

**TEMA: 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. / **APLICACION DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD** - el artículo 13 de la C.P. tiene una concepción objetiva y no formal, esto es, autoriza un trato diferente si este es razonablemente justificado./

**TESIS:** (...) En voces de la Corte (CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779) se explicó así: «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando 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». (...) (...) 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, a la luz del 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. (...). (...) Frente al derecho a la igualdad, la CSJ Sala de Cas Lab en SL1399, Rad. 69398 del 6 de mar/19 M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán, sostuvo: “...la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada una de las situaciones según las diferencias en que se encuentren los sujetos. La que consagra el artículo 13 de la C.P. tiene una concepción objetiva y no formal, puesto que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, esto es, autoriza un trato diferente si este es razonablemente justificado...”.

MP. JAIME ALBERTO ARISTIZÁBAL GÓMEZ

FECHA: 26/06/2023

PROVIDENCIA: SENTENCIA

ADICIÓN DE VOTO. FRANCISCO ARANGO TORREZ

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**



**SALA LABORAL**

Medellín, junio veintiséis (26) de dos mil veintitrés (2023)

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez, quien actúa como ponente, Francisco Arango Torres y John Jairo Acosta Pérez, proceden dentro del proceso ordinario con radicado número 05001310501720160090501, promovido por la señora **MARÍA AYDE OSORIO BERRIO**, en contra de **LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y FIDUAGRARIA S.A. EN CALIDAD DE VOCERO DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS LIQUIDADADO**, a resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Diecisiete 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 **201**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

## ANTECEDENTES

Pretende el demandante el reconocimiento y pago del reajuste de las cesantías pagados desde el año 2001, aplicando en su cálculo el sistema de retroactividad teniendo en cuenta el tiempo realmente servido; así como la suma cancelada por concepto de auxilio de cesantías, el plan de retiro voluntario aplicado por la entidad en iguales condiciones que a los servidores acogidos a ello, el pago de la indemnización por despido contenida en el artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo, y la indemnización moratoria establecida en el Decreto 797 de 1949 con la indexación correspondiente.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que se vinculó laboralmente con el Instituto de Seguros Sociales ya liquidado, en calidad de trabajadora oficial desde el 17 de diciembre de 1997 hasta el 31 de marzo de 2015 siendo beneficiaria de la convención colectiva de trabajo. En dicho pliego convencional, se encontraba regulado la indemnización por despido, el auxilio de transporte y el auxilio de alimentación. Narró que para el 31 de marzo de 2015 fue despedida sin justa causa.

Indicó que, pese a que en el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo se pactó el congelamiento de las cesantías, ello se encontraba supeditado a unos compromisos de acuerdo al artículo 120 ibídem. La demandada implementó un plan de retiro consensuado el cual aplicó a unos trabajadores a través de una conciliación, y a otros no les dio el mismo beneficio, siendo la demandante una de las no beneficiadas. Finalmente, adujo que se encuentra en mora en el pago efectivo de lo debido por lo que adeuda la indemnización moratoria.

Respecto a la demanda, en su oportunidad procesal cada una de las demandadas expusieron:

**El Ministerio de Salud y Protección Social:** Que no le constan los hechos de la demanda más allá del fenecimiento del Instituto de Seguros Sociales el 31 de

marzo del año 2015, que no tuvo ninguna relación laboral con la demandante, adujo que no es responsable de las negociaciones que se hubieren llevado entre el ISS y los trabajadores. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones e interpuso los medios exceptivos de: Falta de legitimidad en la causa por pasiva, Inexistencia del derecho a reclamar beneficios convencionales congelados expresamente, violación con las pretensiones de la demanda del principio de seguridad jurídica, Inexistencia de la facultad y consecuente deber jurídico de declarar y cancelar los beneficios del plan consensuado ni el pago de la indemnización de perjuicios, Inepta demanda por inexistencia de la empresa para la cual, laboraba la demandante, Inexistencia de causa para demandar, Inexistencia de la solidaridad entre las demandadas, prescripción y la innominada.

**El Ministerio de Hacienda y Crédito Público:** Que no le constan los fundamentos fácticos de la demandante, se opuso a la prosperidad de las pretensiones interponiendo las excepciones de: Falta de legitimidad en la causa por pasiva, Inexistencia de la relación laboral con el Ministerio de Hacienda, Inexistencia de solidaridad o de vínculo entre el demandante y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Inexistencia de solidaridad o sustitución de obligaciones entre el ISS y la Nación –Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ausencia de título legal oponible al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, sistema de liquidación anual de cesantías por ley desde 1968 y retroactividad en el ISS por convención, causación del derecho a las cesantías y derechos adquiridos, funciones de los sindicatos y poderes de los negociadores respecto a las negociaciones colectivas, congelación de la retroactividad de las cesantías en la convención del ISS 2001 a 2004, prescripción y la Genérica.

**El Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS en Liquidación:** Manifiesta que no le constan los hechos de la demanda; y aclara que es cierto que el ISS en Liquidación implemento un plan de retiro consensuado, pero no es cierto que haya sido discriminatorio o aplicado de manera diferente, ya que este beneficio obedeció a la liquidación del ISS, y fue por ello que el Gobierno Nacional le otorgo la facultad al liquidador de establecer un plan de retiro

consensuado para los trabajadores oficiales. Y propuso las excepciones de inexistencia de reconocer el retroactivo de las cesantías y los intereses a las cesantías, inexistencia de la obligación, pago, prescripción, compensación, buena fe del ISS e imposibilidad de condena en costas.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Se ABSOLVIÓ a las demandadas de todas las pretensiones formuladas por la demandante; declaró implícitamente resueltas las excepciones, y Condenó en Costas Procesales a la demandante y a favor de las demandadas.

### **RECURSO APELACION PARTE DEMANDANTE**

Presenta desacuerdo frente a la decisión del a *quo*, en los siguientes puntos: Que ella en ningún momento autorizó por escrito que le congelaran las cesantías, ingresando a laborar cuando esto ya estaba establecido en la Convención Colectiva, en la que además se previó que cuando haya una norma más favorable se acogerá ésta. Que existen directrices emitidas por el ISS en las que se ordenó al liquidador pagar la retroactividad de las cesantías, por lo que no se puede sustraer a ello, las cuales se le reconocieron a quienes hicieron su retiro voluntario, siendo tal retroactividad una obligación laboral irrenunciable. Que el sindicato está legitimado para disponer de derechos extralegales, pero el derecho a la retroactividad es legal, y por ello solo la demandante podía disponer de ella. Y que además se debe aplicar un criterio de igualdad con quienes se acogieron al plan de retiro voluntario, a quienes se les liquidó la prestación con base en el régimen retroactivo, siendo procedente los reajustes pretendidos y el pago consecuencial de las sanciones moratorias, al no actuar la entidad de forma transparente.

Que se debe ordenar el pago del auxilio de transporte y de alimentación dado que no es procedente su congelación; así como la prima de navidad pues dicha prestación no es incompatible con la ninguna otra prestación reconocida a la

demandante; de igual forma se le reconozca el pago de la indemnización por despido injusto, pero sumando a los primeros 50 días por el primer año, los 55 días por los años restantes, de lo cual se obtendría una indemnización de 100 días a partir del segundo año y no solamente de 55; consecuentemente se condene al pago de la indemnización moratoria por los valores adeudados y se de aplicación al retén social para el pago de los aportes al SGP.

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.** Refiere, que frente a la retroactividad de las cesantías las cláusulas pactadas en la convención colectiva suscrita entre los trabajadores del ISS quienes delegaron en el sindicato para que negociara con el instituto de seguro social son válidas, es ley para las partes la misma no fue demandada por los trabajadores por ende debe aplicarse el artículo 62 de la convención, el actor no allegó al proceso prueba alguna de la decisión de no beneficiarse de la convención colectiva por tanto se debe entender que está cobijado por el régimen anualizado de cesantías según lo dispuesto en el artículo 50 de 1990, para el despacho es claro que se dio cumplimiento al artículo 62 al haberse tenido en cuenta los factores salariales. Que se debe tener en cuenta que para la finalización de la relación laboral se encontraba vigente la convención colectiva y por ello se debe recurrir al artículo 134 que hace alusión al termino congelado, en ella se indicó que el término congelado utilizado en la presente convención colectiva de trabajo, significa que el derecho o beneficio congelado, al término del plazo previsto no producirá efectos retroactivos con respecto a la fecha en que fue congelado por tanto no existe duda que a los accionantes no les asiste el derecho a que le sean reconocidas las cesantías de manera retroactivas por tanto se puede colegir que frente a los intereses de las cesantías canceladas los demandantes están ajustados a derecho.

Alude que frente al plan de retiro consensuado debe entenderse, que si la demandante siguió laborando en la entidad hasta el 31 de marzo de 2015 fue porque no se acogió al ofrecimiento del plan de retiro consensuado que en los

meses de noviembre y diciembre de 2014 se le ofreció a los trabajadores de la entidad, se entiende que su desvinculación obedeció a la terminación definitiva de la entidad, mal se haría entonces entrar a reconocer los beneficios de dicho plan a quien en su momento no los quiso tomar, en consecuencia la pretensión deberá ser despachada de manera desfavorable.

Que, en cuanto a la sanción moratoria, no es posible condenar a esta cartera Ministerial a la misma, pedimento realizado a través de la pretensión segunda de la demanda pues en ella se debe analizar cuidadosamente para ello, si el empleador actuó o no de buena fe, mi defendida jamás fungió como empleador, la accionante nunca tuvo la condición de trabajadora oficial ni como contratista de prestación de servicios al servicio de este Ministerio.

Por su parte el **P.A.R. I.S.S.** solicitó la confirmación de la sentencia, pues el empleador y los trabajadores suscribieron una convención colectiva en la cual se dispuso en su artículo 62, que a partir del primero de enero de 2002 se congelaría la retroactividad de las cesantías por 10 años, y así mismo, en su artículo 134 dejaron claramente especificado el término de “congelado”, convención, que contó con los parámetros legales sin que pueda ser desconocida.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar, en atención al recurso interpuesto, si es procedente el reajuste del valor de las cesantías pagadas al finalizar el vínculo laboral de la demandante, teniendo en cuenta el “*sistema de retroactividad de las cesantías*”. Si en términos de igualdad es procedente el reconocimiento al demandante de los beneficios del plan de retiro voluntario. Finalmente, el derecho a la corrección del pago de la indemnización por despido establecida en el artículo 5 convencional y el mérito de la sanción moratoria del Decreto 797 de 1949, el pago de las primas de navidad, auxilio de transporte y de alimentación, y los aportes al S.G.P.

## 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, y el artículo 167 ibídem consagra el principio de la carga de la prueba que se explica afirmando que la actora 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 probatoria 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 voces de la Corte (CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779) se explicó así:

*«De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando 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»*

Procederá la Sala a resolver los puntos objeto de disenso en los siguientes términos:

### **Cesantías retroactivas.**

Claro está que la demandante inició a prestar sus servicios con el entonces ISS desde el 17 de diciembre de 1997 hasta el 31 de marzo del año 2015.

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%) 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, a la luz del 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.

Ahora, la ley 344 de 1996 en su artículo 13 estableció:

**“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, 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.”*

En ese sentido, toda vez que la demandante inició su vinculación con la entidad el 17 de diciembre de 1997, le era aplicable plenamente el acuerdo convencional establecido en el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo, pues no existe duda sobre el derecho que le asiste a sindicatos y empleadores para lograr acuerdos que auto regulen las condiciones en que se desarrollará la relación laboral, «*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).

Igualmente, planteó el procurador de la parte accionada, que el artículo 62 de la cláusula convencional se encontraba supeditado al cumplimiento de lo pactado en el artículo 120 del mismo pliego, que establecía los compromisos, garantías e instrumentos para salvaguardar la entidad. Considera la Sala que si bien la obligación condicional es aquella que depende de la realización de algo más para

que se deriven las consecuencias que de allí de desprenden, dicha condición debe estar específicamente establecida en el contrato, escrito, o acuerdo entre las partes, veamos:

En el artículo 1 de la convención colectiva de trabajo suscrita, respecto a la vigencia de la convención se estipuló:

*“La presente convención colectiva de trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de Noviembre del año dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre del año dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente convención se haya fijado una vigencia diferente”.*

Empero, en el numeral 120 si se lee la siguiente condición:

*“Si al 30 de junio del año 2002 no se hubiere cumplido el presente compromiso, las modificaciones a la convención colectiva de trabajo del ISS dejarán de regir y empezará a aplicar con retroactividad al primero de noviembre del año 2001 la Convención Colectiva de Trabajo que se encontraba vigente a 31 de octubre de 2001”.*

Si bien es de público conocimiento que, como bien lo indicó el procurador judicial de la parte actora en su recurso, los compromisos no fueron cumplidos en su totalidad, también lo es que el pliego convencional en su conjunto, traía otros beneficios en su cuerpo normativo, que claro está, se reconocían a la demandante, pues así se puede ver de la liquidación de prestaciones sociales, y por ende, no puede dejarse sin validez sólo un artículo que no era *“totalmente beneficioso para el actor”* pues de ser así se contrariaría el principio de inescindibilidad de la norma.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha explicado este postulado en sentencias como CSJ SL1734 2015 y CSJ SL14064-2016 y en la última reseñada indicó:

*“Sobre el tema, en sentencia de la CSJ, 15 feb. 2011, rad. 40662, se puntualizó que el principio de favorabilidad, para que proceda en caso de duda en la aplicación de dos normas o fuentes de derecho vigentes de trabajo, «debe respetarse el principio de la inescindibilidad o conglobamiento, es decir, la norma escogida no solamente se utiliza íntegramente, sino como un todo, como un cuerpo o conjunto normativo»; lo que significa que esa regla de conglobamiento o también conocida como teoría del conjunto o del cúmulo, se debe observar cuando se trata de definir cuál es más favorable entre diversos conjuntos normativos integrados por disposiciones o estipulaciones, que al compararlos sea dable escoger el más benéfico al trabajador [...]”*

De no tenerse en cuenta el artículo 62 convencional como lo requiere el censor, no podría tenerse en cuenta tampoco ningún beneficio recibido por la demandante en el transcurso de la actividad laboral. Es así como, las fundamentaciones dadas por el apoderado de la parte actora en el recurso de alzada sobre este tema, quedan sin fundamento.

### **Plan de retiro voluntario.**

Solicita la parte actora que en aras del derecho a la igualdad se ordene a favor de la demandante el reconocimiento y pago del plan de retiro voluntario en igual condiciones que a los trabajadores que se acogieron.

Considera la Sala que, si bien la liquidación de la entidad era un hecho notorio y conocido, la propuesta que se realizaría a la actora, debía, claro está, ponerse en su conocimiento, lo cual fue aceptado por la demandante quien en el interrogatorio de parte aceptó que su empleador le ofreció el plan de retiro voluntario, pero en parte alguna se vislumbra que ésta la haya aceptado o por lo menos no existe prueba al interior del proceso que permita su intelección.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que la recurrente aduce que se debe aplicar un criterio de igualdad con quienes se acogieron al plan de retiro voluntario, debe decirse que si bien está demostrado que el ISS ofreció a los trabajadores un plan

de retiro consensuado, en el que entre otros beneficios se les ofreció “*una suma equivalente al valor del retroactivo de cesantías, durante el término, en que por aplicación de la convención colectiva, se liquidan de forma anualizada*”, lo cierto es que en el caso en estudio existe un criterio diferenciador que no permite realizar un juicio de igualdad, y es el hecho de que la demandante no se acogió a tal plan de retiro, sino que la misma decidió permanecer en la entidad hasta el momento de la liquidación definitiva, por lo que no es posible reconocerle los mismos beneficios que se le concedieron a quienes sí decidieron retirarse voluntariamente.

Frente al derecho a la igualdad, la CSJ Sala de Cas Lab en SL1399, Rad. 69398 del 6 de mar/19 M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán, sostuvo:

*“...la real y efectiva igualdad consiste en aplicar la ley en cada una de las situaciones según las diferencias en que se encuentren los sujetos. La que consagra el artículo 13 de la C.P. tiene una concepción objetiva y no formal, puesto que se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, esto es, autoriza un trato diferente si este es razonablemente justificado...”*

Adicionalmente puede verse de la liquidación final de prestaciones sociales dada a la trabajadora, que se comprende la indemnización del artículo 5 convencional, cuya reliquidación se pretende en el presente proceso, con lo que también es importante precisar que, pese a no realizarse acuerdo alguno con la trabajadora, se cumplió con el pago de los conceptos indemnizatorios a la terminación de la relación laboral, y no se violentó derecho alguno.

### **Indemnización por despido convencional.**

Liquidado a la terminación de la relación laboral se canceló a la demandante la suma de: \$61.791.114, la cual, se discriminó así

Por 1 año de servicios 50 días de salario \$3.266.299

16 años subsiguientes (55 días de salario) \$57.486.858

Último año proporcional \$1.037.957

Fundamentó su desacuerdo con dicha suma la parte actora en la demanda bajo el argumento que, no se aplicó la interpretación más favorable del Artículo 5 de la convención colectiva, y en el sustento del recurso de alzada peticiono igualmente la aplicación gramatical de la misma.

Indica el numeral en comentario:

*“Cuando el Instituto de por terminado un contrato de trabajo de manera unilateral sin justa causa, deberá reconocer y pagar al Trabajador Oficial Afectado una indemnización por despido así:*

- a) Cincuenta (50) días de salario cuando el trabajador tuviere un tiempo de servicios no mayor de un año.*
- b) Si el trabajador tuviere más de un año (1) año de un año de servicios y menos de cinco (5) se le pagarán treinta (30) días de salario adicional sobre los cincuenta (50) básicos del literal a) por cada uno de los años subsiguientes y proporcionalmente por fracción.*
- c) Si el trabajador tuviere cinco (5) años o más de servicios continuo y menos de diez (10), se le pagarán treinta y cinco (35) días adicionales de salario sobre los cincuenta (50) básicos del literal a) por cada uno de los años de servicio subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.*
- d) Si el trabajador tuviere diez (10) años o más de servicio continuo, se le pagarán cincuenta y cinco (55) días de salario sobre los cincuenta (50) básicos del literal a) por cada uno de los años de servicios subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción”*

Ahora, frente a lo manifestado por el apoderado de la parte demandante en el sentido que el tenor literal de la norma convencional, establece que se le debían cancelar 105 días por cada uno de los años subsiguientes, considera la Sala que tal manifestación, no guarda coherencia interpretativa, ya que la norma convencional es clara en fijar que son 55 días por cada año subsiguiente al primero y que por este le corresponden 50 días, y en relación con el reajuste de las restantes

prestaciones tampoco se evidencia diferencia alguna, ni se allega prueba de factores salariales diferentes o superiores no incluidos en la base para su cálculo.

En consecuencia, se confirmará la absolución en este sentido, por las razones expuestas.

### **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 ALIMENTACION*

*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.”*

Así las cosas, para que procediera el pago o por lo menos el reconocimiento de las referidas acreencias era necesario que la demandante hubiera probado cuál era el monto de las referidas prestaciones que devengaba para el año 2001, y además probar en qué montos se le pago en los años subsiguientes, sin que al interior del proceso digital obre prueba alguna al respecto, lo que imposibilita establecer si se efectuó un pago deficitario, lo que es suficiente para negar la pretensión del reajuste de los aludidos auxilios.

Pero en gracia de discusión, de un análisis de las cláusulas 53 y 54, se puede observar que los referidos reajustes, en el caso del de transporte solo era para la vigencia del 1 enero de 2002 al 31 de diciembre de 2004; y para el caso del auxilio de alimentación, para la vigencia del 1 de enero del año 2002 al 31 de diciembre del año 2002, por lo que si la actora hubiera tenido derecho al reajuste solo sería respecto de los anteriores años, los que a todas luces se encontrarían prescritos, y sin que se sepa cómo estaba dispuesto el derecho al pago de tales auxilios y su reajuste antes de las previsiones de los Arts. 53 y 54 de la convención colectiva, sin que se pueda analizar el caso a la luz de las normas legales sobre auxilio de transporte, por la actora no tendría derecho al mismos, pues su salario siempre fue superior a dos (2) SMLMV.

Por lo anterior, se confirmará la absolución impetrada en la primera instancia.

### **Aportes al sistema de seguridad social como consecuencia del retén Social.**

Manifiesta la demandante que al ser beneficiaria del Reten social, le deben ser cancelados los aportes al sistema de seguridad social por 3 años, siguientes a la terminación de su contrato laboral, supuesto factico que no comparte esta Sala por las siguientes razones:

Es imperioso vislumbrar como la Ley 790 de 2002 frente al tema del retén social, “*Por la cual se expiden disposiciones para adelantar el programa de renovación de la administración pública y se otorgan unas facultades extraordinarias al Presidente de la República*”, señaló que esta surge teniendo en consideración la necesidad de proteger a ciertos grupos especialmente vulnerables, estableció en su artículo 12 algunas acciones afirmativas en la órbita de la estabilidad laboral en los siguientes términos:

*“Artículo 12.- Protección especial. De conformidad con la reglamentación que establezca el Gobierno Nacional, no podrán ser retirados del servicio en el desarrollo del Programa de Renovación de la Administración Pública las **madres cabeza de familia sin alternativa económica, las personas con limitación física, mental, visual o auditiva, y los servidores que cumplan con la totalidad de los requisitos, edad y tiempo de servicio, para disfrutar de su pensión de jubilación o de vejez en el término de tres (3) años contados a partir de la promulgación de la presente ley.**”* (Negrillas de la Sala)

Ahora, mediante Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012 se dispuso la supresión y liquidación del ISS, fijándose en el art 21 que: “*la supresión de cargos como consecuencia del proceso de liquidación del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, dará lugar a la terminación del vínculo legal y reglamentario o contractual de los servidores públicos. En todo caso, al vencimiento del término de liquidación del Instituto de Seguros Sociales en liquidación, quedarán automáticamente suprimidos todos los cargos existentes y terminarán las relaciones laborales de acuerdo con el respectivo régimen legal aplicable*”; estableciéndose en el art 23 ibídem, sobre la población sujeta a reten social que:

*“El servidor público que tenga la condición de padre o madre cabeza de familia sin alternativa económica; limitación visual o auditiva; limitación física o mental y personas próximas a pensionarse en el término de tres (3) años contados a partir de la vigencia del presente decreto, continuará vinculado laboralmente hasta la culminación de la liquidación de la entidad o hasta que mantengan la condición para estar amparados con la protección especial, lo que ocurra primero”.*

Frente al tema de la reubicación laboral en entidades liquidadas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Cas. Lab. ha tenido oportunidad de pronunciarse en múltiples sentencias, entre ellas SL 8155, radicación 46636 del 08 de junio de 2016, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo en la cual se indicó:

*En efecto, para que sea factible la reinstalación de un empleado, es imprescindible que la entidad a la cual va a ser reincorporado exista físicamente, pues es un ilógico pretender la reubicación a una entidad que, sencillamente, ha desaparecido material y jurídicamente, como acá ocurre en virtud del certificado mercantil adosado al juicio y al cual la Sala le atribuye plena eficacia para demostrar la liquidación total de la EADE. (...)*

Ahora, tratándose de la reubicación laboral solicitada por el apoderado recurrente, en una entidad del orden nacional con el consecuente pago de salarios y prestaciones sociales en los términos de la SU-377 del 12 de junio de 2014, M. P. María Victoria Calle Correa, considera esta Sala, que si bien en la referida providencia se estableció que ante la liquidación de las entidades públicas, las personas cabeza de familia no tienen derecho a conservar su empleo en la entidad, sí tienen derecho a que durante el proceso de liquidación y antes de que termine su vínculo laboral, se adopte una política de reubicación ocupacional. Así lo precisó la Corte Constitucional en la referida providencia

*“En estos casos, a juicio de la Corte, si bien las personas cabeza de familia no tienen derecho a conservar su empleo en la entidad, pues esta se está liquidando y mantenerlas afectaría el programa de liquidación, sí tienen derecho a más que la indemnización de la cual son titulares los trabajadores, en general, de la compañía. **Cuando menos, tenían derecho a que, durante el proceso de liquidación, pero antes de que terminen sus vínculos al final del trámite, se adoptara una política de reubicación ocupacional, con el fin de garantizar los derechos de las madres y padres cabezas de familia a ser imposibilidad de desempeñarse en su labor habitual...***

*En definitiva, el que no se hubiera asegurado su permanencia en los cargos está justificada, por la clausura de la empresa; pero que no se adoptara ni al menos un plan de reubicación, para las madres y padres cabeza de familia, sin detenerse en sus especiales circunstancias, resulta inconstitucional...”*

Sobre el tema, la CSJ Sala de Casación Lab., en sede de tutela, en el proceso STL 15386 radicado 62179 del 3 de noviembre de 2015 M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruíz en un caso similar al presente asunto adelantado en contra de la entidad aquí demandada, desarrolló los postulados referidos en la referida SU, precisando que si bien la entidad había cumplido con lo expuesto por la Corte Constitucional en la referida sentencia, adoptando el respectivo plan de Reubicación Laboral, no encontró acreditado que se haya continuado con el mismo.

Para la sala, acorde con los mandatos del artículo 61 del C.P.T. Y S.S., libre formación del convencimiento, encuentra que la actora no demostró al interior del proceso ni la calidad de madre cabeza de familia pues ninguna prueba testimonial ni documental corrobora el supuesto fáctico pretendido, como tampoco una limitación física, mental, visual o auditiva, al no aportar calificación de pérdida de capacidad laboral emitida por entidad competente y mucho menos su calidad de prepensionada, pues para la fecha de escisión del ISS le faltaban más de 3 años para el cumplimiento de la edad, por lo que no puede esta colegiatura presumir hechos que no fueron demostrados por la parte demandante.

Ahora, en gracias de discusión pretende la actora, que se le debe reconocer los aportes al SGP por un tiempo de 3 años posteriores a la terminación del contrato laboral, supuesto que no comparte esta Sala en la medida que no hay duda de que el ISS fue liquidado definitivamente a partir del 31 de marzo de 2015, cuando según el art 8 del Decreto 553 del 27 de marzo de 2015 *“por medio del cual se adoptan medidas con ocasión del cierre de la liquidación del Instituto de Seguros Sociales - ISS en Liquidación y se dictan otras disposiciones”*, se extinguió la persona jurídica del Instituto de Seguros Sociales, quedando automáticamente suprimidos todos los

cargos existentes; estando probado con la comunicación suscrita por la Gerente Nacional de Recursos Humanos del ISS, el 8 de enero de 2015, permaneciendo la demandante al servicio del ISS hasta el 31 de marzo de 2015, cuando se liquidó efectivamente la entidad, por lo cual la obligación del pago de aportes al SGP lo fue hasta dicha data, sin que sea procedente ordenar un pago a una entidad que dejó de existir.

### **Prima de navidad.**

El párrafo 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.

Ante lo anterior, 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: 1°) 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, 2°) que esas prestaciones de referencia tengan carácter anual; 3°) 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 4°) 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, reiterada en la SL 1901 de 2001 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 a favor de la demandante, puesto que de la LIQUIDACIÓN DEFINITIVA DE PRESTACIONES SOCIALES no se observa que la actora recibiera una prima extralegal similar, que su cuantía fuera igual o superior al de la prima de navidad, además de lo establecido en las normas referidas. Por lo tanto, considera la Sala que la demandante, 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 11/05/2013, fecha de la reclamación administrativa, en la medida que la demanda Ordinaria laboral fue interpuesta según sello de la oficina judicial el 28/06/2016; causándose las primas para noviembre de 2013, 2014 y proporcional para el 31/03/2015, obteniéndose un valor igual a \$3.227.753, suma que deberá ser cancelada debidamente indexada desde su causación hasta el momento del pago efectivo de la obligación, razón suficiente para revocar la absolución por dicha prestación.

### **Indemnización moratoria.**

Prevista en el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1947.

Es de anotar que la presente indemnización por su carácter sancionatorio, no procede de manera automática, sino que deben examinarse las circunstancias particulares que conllevaron al empleador al incumplimiento de la prestación dentro del plazo establecido.

En el caso objeto de estudio, vislumbra la Sala que el ISS empleador tuvo pleno convencimiento sobre la aplicación del artículo 50 de la convención colectiva 2001 – 2004 al interpretar, la incompatibilidad de la prima de navidad con la prima de servicios acordada convencionalmente, concepto que se está revocando, sin que se pueda hablar en este caso de mala fe, pues la misma jurisprudencia modificó su línea frente al presente tema, razón suficiente para absolver de esta pretensión.

En otras palabras, el ISS empleador tuvo a su alcance criterios que se exteriorizaban razonables en su momento, prevalido además de interpretaciones que contaban con respaldo en la jurisprudencia del alto tribunal de la Jurisdicción Ordinaria Laboral, sin que pueda colegir que su omisión en el pago de la prima

de navidad lo fuera por capricho o arbitrariedad. Situación que permite a la Sala confirmar la absolución impuesta en primera instancia.

Revocar las Costas Procesales en primera instancia, las cuales estarán a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante, liquídense por la secretaria del Juzgado de instancia. Sin condena en esta Sede, al prosperar parcialmente el recurso de apelación interpuesto.

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**

**PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín el 15 de septiembre de 2017, dentro del Proceso Ordinario Laboral promovido por el señor **MARÍA AYDE OSORIO BERRIO** en contra de **LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y FIDUAGRARIA S.A. EN CALIDAD DE VOCERO DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS LIQUIDADO** -, en cuanto la absolución del pago de la prima de navidad; para en su lugar, **ORDENAR** a **FIDUAGRARIA S.A. EN CALIDAD DE VOCERO DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS LIQUIDADO** reconocer y pagar a favor de la demandante la suma de tres millones doscientos veintisiete mil setecientos cincuenta y tres pesos (\$3.227.753), por concepto de prima de navidad, suma que deberá ser cancelada debidamente indexada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: CONFIRMA** en todo lo demás.

**TERCERO: REVOCAR** las Costas Procesales en primera instancia, las cuales estarán a cargo de la parte demandada y a favor de la demandante, liquídense por la secretaria del Juzgado de origen.

**CUARTO:** Sin condena costas procesales en esta Sede.

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

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

*Con adición de voto*



## SALA LABORAL

**REF: ORDINARIO LABORAL**  
**DEMANDANTE: MARÍA AYDE OSORIO BERRIO**  
**DEMANDADO: ISS EN LIQUIDACION**

**RADICADO: 05001310501720160090501**

**Medellín, veintiséis (26) de junio de dos mil veintitrés (2023)**

**FRANCISCO ARANGO TORRES**, magistrado de la **SALA “QUINTA” 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 la demanda que se inapliquen unas disposiciones convencionales sobre congelamiento del régimen de retroactividad de cesantías, existen otras razones más poderosas y claras, 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 17 de diciembre de 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 de 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 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 17 de diciembre 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.

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 Parcial 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: **b7096c48c42c80dd3d2a7988bc80f292b9ec694a042ac086eda189853fc21db1**

Documento generado en 26/06/2023 03:46:20 PM

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