula 62 carece de validez, por desconocer el derecho legal de cesantías y sus intereses causados, y si bien esa convención sólo estuvo vigente hasta el 31 de diciembre del año 2011, desde el año 2012 la liquidación de cesantías y hasta el año de terminación del contrato, fueron deducidos sin justificación y calculadas de manera anualizada, cuando las cesantías, como derecho sólo se causan a la terminación del contrato de trabajo que fue en el año 2015 y por ende, debió realizarse la liquidación de manera retroactiva con toda la antigüedad del actor en la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Colpensiones allego escrito de alegaciones indicando en resumen, que el aquí demandante presenta retiro al sistema desde el diciembre del año 1995, y desde el periodo de marzo del año 1998 se afilió como trabajador independiente, y si lo

pretendido es el reconocimiento de la relación laboral, hay lugar a una falta de legitimación en la causa por pasiva para hacer pronunciamiento alguno, ya que de acuerdo al artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, sólo es administradora del régimen con lo que ni siquiera podría dar formula conciliatoria alguna, pues insiste, es el empleador quien tiene que, realizar las cotizaciones a las que haya lugar. Argumentó en que el cobro coactivo procede sólo cuando existe una deuda expresa por parte del empleador a favor de la administradora de pensiones, lo que no existió, pues en el caso de marras, no hubo ingreso del empleador al sistema. Por tanto, solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

La parte demandante, expuso en sus alegaciones, que, en el proceso tramitado ante el Juzgado Laboral de Bello, se ordenó la el pago de las prestaciones dejadas de pagar, así como también la compensación de los valores que el señor Adrián Alberto Berrio Mejía de manera independiente cotizó durante el tiempo que en el Instituto de Seguiros Sociales dejó realizar el pago de los aportes debidos, esto, entre el 30 de octubre de 1997 hasta el 30 de noviembre de 2002; empero, lo pretendido en este proceso, es precisamente el pago del cálculo actuarial correspondientes al tiempo en que se dio la relación laboral, que, debieron haber sido cancelados por el empleador sin que así fuese, pues al no existir discusión sobre los extremos temporales de la relación laboral, se debe ordenar el pago por el tiempo en que el empleador no lo realizó, ya que en el tema específico de: “calculo actuarial” no ha habido pronunciamiento alguno, y por ende, dichos periodos no han sido cancelados. Adujo, que no existe respecto a ese tema, identidad de partes, objeto, ni *causa pretendi*, pues lo ordenado en la sentencia, fue única y exclusivamente, el reconocimiento a título de devolución o compensación de los aportes realizados directamente por el trabajador al sistema pensional,

05001310500820140138201

devolución que en efecto fue otorgada, con lo que aún figura sin pago los periodos del 30 de octubre de 1997 al 30 de noviembre de 2002.

Sobre la prima de navidad, narró que en sentencias 42546 de 20 de febrero de 2012 y SL 593 de 2021 la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, consideró que: *“para que se exima a un trabajador oficial de la prima de Navidad legal, es menester que se demuestre que tenía “derecho a primas anuales de cuantía igual o superior cualquiera sea su denominación”, consagradas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos internos de trabajo. “; por ello, no es excluyente con la prima establecida en el artículo 50 de la convención colectiva, pues deben reconocerse por lo menos las causadas con posterioridad al Decreto 853 de 2012.*

Respecto al auxilio de transporte y auxilio de alimentación, indicó que el actor no recibe estos beneficios de acuerdo a la convención, pues no se realizó el incremento del IPC como lo exponen los artículos 53 y 54 convencionales.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico de esta instancia, conforme al recurso interpuesto, consiste en determinar si es procedente o no ordenar el pago del cálculo actuarial correspondiente al tiempo que el demandante laboró ante la accionada, es decir, desde el 30 de octubre de 1997 y el 30 de noviembre de 2002, si se adeuda la prima de navidad a favor el actor, la reliquidación del auxilio de alimentación y transporte, debidamente indexado para cada año, y los intereses a las cesantías de manera retroactiva desde el año 2014.

CONSIDERACIONES

El artículo 164 del Código General del Proceso establece que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Por su parte, el artículo 167 ibídem consagra el principio de la carga de la prueba que se explica afirmando que al actor le corresponde demostrar los supuestos fácticos en los cuales funda su pretensión y al demandado los hechos en que finca la excepción.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en diversas oportunidades sobre el principio universal de la carga probatoria, y ha explicado con claridad, que quien afirma una cosa está obligado a probarla. Es, así pues, como quien pretende o demanda un derecho debe alegarlo; y adicionalmente, debe demostrar los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba al demandado cuando éste se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado. (Sentencia de 5 de agosto de 2009, Expediente 36.549).

En el presente proceso, es claro, que el señor Adrián Alberto Berrio Mejía interpuso de manera previa acción judicial en contra de quien consideraba su empleador, INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, en donde, peticionó:

“DECLARACIONES Y CONDENAS

Principales

1°) *Que con cada uno de los demandantes tuvo una relación laboral subordinada el Instituto de Seguros Sociales, por el tiempo indicado y en los cargos señalados en los sustentos fácticos.*

2°) *Que el Instituto de Seguros Sociales dio por terminado el vínculo laboral con cada uno de los demandantes en forma ilegal e injusta.*

3°) *Que como consecuencia de la anterior declaración y de conformidad con el artículo 5° de la Convención Colectiva suscrita por el ISS con el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004, deberán los demandantes ser reintegrados a sus cargos en las mismas condiciones de empleo, con el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de devengar desde la desvinculación hasta el efectivo reintegro al puesto de trabajo, entendiéndose para todos los efectos sin solución de continuidad la relación laboral con cada uno de los actores.*

4°) *Que igualmente debe pagar el Instituto de Seguros Sociales, lo adeudado hasta la fecha de desvinculación por los siguientes conceptos: vacaciones, primas de navidad, de servicio, de vacaciones, incrementos salariales convencionales, bonificación por firma de la convención, auxilio de alimentación. Tiempo extra diurno y nocturno, trabajo dominical y festivo y valores asumidos por los demandantes por conceptos de seguridad social en lo que le correspondería legalmente al empleador. Todos estos valores deberán ser indexados.*

Subsidiariamente se dispondrá:

1°) *De no prosperar el reintegro al cargo, el pago de la indemnización por despido injusto en los términos convencionales debidamente indexada para cada uno de los demandantes.*

2°) *el pago de lo adeudado por todo el tiempo servicio para cada uno de los demandantes por los conceptos siguientes.*

Cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, primas de navidad, de servicio, vacaciones, incrementos salariales convencionales, bonificación por la firma de la convención, auxilio de alimentación, tiempo extra diurno y nocturno, trabajo dominical y festivo, y valores asumidos por los demandantes por aportes en seguridad social en lo que correspondería legalmente al empleador.

05001310500820140138201

3°) *Que se ordene al pago de la indemnización por mora en el pago de lo debido por concepto de prestaciones sociales e indemnizaciones, a la terminación de los contratos de trabajo con los demandantes.*

4 |) *Se condenará en costas a la entidad demandada bien sea prosperen las peticiones principales o las subsidiarias”.*

En sentencia del 16 de febrero del año 2004, el Juzgado Laboral del Circuito de Bello, resolvió reintegrar a los demandantes desde el 30 de noviembre del año 2002 y:

“Condenase al Instituto de Seguros Sociales, a reconocer, pagar y reajustar los siguientes conceptos y valores al señor ADRIÁN ALBERTO BERRIO MEJÍA: vacaciones \$1.749.636.00; prima de vacaciones \$2.430.050.00; prima de servicios \$2.984.265.00 prima de navidad \$3.016.140.00; prima de alimentación \$1.630.217.00; aportes en salud \$1.913621.00; aportes pensiones \$156.375; indexación \$1.356.080.88”.

El 16 de abril del año 2004 la Sala Séptima de Decisión Laboral, dirimió el recurso de alzada interpuesto en contra de la anterior decisión indicando:

“CONFIRMA la sentencia objeto de apelación, de fecha y procedencia conocidas, incluido lo relativo a costas, ADICIONÁNDOLA en el sentido de que la orden de reintegro dada conlleva el pago de las prestaciones sociales legales y extralegales dejadas de recibir”.

Bajo en entendido del proceso que cursó con antelación, es imperativo proceder con la siguiente explicación:

El artículo 77 del C. P. T. y de la S.S., y el 303 del Código General del Proceso, aplicable al Procedimiento Laboral, señalan la procedencia de la cosa juzgada cuando confluyen los siguientes elementos:

- Cuando se presenta un nuevo proceso entre las **mismas partes**. Es decir, en ambos procesos, los extremos activos y pasivos son los mismos.
- Cuando existe igual **objeto**: La Sala de Casación Civil en la sentencia STC 18789 de 2017 explicó la identidad de objeto, a partir del entendimiento de ser el objeto de la pretensión el derecho reclamado y el bien jurídico perseguido. Enunció así:

“En el ámbito de la cosa juzgada, cuando la ley habla de identidad de objeto, indica que en el nuevo proceso se controvierta sobre el equivalente bien jurídico disputado en el litigio anterior. Por consiguiente, y en relación con el quid, responde al interrogante de sobre qué se litiga.

La coincidencia, en torno a esta cuestión, debe buscarse principalmente en el ruego genitor, en el conjunto y en el contenido real de los hechos propuestos como generadores de situaciones jurídicas concretas comparando el libelo o causa inicial, con la nueva demanda y cuya protección se solicita del Estado.

El criterio cardinal para determinar la configuración de la eadem res, en forma sostenida e invariable lo ha precisado esta Corte, se cifra en lo siguiente:

“Siempre que por razón de la diferencia de magnitud entre el objeto juzgado y el del nuevo pleito se haga oscura la identidad de ambos, ésta se averigua por medio del siguiente análisis: si el juez al estatuir sobre el objeto de la demanda, contradice una decisión anterior, estimando un derecho negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente, se realiza la identidad de objetos. No así en el caso contrario, ósea cuando el resultado del análisis dicho es negativo”».

- Cuando existe idéntica **causa**: La causa es la razón por la cual se demanda, los motivos que se tienen para pedir al Estado determinada sentencia. Esos motivos, por disposición del artículo 25 del Código Procesal del Trabajo,

deben aparecer expresados en toda la demanda, y surgen de los hechos de la demanda, por cuanto del análisis de ellos es como se puede saber si en verdad existe identidad de causa.

Los citados presupuestos han sido objeto de análisis en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicado 34878 del 17 de octubre de 2008, 34929 del 12 de noviembre de 2008, SL 1193 radicado No 48073 del 11 de febrero de 2015 y SL 1686 de 2017 radicación número 49784 del 1 de febrero de 2017, entre otras.

Contrario a los alegatos de conclusión allegados por Colpensiones, en el presente asunto **no se debate la existencia de una relación laboral**, pues es claro que el actor de manera anterior, presentó tal petición ante la judicatura, solicitando incluso su reintegro a la entidad, pretensión que salió avante, por lo cual, mediante Resolución 2347 del año 2006, se reintegró al cargo de auxiliar de servicios asistenciales, Grado 12. Sin embargo, no encuentra este cuerpo colegiado la identidad de objeto que expuso la *a quo*, frente a la pretensión de pago de aportes a seguridad social, pues de la simple lectura de las pretensiones del proceso tramitado ante el Juzgado Laboral de Bello, se colige que se solicitó la devolución de los valores pagados por pensión, que correspondieron a 21.43 semanas cotizadas por el demandante en calidad de trabajador independiente, como se observa en la historia laboral aportada con la demanda, entendiéndose que, ante la compensación de dichos valores, que por demás corresponden al pago entre 1/07/2002 y 30/11/2002, se entiende suplida la obligación de quien funge como empleador, pues precisamente el aporte en pensión es consecuencia de la actividad laboral. Ahora, el periodo comprendido entre 30 de octubre de 1997 y el 29 de noviembre del año 2002, en el que, estuvo viva la relación contractual, y en donde

05001310500820140138201

no se observa cotización alguna realizada ni por el demandante ni por el empleador ISS, no fue objeto de pronunciamiento alguno en sentencia.

Si bien en sentencia de segunda instancia se adicionó el pago de las prestaciones sociales y extralegales dejadas de recibir, se debe aclarar que, los aportes en pensión no tienen la connotación de prestación social, pues si bien son a favor de éste (el trabajador), son una obligación legal que nace para la asunción de los riesgos que cubren las entidades correspondientes al régimen que se elija, en ese caso Colpensiones por encontrarse el señor Berrio Mejía en el Régimen de Prima Media, y encaminado al cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, sin que, se repite, se hubiere hecho pronunciamiento sobre éstos en proceso anterior, 0508831050012003012101. Por tanto, es preciso resolver ello, pues le asiste razón a la censura, sobre la improcedencia de la cosa juzgada, ante la ausencia de identidad de objeto y causa entre ambos procesos.

Entendido que el demandante en efecto laboró al servicio del Instituto de Seguros Sociales entre el 30 de octubre de 1997 y el 30 de noviembre del año 2002, y teniendo en cuenta que el demandante suplió las cotizaciones en calidad de trabajador independiente entre 1/07/2002 y 30/11/2002, valores que fueron devueltos en sentencia por ser obligación del empleador, es oportuno recordar que la cotización es un deber que surge de ser parte del sistema de seguridad social y se origina al realizar una actividad laboral o económica. No obstante, para que esta obligación se presente, es necesario que el trabajador esté afiliado pues como lo explicó la sentencia CSJ SL 4328 de 2021 es la “*puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquél*”.

05001310500820140138201

Si bien en el escrito de demanda se solicita: “*cálculo actuarial*”, dicha figura se ha establecido efectiva por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para validar los tiempos prestados por los trabajadores que **no fueron afiliados**, sea por omisión del empleador, falta de cobertura del ISS o cualquier otro ente de previsión (CSJ: SL4334-2019, SL197-2019, SL1356-2019, SL1140-2020, SL2584-2020, SL2879-2020 y SL3694-2021) y este, no es el caso, pues de manera posterior, el demandante fue afiliado por el ISS empleador, quien efectuó las cotizaciones por el tiempo en que continuó la relación contractual. En virtud de ello, corresponde ordenar el pago de los periodos en mora, los que son: desde el 30 de octubre del año 1997 y el 30 de junio del año 2002, a favor del demandante y ante Colpensiones, con los intereses del Artículo 23 de la Ley 100 de 1993 que la entidad de seguridad social liquide.

Se ordenará, por ende, a Colpensiones a recibir el pago correspondiente y a incorporarlos en la historia laboral del actor.

Sobre el tiempo correspondiente a 1 de julio de 2002 y 30 de noviembre de 2002, no se ordenará pago alguno, en razón, se reitera, de haberse realizado el mismo por el demandante como trabajador independiente, se ordenó su devolución, cumpliéndose con el objeto de la cotización que no es otra, que amparar al trabajador por los riesgos de I.V.M. en el transcurso de la relación laboral, y la construcción del futuro pensional.

PRIMA DE NAVIDAD.

En el proceso tramitado con antelación al presente y bajo el radicado 05088310500120030012101, del que ya se ha hecho referencia, se ordenó el pago de la prima de navidad a favor del actor, liquidándose en sentencia hasta el año 2002, que fue cancelada en Resolución 2347 de 5 de junio del año 2006 aportada al proceso, solicitándose ahora el tiempo posterior.

Es preciso tener en cuenta, que el parágrafo 1° del artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el artículo 1° del Decreto 3148 de 1968, excluye del derecho a la prima de navidad a los empleados públicos y trabajadores oficiales que presten sus servicios en establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, que por virtud de pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales y reglamentos internos de trabajo tengan derecho a primas anuales de cuantía igual o superior, cualquiera sea su denominación.

Ahora, los artículos 47 y 50 de la Convención Colectiva celebrada entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL, SINTRASEGURIDAD SOCIAL, que reposa en el proceso, establecen la prima de servicio, semestral teniéndose derecho así:

“En adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos (2) primas de servicio...”

Al tratarse la prima de navidad de una prima legal que expresamente no fue excluida por la Convención Colectiva de Trabajo, sino que, por el contrario, en la norma citada, se recalcó que se tenía derecho a la prima de servicios, en **adición** a la legal, la Honorable CSJ en **sentencia SL 35952 de 2012** advirtió sobre la incompatibilidad entre la prima de servicios prevista en el artículo 50 convencional, con la legal del artículo 51 ya referenciada, indicando que:

“(…) para que se produzca la incompatibilidad entre la prima de navidad prevista por el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969 y otros derechos prestacionales laborales se exige: 1º) que el servidor público perciba otra clase de primas de naturaleza extralegal, esto es, originadas en convención, pactos, laudo arbitral o reglamento interno de trabajo, 2º) que esas prestaciones de referencia tengan carácter anual; 3º) que su cuantía sea igual o superior al de la prima de navidad, pues si fuere inferior su valor será equivalente al de la diferencia entre una y otra; y 4º) que no se hubiere mejorado dicha regla por la convención, el pacto, el laudo o el reglamento interno de trabajo, por cuanto en tal caso, por mejorarse el mínimo legal, prevalecerá la disposición extralegal.” (Subrayas propias)

Ahora, la Alta Corporación en Sentencia SL 593-2021, indicó que no se trata de una exclusión del pago de la prima de navidad, pues de la lectura de la norma “*se advierte que dicha excepción solamente aplica en caso de que el beneficiario tenga derecho a primas anuales de cuantía igual o superior por virtud de pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales o reglamentos internos que sean similares, dejando sin fundamento el recurso de alzada elevado por el Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS Liquidado*”.

Así las cosas, le asiste razón al apoderado de la parte demandante en cuanto solicita el reconocimiento de la prima de navidad, ya que en el plenario no se observa recibiera una prima extralegal similar, que su cuantía fuera igual o superior al de la

prima de navidad; Por lo tanto, considera la Sala, en su calidad de trabajadora oficial del extinto ISS tiene derecho a recibir el pago de la prima de navidad, equivalente a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado al 30 de noviembre de cada año o proporcional al tiempo laborado.

Advierte, asimismo, la Sala, que en este caso la prescripción de tres años establecida en las normas laborales (artículos 488 del CST y 151 CPTSS) se encuentra configurada parcialmente frente a aquellos derechos causados con anterioridad al 23 de mayo del año 2014, fecha de la reclamación administrativa, en la medida que la demanda Ordinaria laboral fue interpuesta según sello de la oficina judicial el 30 de septiembre del año 2014, causándose las primas de navidad de noviembre de 2011, 2012, 2013, 2014 y hasta la terminación del vínculo laboral de manera proporcional, pues si bien la entidad finalizó su vida jurídica el 31 de marzo del año 2015, se desconoce con certeza en el proceso la fecha en la cual, culminó la relación laboral con el actor. En atención a ello, recaerá sobre la pasiva, la obligación de la liquidación y pago de dicho rubro a favor del demandante, cuyo pago deberá ser indexado desde la exigibilidad y hasta el pago efectivo de cara a lo establecido en la sentencia SL 359 de 2021.

En atención a lo anterior, se declarará parcialmente probada la excepción de prescripción.

Reajuste de los auxilios de alimentación y de transporte.

Sea lo primero indicar que los artículos 53 y 54 de la Convención Colectiva 2001 - 2004, establecen lo siguiente:

“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 1 enero de 2002 al 31 de diciembre de 2004, un auxilio de transporte equivalente al valor que paga a 31 de diciembre de 2001 incrementado para cada uno de los años de vigencia de la Convención en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior.

Así mismo se les reconocerá el valor del transporte, a los Trabajadores que en desempeño de sus funciones deban desplazarse a ciudad o municipio distinto de su sede habitual sin comisión de servicios.

El Instituto continuará reconociendo y pagando lo estipulado en la resolución No.2191 de mayo 9 de 1991.

PARÁGRAFO 1. Los Trabajadores Oficiales que deban hacer uso del servicio de transporte en los sitios en donde el Instituto suministre este servicio, no tendrán derecho al auxilio en la cuantía estipulada en el presente artículo.

PARAGRAFO 2. El INSTITUTO se compromete a reconocer y garantizar el valor del transporte a los médicos que en el desempeño de sus funciones deban desplazarse a un municipio distinto al de su sede habitual de trabajo.”

“ARTICULO 54. AUXILIO DE ALIMENTACIÓN

El Instituto reconocerá y pagará en todo el país a los Trabajadores Oficiales que desempeñen los cargos de Ayudantes, Auxiliares, Secretarias, Conductores, Porteros y Técnicos hasta Grado 20, beneficiarios de esta Convención, para la vigencia del 1 de enero del año 2002 al 31 de diciembre del año 2002, un auxilio de alimentación equivalente al valor que paga a 31 de diciembre de 2001 incrementado para cada uno de los años de vigencia de la Convención en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior.

Los Trabajadores Oficiales cuya vinculación sea de seis (6) o más horas que laboren en clínicas, en el área Asistencial, de Servicios Generales y como Auxiliares (Recepcionistas), tendrán derecho a que el Instituto les suministre, con una frecuencia habitual, la alimentación gratuita durante su jornada de trabajo. En este caso no se pagará el auxilio monetario a que hace referencia el inciso anterior.

Los Trabajadores beneficiarios del servicio de alimentación, que, por prescripción médica y evaluación nutricional por parte del Instituto, requieran de dietas especiales de alimentación, el Instituto las concederá.”

Es importante señalar que los artículos en precedencia señalan:

- Auxilio de transporte

“para la vigencia del 1 enero de 2002 al 31 de diciembre de 2004, un auxilio de transporte equivalente al valor que paga a 31 de diciembre de 2001 incrementado para cada uno de los años de vigencia de la Convención en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior.”

- Auxilio de alimentación

“El Instituto reconocerá y pagará en todo el país a los Trabajadores Oficiales que desempeñen los cargos de Ayudantes, Auxiliares, Secretarias, Conductores, Porteros y Técnicos hasta Grado 20, beneficiarios de esta Convención, para la vigencia del 1 de enero del año 2002 al 31 de diciembre del año 2002, un auxilio de alimentación equivalente al valor que paga a 31 de diciembre de 2001 incrementado para cada uno de los años de vigencia de la Convención en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior.”

Respecto al auxilio de transporte, no reposa en la foliatura, el valor que se ordenó pagar a 31 de diciembre del año 2001, lo cual, es imperativo para poder reconocer la reliquidación de estos, pues así se infirió en sentencia SL 2589-2022, donde se indicó:

“(...) Auxilio de alimentación y de transporte: Contrario a lo señalado por la actora en la apelación, la juez no desconoció el carácter convencional de estos auxilios, solo que consideró que, para su cálculo, era necesario conocer los valores reconocidos por estos conceptos a los trabajadores oficiales de planta del ISS en el año 2001, hecho que no estaba demostrado y que imposibilitaba acceder a esta pretensión. Tal consideración no es cuestionada en la alzada, y en todo caso, resulta acertada, pues esta corporación ya ha precisado que para aplicar estos auxilios contemplados en los artículos 53 y 54 convencionales, es necesario conocer el monto que echó de menos la juzgadora. Así se indicó en decisión CSJ SL 22 feb. 2011, rad. 35666:

“De acuerdo con los artículos 53 y 54 de la convención colectiva de trabajo el Instituto de Seguros Sociales reconocerá a todos los trabajadores oficiales dichos auxilios “equivalente al valor que paga a 31 de diciembre de 2001 incrementado para cada uno de los años de vigencia (...) en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior”; empero no se encuentra acreditado el valor correspondiente que el demandado venía reconociendo por estos conceptos a 31 de diciembre de 2001. En consecuencia, se absolverá de estos auxilios (...)” (Subraya y Negrilla de la Sala).”

Es por eso, que al no reposar en el proceso prueba sobre el pago que se efectuó al demandante para el año 2001 del auxilio de transporte, **que además no se ordenó pagar en sentencia proferida dentro del proceso 0508831050012003012101**, no encuentra este cuerpo colegiado razón para ordenarlo de acuerdo a lo dispuesto por el máximo órgano de cierre.

05001310500820140138201

Sobre el Auxilio de alimentación que para el año 2001 se tasó en suma de: \$36.936 mensual de acuerdo a sentencia del proceso 0508831050012003012101, se constata del documento: “información de acumulados” aportado por la parte actora, que no se pagó de la forma en que lo ordena la cláusula convencional, empero, al operar el fenómeno prescriptivo, teniendo en cuenta que la reclamación administrativa fue presentada el 23 de mayo del año 2014, el reajuste del auxilio de alimentación causado desde el 23 de mayo del año 2011 hacia atrás se encuentra afectado por el fenómeno extintivo, de cara al artículo 151 del CGP, y por ende, se ordenará la liquidación de la diferencia por parte de la accionada desde el 23 de mayo del año 2011 y hasta el momento en que feneció la relación laboral.

Reajuste intereses a las cesantías.

Claro está que la demandante inició a prestar sus servicios con el entonces ISS desde el 30 de octubre del año 1997, lo cual significa que legalmente lo cobijaba el sistema de liquidación anual de cesantías, sistema que empezó a regir desde la promulgación de la Ley 344 de 1996.

El artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo frente a este concepto dispuso lo siguiente:

“A partir del primero de enero de 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por diez (10) años.

El Instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, las cesantías de la totalidad de los trabajadores, y liquidará sobre dicho monto intereses en

05001310500820140138201

cuantía del doce por ciento (12%) anual correspondientes al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 2002.

A 31 de diciembre del año 2002 y por los años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del doce por ciento (12%) anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente.

Sobre el monto de las cesantías liquidadas al 31 de diciembre de 2001, el Instituto reconocerá a partir del año 2002, intereses equivalentes al 15% anual (...)

La finalidad del acuerdo colectivo, no es otra que la negociación desplegada entre la organización sindical y el empleador, en aras de disponer una mejora en las garantías y beneficios consagrados por el legislador, gozando, lo pactado de plena validez, excepto, que dichas disposiciones desconozcan derechos mínimos del trabajador. En tal sentido, el artículo 53 de la Carta Política, anuncia el principio fundamental de irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales, entre ellos el salario, y prohibió que, a través de la ley, de los contratos o de los acuerdos y convenios de trabajo, puedan menoscabarse la libertad, la dignidad o los derechos de los trabajadores, surgiendo entonces un límite a esa libertad de negociación, cual es el respeto a los mínimos laborales preestablecidos por el legislador, los que demarcan las garantías básicas al trabajo humano, siendo totalmente válido el acuerdo convencional.

Ahora, en sentencia SL 3823 de 2020, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, expuso que, el alcance la de norma convencional no era otro que, *“una regla temporal que reguló el régimen para calcular las cesantías, según la cual, todas aquellas*

05001310500820140138201

causadas a 31 de diciembre de 2001 se liquidaban y pagaban de manera retroactiva con un interés anual del 12%; y las generadas del 1 de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2011 debían calcularse anualmente en virtud del congelamiento del régimen de retroactividad durante ese lapso, es decir, por diez años. Luego, una vez vencido el mencionado plazo, la prestación, nuevamente, debía liquidarse con base en el régimen de retroactividad”.

No es de recibo la exposición de la parte actora en su recurso de alzada, sobre la invalidez del acuerdo convencional y su aplicación solo hasta el año 2011, pues la conveniencia no es un argumento válido pues de ser así se contrariaría el principio de inescindibilidad de la norma. Y si bien, en el proceso se petitiona que se pague las cesantías retroactivas del año 2014, como se infiere de las pretensiones, dicho año en efecto debió liquidarse anualizado, en atención a la Ley 344 de 1994, tal y como lo ha explicado la Sala Laboral, en reciente sentencia SL3159-2023 del 4 de octubre de 2023, por lo cual, no existe mérito para el reconocimiento de lo pretendido y habrá de confirmarse la absolución al respecto.

Las demás excepciones propuestas, se declararán no probadas, pues respecto a la excepción de pago no se advierte que las obligaciones ordenadas hayan sido satisfechas por la pasiva, ni tampoco se reúnen las condiciones del artículo 1714 del c.c. para estimar la pretensión de compensación.

Revocada y confirmada la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral, se condena en costas a la parte accionada PAR ISS en primera instancia y a favor del demandante, cuyas agencias en derecho tasará el *a quo*.

Sin costas a favor ni en contra de Colpensiones.

Sin costas en esta instancia, ante la prosperidad parcial del recurso de alzada.

En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Medellín, respecto a la total absolución de las pretensiones invocadas por el actor, y en vez de ello:

PRIMERO: Condenar al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales Liquidado PAR ISS, a realizar el pago de los aportes en pensión a favor del señor ADRIÁN ALBERTO BERRIO MEJÍA desde el 30 de octubre del año 1997 y el 30 de junio del año 2002, a favor del demandante y ante Colpensiones, con los intereses del Artículo 23 de la Ley 100 de 1993 que la entidad de seguridad social liquide.

SEGUNDO: Condenar a Colpensiones a recibir el pago de los aportes en mora e incorporarlos en la historia laboral del señor ADRIÁN ALBERTO BERRIO MEJÍA.

TERCERO: Condenar al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales Liquidado PAR ISS, a liquidar y pagar al demandante ADRIÁN ALBERTO BERRIO MEJÍA las primas de navidad de 2011, 2012,

05001310500820140138201

2013, 2014 y proporcional hasta la terminación del vínculo laboral, cuyo pago deberá ser indexado de acuerdo a la sentencia SL 359 de 2021.

CUARTO: Condenar al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales Liquidado PAR ISS, a liquidar y pagar al demandante el reajuste del auxilio de alimentación causado desde el 23 de mayo del año 2011 y hasta el momento en que feneció la relación laboral, de la manera en que lo ordena la cláusula convencional.

QUINTO: Declarar parcialmente probada la excepción de prescripción interpuesta por la accionada de la manera en que se explicó en la parte motiva, y no probadas las demás excepciones propuestas.

SEXTO: Confirmar la sentencia de primera instancia respecto a las demás absoluciones.

SÉPTIMO: Costas en primera instancia a cargo de la parte accionada PAR ISS y a favor del demandante, cuyas agencias en derecho tasarán el *a quo*.

Sin costas a favor ni en contra de Colpensiones.

Sin costas en esta instancia, ante la prosperidad parcial del recurso de alzada.

Lo resuelto se notifica en **EDICTO**. Se ordena regresar el expediente al Juzgado de origen.

05001310500820140138201

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

Con adición de voto

ADICIÓN DE VOTO

RADICADO: 05001310500820140138201

FRANCISCO ARANGO TORRES, magistrado de la SALA PRIMERA DE DECISION LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN, presento ADICIÓN DE VOTO en la sentencia del proceso de la referencia, en los siguientes términos:

A pesar que acompaño el fallo en cuanto confirma la sentencia del *a quo*, que negó las pretensiones de que se inaplique unas disposiciones convencionales sobre congelamiento del régimen de retroactividad de cesantías, existen otras razones más poderosas y claras, las indicadas en el fallo, que me llevan a acompañar la decisión de la Sala. Las razones adicionales son los siguientes:

La norma convencional, que pretende la actora se implique, está contenida en la cláusula 62 de la Convención 2001- 2004, celebrada entre el extinto ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, que estableció que a partir del 1º de enero de 2002 se congelaría la retroactividad de las cesantías por 10 años. Señala textualmente la norma convencional lo siguiente:

“A partir del primero de enero del año 2002 se congela la retroactividad de las cesantías por diez (10) años.

El instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001 en forma retroactiva las cesantías de la totalidad de los trabajadores y liquidará sobre dicho monto intereses en cuantía del 12% anual correspondiente al año 2001 los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año de 2002.

A 31 de diciembre del año 2002 y por los años subsiguientes las cesantías se liquidarán anualmente, por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del 12% anual por el respectivo año objeto de liquidación los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente.

Sobre el monto de las cesantías liquidadas al 31 de diciembre del año 2001 el instituto reconocerá a partir del 1 de mayo del 2002 intereses equivalentes al 15% anual. En el 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 por las cesantías anuales liquidadas por el año inmediatamente anterior y disminuido en el monto de las cesantías parciales pagadas durante la vigencia causaran unos intereses a las mismas tasas y por los mismos grupos de trabajadores antes señalados.

A partir del año 2012, para efectos del pago de cesantías parciales se destinará una partida con recursos anuales equivalentes, como mínimo del 18% del valor de la deuda por concepto de las cesantías liquidadas al 31 de diciembre de 2001. La distribución y asignación de estos recursos se realizará conjuntamente por la empresa y el sindicato.”

La congelación de la retroactividad de las cesantías, fue legal, pues tal previsión no desconoció derechos mínimos legales irrenunciables, toda vez que el Decreto 3118 de 1968 por medio del cual se creó el Fondo Nacional del Ahorro, estableció en los Arts. 22 a 45 la forma de reliquidar las cesantías entre otros de los trabajadores de las EICE de manera anualizada por lo que legalmente a los trabajadores del ISS se les aplicaba la liquidación anual de cesantías que establece el referido decreto, por lo que la actora nunca estuvo amparada por la modalidad de retroactividad de cesantías, y debido a ello la retroactividad de las cesantías que gozaba a demandante estaba fundada en la convención colectiva de trabajo celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, por lo que la congelación de la retroactividad de las cesantías es válido porque no desconoce el mínimo sobre la liquidación de cesantías anualizado que establecía la Ley.

Adicionalmente, se ha de tener en cuenta que el régimen de cesantías con liquidación retroactiva que regulan las leyes invocadas por la actora en la demanda, se caracteriza porque la liquidación de las mismas tiene lugar al finalizar la relación laboral con el último salario devengado, régimen de retroactividad que contrario al régimen de liquidación anualizado, no contempla el pago de intereses.

De esta circunstancia relativa al no pago de intereses de las cesantías en el régimen de retroactividad se ha pronunciado el Consejo de Estado en diferentes sentencias, así lo hizo por ejemplo en la de radicado número 1998-02371 de agosto 18 del 2011 sección 2 subsección D. Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE y

en la sentencia con radicado final 2005-02673 de noviembre 29 de 2012 sección 2 subsección D. Consejero Ponente GERARDO ARENAS MONSALVE, entre otras.

Ahora, para el 30 de octubre del año 1997, que la actora se vinculó con el ISS, este instituto tenía la naturaleza de EICE de orden NACIONAL acorde al Decreto 2148 del 30 de diciembre de 1992, por lo que el régimen legal de cesantías que le sería aplicable es el del Decreto 3118 de 1968 por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro y se establece la afiliación obligatoria de los trabajadores oficiales *establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado*.

Los arts. 3 y 27 del referido decreto disponen lo siguiente:

“Artículo 3º.- Entidades vinculada al Fondo. Deberán liquidarse y entregarse al Fondo Nacional de Ahorro conforme a las disposiciones del presente Decreto, las cesantías de empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado del orden nacional.”

“Artículo 27º.- Liquidaciones anuales. Cada año calendario contado a partir del 1 de enero de 1969, los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado liquidarán la cesantía que anualmente se cause en favor de sus trabajadores o empleados.”

Conforme a lo expresado en precedencia, si nos atenemos a la Ley, la actora no tuvo derecho al régimen de retroactividad de cesantías, sino al anualizado del Fondo Nacional de Ahorro, salvo que existiera una norma convencional que dispusiera el régimen de retroactividad, inaplicando el Decreto 3118 de 1968, lo que no se encuentra probado en el proceso.

Pero es más, si se encontrara probado, que mediante convención anterior a la de 2001-2004, se dispuso el régimen de retroactividad de las cesantías sin que a actora legalmente tuviere derecho a ello como anteriormente se explicó, es totalmente legal que mediante otra convención colectiva de trabajo (en este caso la de la vigencia de los años 2001-2001) se haya dispuesto la cesación de tal derecho, sin que ello implique el desconocimiento de un derecho adquirido, pues los derechos

convencionales constituyen derechos adquiridos hasta tanto otra convención los estipule de otra forma o los elimine.

De otra parte, si el anterior análisis jurídico de esta Sala del tribunal, fuera errado habría que tener en cuenta que la CSJ en la Sentencia hito que cambio de criterio sobre la ilegalidad de la congelación de las cesantías en el ISS que se estableció en el Art. 62 de la convención 2001-2004, (Sentencia SL1901-2021) indicó:

“La Sala debe iniciar por precisar que el régimen aplicable a los servidores de la demandada ya establecido por la Corte en precedentes anteriores era el contemplado en la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2567 de 1946 y el Decreto 1160 de 1946.”

Revisadas la normativa reseñada por la Corte, ella establece un régimen retroactivo de cesantías, sin lugar a intereses algunos sobre las mismas.

Así, aún en el evento hipotético que la demandante legalmente hubiera tenido derecho al régimen retroactivo de cesantías, la Ley permite que quienes gozan del sistema retroactivo de cesantías, puedan acogerse al sistema anualizado, estableciendo beneficios que compensen la pérdida del valor retroactivo de las cesantías (sentencia SL2241-2021), lo que habría acontecido en el caso del Seguro Social, cuando se estableció el pago de unos intereses a las cesantías sobre los cuales los trabajadores de la entidad no tendrían derecho si su régimen legal de cesantías fuera retroactivo, pues en la norma convencional antes referida se estipuló, el reconocimiento de intereses le 12% sobre las cesantías liquidadas cada año a partir del 2002, y además que: *“Sobre el monto de las cesantías liquidadas al 31 de diciembre del año 2001 el instituto reconocerá a partir del 1 de mayo del 2002 intereses equivalentes al 15% anual”*

De esta manera conforme la norma convencional pluricitada, sobre las cesantías retroactivas a corte 31 de diciembre del año 2001, el ISS reconoció a partir del 1 de mayo del 2002 intereses equivalentes al 15% anual, por lo que sobre las cesantías causadas hasta aquella fecha, en los 10 años de congelación de las cesantías en virtud de norma convencional los trabajadores del ISS obtuvieron unos intereses del

05001310500820140138201

150% sobre las referidas cesantías es decir las de corte al 31 de diciembre del año 2001.

Y adicional obtuvieron intereses del 12% sobre las cesantías anuales que se liquidaran a partir del año 2002, intereses que se insiste y resalta, no tendrían derecho si tuvieron el régimen retroactivo de cesantías, que indica la CSJ en la Sentencia SL1901-2021, es decir el de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2567 de 1946 y el Decreto 1160 de 1946.

Ahora, de la lectura de Art. 62 de la convención 2001-2004, se podría deducir que los trabajadores del ISS tenían régimen de liquidación de cesantías retroactivo, en virtud de convención celebrada con anterioridad, pues si el citado Art. 62 congela el régimen de retroactiva de cesantías, era porque antes de esta convención existía otra que establecía el régimen de retroactividad, sin embargo de una parte en el proceso no obra ninguna otra convención distinta la de la vigencia 2001-2004, lo que no permite establecer bajo qué condiciones se aplicaba el régimen convencional de retroactividad de cesantías, y de otra parte, si tal convención existía, con ella lo que se había logrado era inaplicar el régimen anualizado de cesantías que legalmente correspondía los trabajadores del ISS conforme al Decreto 3118 de 1968 como ya se explicó, y por ello lo previsto en la convención 2001-2004 sobre congelación del régimen de cesantías retroactivas, no comportaba ninguna ilegalidad por desconocimiento de derechos mínimos legales irrenunciables, pues la actora no era beneficiaria, o por lo menos no probó que fuera beneficiaria de un régimen legal que otorgara la retroactividad de las cesantías, ni tampoco se puede predicar violación al principio de favorabilidad, pues si convencionalmente se había establecido un régimen de cesantías retroactivas inaplicado el anual que legalmente correspondía a la demandante, ninguna ilegalidad comportaría que se hubiera acordado en la convención 2001- 2004 que temporalmente se regresara al régimen legal anualizado de liquidación de cesantías, pues precisamente las negociaciones convencionales son para realizar los ajustes que las partes consideren no solo en beneficio del trabajador, sino de las

empresas cuando libremente lo acuerden las partes, siempre que no desconozcan derechos mínimos legales irrenunciables que no es lo que ocurrió en este caso conforme lo explicado.

Pero es más si se aplicara al caso de la demandante la jurisprudencia de la CSJ sobre la ilegalidad de la congelación de las cesantías en el ISS, que se acordó en el Art. 62 de la Convención 2001-2004, en la Sentencia hito sobre este asunto la SL1901-2021, la Corte indicó que:

“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.

En esa línea de pensamiento, y para una mejor comprensión, se tiene que el debate surge en relación con un trabajador que venía gozando del régimen legal de cesantías retroactivas, al entrar en vigencia la Ley 344 de 1996 y decidió acogerse al nuevo régimen y, respecto de aquellos que a 25 de mayo de 2000, continuaba con la liquidación retroactiva de cesantías, la cual es modificada por la convención colectiva

de trabajo, desconociendo prescripciones legales como las contempladas en dichas normas, que claramente establecen la garantía de conservar dicho régimen hasta la terminación de la vinculación laboral en el organismo o entidad en la que se aplica dicha modalidad prestacional.

Vistas así las cosas, la nueva tesis que esgrime la Sala es que el congelamiento de las cesantías 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.** (negrilla agregada)

Es así como se observa que de las normas acusadas como no aplicadas por el recurrente, se tiene que el Tribunal desconoció los derechos mínimos del ex trabajador, pues las disposiciones que aplicó para no acceder a lo pretendido por el actor desconocieron el carácter retroactivo de las cesantías y que, en virtud de dicho principio, hay lugar a su aplicación.

Ahora, al concluir la Corte que es procedente la inaplicación del artículo 62 de la convención colectiva que rigió la relación de trabajo entre las partes, por desconocimiento de los derechos mínimos del extrabajador. los factores salariales que se tendrán en cuenta para liquidar el auxilio de cesantía del actor serán los previstos legalmente.

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. (subrayado agregado)

Como se puede apreciar claramente de los considerandos de la Sentencia antes transcrita, a quien se les debía respetar el régimen de retroactividad de las cesantías en el ISS era a los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales que a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, disfrutaban del régimen de cesantía retroactiva, a los que no les resulta aplicable el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo, sin embargo, en el caso de la actora al haber iniciado su relación laboral con el ISS el 30 de octubre de 1997, no gozaba anteriormente en el ISS, de ningún régimen de retroactividad de cesantías que con la norma convencional se le vulnerara, por lo que no tiene derecho a la reliquidación de las cesantías pretendida.

05001310500820140138201

Así entonces para poder sostener que a la demandante se le desconocieron derechos mínimos irrenunciables con la congelación de las cesantías dispuesta en la pluricitada convención, tendría que haber tenido derecho al régimen de retroactividad de cesantías, que como ya se explicó no tenía por no haber tenido vinculación laboral con el ISS antes de la la Ley 344 de 1996.

Y es que si en gracia discusión la accionante tuviera derecho al régimen de retroactividad de cesantías que adujo la CSJ en la Sentencia SL1901-2021, tenían los trabajadores del ISS, es decir el de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2567 de 1946 y el Decreto 1160 de 1946, para sostener que se le desconocieron derechos mínimos irrenunciables con la congelación de las cesantías dispuesta en la pluricitada convención, la accionante tendría que haber probado que los intereses a las cesantías que le reconoció la norma convencional, fueron inferiores a lo que habría dejado de percibir con la liquidación retroactiva de las cesantías, sin embargo, no lo probó.

En los anteriores términos adiciono mi voto.

FRANCISCO ARANGO TORRES

Magistrado

Firmado Por:

**Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia
Firma Con Aclaración De Voto**

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: **a7a27d230d0470554818bb1e739c33147adfb1a87043579e6a8ea53480a360c5**

Documento generado en 05/04/2024 01:00:53 p. m.

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://capacitacion.ramajudicial.gov.co:9443/FirmaElectronica>**