TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA LABORAL
Magistrada Ponente: ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ

Acta número. 034.

Audiencia número:418

En Santiago de Cali, a los veintisiete (27) días del mes de octubre de dos mil veintitrés (2023), los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, doctores JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA, ALVARO MUÑIZ AFANADOR y ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, modificatorio del artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, nos constituimos en audiencia pública con la finalidad de darle trámite al recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de la sentencia número 308 del 19 de noviembre de 2019 y la complementaria número 127 del 31 de marzo de 2022, proferidas por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, Valle, dentro del proceso Ordinario promovido por ANA CRISTINA MORA PEREZ contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP y FIDUAGRARIA.

AUTO NUMERO: 1054

Reconocer personería a la abogada VANESSA FERNANDA GARRERA JARAMILLO, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.085.897.821 con tarjeta profesional número 212.712 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar como apoderada del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS en Liquidación.

La anterior decisión quedará notificada con la providencia que a continuación se emite.

ALEGATOS DE CONCLUSION

El apoderado de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social -UGPP, al formular alegatos de conclusión ante esta instancia, solicita la revocatoria de la providencia de primera instancia, citando como fundamento de tal petición los artículos 98 y 2 de la Convención Colectiva suscrita entre ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL 2001-2004, concluyendo que los trabajadores oficiales del Instituto de Seguros social debía acreditar los requisitos para pensionarse de acuerdo con la convención colectiva antes del 31 de octubre de 2004, cuando perdió vigencia esa norma convencional.

De otro lado, el mandatario judicial de la demandante reitera el derecho que le asiste a la actora a la retroactividad de las cesantías que estuvieron 10 años congeladas en virtud del compromiso del Estado, la empresa y el Sindicato, pero ese acuerdo fue incumplido, razón por la cual las cosas vuelven a su estado anterior y con ello al disfrute de las cesantías retroactivas e igualmente hace pronunciamiento sobre la pensión de jubilación convencional, la que reclama sea concedida como lo ordenó la A quo.

A continuación, se emite la siguiente

SENTENCIA N° 0363

Pretende la demandante se declare que tiene derecho a la pensión de jubilación convencional, reconocimiento que reclama a la UGPP y que FIDUAGRARIA entidad administradora y vocera del PAR ISS, Patrimonio Autónomo de Remanente del Instituto de Seguros Sociales, le reconozca y cancele:

- La retroactividad de las cesantías e intereses por 10 años, período comprendido entre el 01 de enero de 2002 y el 31 de diciembre de 2012, el cual fue pagado con liquidación anualizada.
- La sanción moratoria por no pago oportuno, causada a partir del 01 de julio de 2015.
- La devolución de los salarios devengados por valor de $55.849.140 al laborar como enfermera de la red de salud del centro erróneamente descontados por el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, sin ser ordenados en la sentencia 050 del 17 de marzo de 2009, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el

período comprendido entre el 30 de junio de 2008 al 31 de octubre de 2009, desconociendo el Instituto de Seguros sociales en Liquidación de manera arbitraria, que una cosa es indemnización como sanción y otra es salario, con ello el Instituto ignoró flagrantemente uno de los elementos básicos de la relación laboral que es la remuneración.

- Devolución de los dineros descontados por valor de $13.367.774 por los aportes para el Sistema General de Seguridad Social para el período comprendido entre el 30 de noviembre de 2003 al 30 de octubre de 2009, desconociendo la tesis del Consejo de Estado del año 2008 que en virtud del cambio jurisprudencial y dada la sentencia de esa corporación, no le es dable al Instituto de Seguros Sociales cuando la condena de reintegro de un trabajador, entrar hacer descuentos de seguridad social del período que efectivamente estuvo por fuera de la institución, en virtud a que las cosas vuelven a su estado normal como si el trabajador nunca hubiera salido de la institución estatal.
- Indemnización moratoria por el no pago oportuno de la sentencia número 050 del 17 de marzo de 2009, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, donde no existe orden alguna de descontar salario percibido en que estaba por fuere del Instituto de Seguro Sociales.
- Indexación.
- Cobertura del retén social, al desconocer que la demandante estaba a menos de tres años de cumplir con los requisitos para la pensión de jubilación.

En sustento de las anteriores peticiones aduce que nació el 10 de diciembre de 1959, que laboró como trabajadora oficial al servicio del Instituto de Seguros Sociales desde el 12 junio de 1998 al 31 de marzo de 2015 como Enfermera y antes había laborado para el Hospital Civil de Ipiales del 15 de junio de 1989 al 19 de junio de 1990, entidad estatal, haciendo sus aportes para pensiones a través de Cajanal.

Que la actora está amparada por la convención colectiva 2001-2004 que consagra en el artículo 98 el derecho a la pensión de jubilación. Acuerdo convencional que se encuentra prorrogado por ministerio de la ley.

Señala, que mediante la Resolución 5564 del 02 de octubre de 2009, el presidente del Instituto de Seguros Sociales efectúa el reintegro de la demandante acatando el fallo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, donde en ninguno de sus aportes autoriza al empleador a realizar descuentos a la trabajadora.

Que se le debe liquidar el auxilio de cesantías con la retroactividad establecida desde la Ley 6 de 1945 hasta la vigencia de la Ley 344 de 1996, de conformidad con el artículo 62 de la convención colectiva y no como lo ha realizado la demandada, excluyendo diez años, esto es de enero de 2002 a diciembre de 2011. Que, si bien pactó congelar la retroactividad de las cesantías, ello estaba condicionado al cumplimiento del acuerdo integral entre el gobierno, el Instituto de Seguros Sociales y Sintraseguridad Social. Que con la promulgación del Decreto 1750 de 2003, ese acuerdo fue incumplido, lo que trajo como consecuencia el restablecimiento de las prestaciones convencionales vigentes al 31 de octubre de 2021, incluido el restablecimiento de la retroactividad de las cesantías, suspendida temporalmente en la misma convención.

El Instituto de Seguros Sociales en Liquidación ofreció un plan de retiro consensuado, entre cuyos beneficios se encontraba la liquidación retroactiva de las cesantías, para aquello trabajadores que decidieran retirarse de manera voluntaria y acogiéndose a ese plan. Considerando que la retroactividad de las cesantías, así como el incremento adicional sobre los salarios básicos no puede estar supeditado a la aceptación de un plan de retiro consensuado.

Que la demandante el 25 de febrero de 2015 presentó los recursos legales contra la Resolución 7642 del 12 de febrero de esa anualidad, mediante la cual se le liquida y ordena el pago del auxilio definitivo de cesantías y demás prestaciones sociales, porque se desconoce la retroactividad de las cesantías y además se liquida con el salario del 2014 cuando debió ser con el salario del 2015. Obteniendo respuesta negativa.

Que ante las entidades convocadas al proceso ha solicitado la pensión de jubilación convencional, la retroactividad de las cesantías y demás emolumentos que demanda, sin obtener aún respuesta.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, por medio de apoderado judicial, expresa su oposición a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, donde la actora fue trabajadora del Instituto de Seguros Sociales, por lo tanto, la entidad demandada no tiene vinculación con la llamada al proceso. En su defensa plantea las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe de la entidad demandada.

Fiduagraria S.A. Patrimonio Autónomo de Remanentes PAR ISS al pronunciarse sobre las pretensiones, afirma su oposición a éstas, porque son dirigidas a un ente diferente y no tiene conocimiento de alguna clase de relación entre la actora y el extinto Instituto de Seguros Sociales. Formula las excepciones de fondo que denominó: prescripción sin que ello implique confesión o aceptación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no es una extensión de la personalidad jurídica del fiduciante, buena fe y la innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El proceso se dirimió en primera instancia en donde la A quo declara probada la excepción de prescripción con relación a la solicitud de descuentos realizado a la actora en el pago de una sentencia. Absuelve a las entidades demandadas de todas las pretensiones

Conclusión a la que arribó al determinar que el debate se centraba en el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación y el pago del retroactivo de las cesantías y sus intereses, de acuerdo con la convención colectiva, además de la sanción moratoria, devolución de dineros y moratoria por no pago de la sentencia número 050 del 17 de marzo de 2009 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali.
Al desarrollar la controversia planteada, la A quo consideró que la convención colectiva sobre la que descansa el pedimento, la que no resulta elegible, por ello desestima las pretensiones

de la demanda y la actora no acredita que sea derechosa de la pensión, porque la actora tiene 6.424 días cotizadas, que equivale a 18 años, al 31 de diciembre de 2015 y no se contabiliza el tiempo posterior de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Igualmente se pronuncia sobre los descuentos que hizo la entidad demandada de lo pagado en cumplimiento de la sentencia, encontrando que de la sentencia en que se funda esa petición fue emitida desde hacía más de 09 años, razón por la cual considera que estaba prescrita.

En cuanto a los descuentos para aportes de seguridad social son obligatorios, estén o no ordenados.

RECURSO DE APELACION

El apoderado de la demandante formula el recurso de alzada contra la primera sentencia manifestando que los hechos y pruebas documentales, más los precedentes dan fe de las pretensiones, donde la convención colectiva es la carta de navegación de las súplicas de la demanda y debió ser revisada cuando se hizo el control de la demanda y ahí era el momento oportuno para corregir y no esperar dos años para desestimarla so pretexto de no encontrarla legible. Convención colectiva que contiene el artículo 98 y 101, donde la última norma citada, le permite cumplir al trabajador la sumatoria de tiempos públicos para acceder a la pensión de jubilación convencional. Además, no se tuvo en cuenta el concepto de la Procuraduría sobre el cumplimiento de la sentencia SU 555 de 2014, que refiere a la pensión de jubilación y las cesantías deben ser descongeladas y como no hay pago oportuno le asiste a la actora es la indemnización moratoria y debe incluirse al Ministerio de Salud, para que ella pague las sentencias. Bajo esas consideraciones, solicita se atiendan las pretensiones de la demanda.

Al llegar el proceso a esta Sala, para definir el recurso de apelación, encontramos que el CD que contiene las convenciones colectivas si permite leer esos documentos, cuando para la A quo, le resultaron ilegibles, razón por la cual no se pronuncia sobre los derechos convencionales. Lo que conllevo a esta Sala a emitir providencia del 26 de abril de 2021, con

el fin de que profiriera sentencia complementaria que definiera si a la demandante le asistía el derecho a pensión de jubilación convencional y pago de cesantías retroactivas. Puntos que habían sido objeto de apelación.

Mediante sentencia complementaria, el despacho judicial decide:

- Declarar no probadas las excepciones presentadas por la demandada, salvo la de prescripción respecto a la devolución de dineros por concepto de salarios y pago de aportes a la seguridad social y de los descuentos realizados a la actora en el pago de la sentencia.
- Declarar que la actora tiene derecho a que se le reconozca la pensión de jubilación a partir del 01 de junio de 2017, en cuantía de $3.806.891, con derecho a 13 mesadas anuales.
- Condenar a Fiduagraria y a la UGPP a reconocer y pagar a la demandante la suma de $7.613.781.06 por concepto de retroactivo pensional causado desde el 01 de junio al 01 de julio de 2017, suma que debe ser indexada al momento de s pago y autoriza que se haga los descuentos por concepto de aportes en salud.
- Condenar a Fiduagraria S.A y a la UGPP a pagar la suma de $75.554.033 por concepto de diferencias pensionales causadas entre la pensión de jubilación aquí liquidada y la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, causadas entre el 01 de agosto de 2017 al 31 de marzo de 2022, suma que debe ser indexada al momento de su cancelación. Autorizando el descuento por aportes en salud
- Absuelve a las demandadas de las demás pretensiones

Conclusión a la que llegó la operadora judicial al definir el litigio: 1. la pensión de jubilación convencional, 2. retroactivo de las cesantías e intereses de acuerdo con la convención colectiva.

Respecto a la pensión de jubilación convencional, expresa que no obra en el expediente solicitud del empleador sobre la revisión de la convención colectiva, por lo tanto, está continuo vigente y el artículo 98 establece como requisitos 20 años de servicios y de acuerdo a la fecha de jubilación se extrae el valor de la mesada pensional y esa norma establece los factores a tener en cuenta para la liquidación. Norma que tiene relación con el artículo 101 de la misma

norma convención colectiva que permite sumar tiempo laborado con entidades oficiales. Citando precedentes jurisprudenciales, donde a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005, si el plazo de vigencia es posterior a la reforma constitucional, debe respetarse la norma convencional y lo preponderante es el tiempo de servicios es acreditar durante la vigencia de la convención y la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación.

Al analizar el caso concreto encuentra que la demandante cumple el 10 de diciembre de 2009 los 50 años de edad, además de acuerdo con los certificados laborales se observa que laboró para varias entidades oficiales, como lo es: Hospital Civil de Ipiales, en el ISS y la historia laboral demuestra cotizaciones con el PAR ISS, así acredita 20 años de servicios públicos, al 31 de mayo de 2017, cumpliendo con los requisitos de la convención colectiva 2001-2004 y para liquidación se aplica el numeral 3 del artículo 98 de la convención colectiva, esto es para quienes se jubilen hasta el 2017,el 100% del promedio de lo devengado en los últimos 4 años de servicios. Derecho que le otorga a partir del 01 de junio de 2017.

Que como la actora tiene pensión otorgada por Colpensiones, está es compartida con la de jubilación convencional. Por ello el retroactivo sólo es hasta el mes que empieza a compartirse la pensión de jubilación.

En relación con la retroactividad de las cesantías, expresa que se rige por la Ley 6 de 1945 y con la creación del Fondo Nacional del Ahorro se termina con la retroactividad de las cesantías para el nivel nacional. Igualmente, cita la Ley 50 de 1990, se reforma la liquidación de las cesantías para el sector privado, pasando a ser anualizado y con la Ley 344 de 1996, ese régimen de cesantías se hizo extensivo a los trabajadores estatales.

Que en el presente caso se vinculó en el 1998 no gozaba del régimen de retroactivo de cesantías.

Que los descuentos por aportes a la seguridad social que hizo la demandada y que ahora se reclama su devolución, considera que están prescritos.

RECURSO DE APELACION

El mandatario judicial de la parte actora, formula el recurso de apelación en torno que le asiste el derecho a la actora a la retroactividad de las cesantías y la devolución de lo descontado por la demandada en relación con los aportes a la seguridad social. En relación con el primer punto, expone que las cesantías de los trabajadores fueron congeladas por el empleador, con el fin de garantizar las deudas del Instituto, pero, al contrario, se terminó con el Instituto, por lo tanto, se incumplió con las obligaciones y por ello tiene derecho a esa prestación por el lapso que estuvo congelado, porque la actora venía disfrutando de un régimen retroactivo de cesantías.

En cuanto a la devolución de los dineros descontados de la sentencia del Juzgado Primero Laboral del Circuito, el ISS desconoció los salarios, por un lado, los cincuenta y cinco millones y por otro, los trece millones de pesos que descontó por aportes, se desconoce la sentencia del Consejo de Estado, donde no se puede hacer descuentos cuando el trabajador es reintegrado.

Igualmente, presenta el recurso de alzada, la apoderada de la UGPP, sobre la condena impuesta por pensión de jubilación convencional porque la actora no cumplió con los requisitos antes de julio de 2010, teniendo en cuenta el Acto Legislativo 01 de 2005, porque para esa data si bien tenía 50 años de edad, pero no tenía 20 años de servicios. Además, se debe tener en cuenta que con escisión que se da en el año 2003 en el Instituto de Seguros Sociales, donde todo el personal que laboraba en esa entidad pasaron a ser empleados públicos, entre ellas la demandante, como Enfermera, por lo tanto no hay lugar a la pensión de jubilación convencional. Censura la condena en costas porque esa entidad ha actuado de conformidad con la ley.

La mandataria judicial de FIDUAGRARIA, solicita la revocatoria de la sentencia en el sentido de que no es posible que se le haya reconocido las pretensiones porque no puede perderse de vista que esa entidad no tiene competencia para conocer la pensión, sino que está se encuentra radicada en la UGPP. Tampoco es posible que los extrabajadores reclamen la

pensión de jubilación convencional porque no hay derechos convencionales que salió del ordenamiento legal en julio de 2010, por orden de la reforma constitucional.

GRADO JURISIDCCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la decisión complementaria es adversa a las entidades demandadas, de la cual la Nación es garante, se surte el grado jurisdiccional de consulta, como lo dispone el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Ante los argumentos de alzada y grado jurisdiccional de consulta, encuentra la Sala que la controversia girará en definir si la demandante le asiste el derecho a la pensión de jubilación convencional, a la liquidación de las cesantías retroactivas y si hay lugar a devolver los dineros descontados por el Instituto de Seguros Sociales cuando hizo el pago de lo ordenado en otra decisión judicial.

Antes de darle solución a la controversia planteada, encuentra la Sala que no es materia de discusión la vinculación de la actora con el Instituto de Seguros Sociales, extremo inicial que fue definido en proceso anterior que instaurara la hoy demandante y que curso en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, quien emite la sentencia 050 de 2009, donde se indica que la vinculación de la demandante fue el 12 de junio de 1998 (pad, 01 fl. 45)

Pensión de jubilación convencional

La Sala analizará en primer lugar lo relativo a la pensión de jubilación convencional que es el punto de consulta y además apelado por la parte pasiva.

Al reclamarse ese derecho bajo la óptica convencional, es necesario analizar, sí la demandante es beneficiaria de los acuerdos convencionales y la convención colectiva 2001-2004 aportada al pdf 02, en su artículo 3 señala que son beneficiarios de la convención colectiva todos los trabajadores de planta del Instituto de Seguros Sociales, por tener la

agremiación sindical la representación mayoritaria. Cláusula convencional que se haya en concordancia con el artículo 471 del Código Sustantivo del Trabajo, que refiere a la extensión de aplicación de la norma convencional. Concluyéndose así que esos derechos cobijan a la demandante.

Como quiera que dentro de los argumentos de alzada se expone el Decreto 1750 de 2003, mediante el cual se escinde el Instituto de Seguros Sociales, estableciéndose en el artículo 16 que los servidores de las Empresas Sociales del Estado serían empleados Públicos, salvo los que desempeñen funciones de mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales que serán trabajadores oficiales y el artículo 18 dispuso:

"Del régimen de Salarios y Prestaciones. El Régimen salarial y prestacional de los empleados públicos de las Empresas Sociales del Estado creadas en el presente decreto será el propio de los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional. En todo caso se respetarán los derechos adquiridos. Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas."

Sobre esa variación de régimen laboral dada con el Decreto 1750 de 2003, la Corte Constitucional se ha pronunciado en sentencia C- 314 de 2004, mediante la cual declara exequible el inciso primero del artículo 18 del Decreto 1750 de 2003, incluida la expresión *"En todo caso"*, que se declara exequible en el entendido de que hace referencia tanto a los salarios como al régimen prestacional, pero declarar **INEXEQUIBLE** la expresión *"Se tendrán como derechos adquiridos en materia prestacional las situaciones jurídicas consolidadas, es decir, aquellas prestaciones sociales causadas, así como las que hayan ingresado al patrimonio del servidor, las cuales no podrán ser afectadas."* contenida al final de dicho inciso.

Al considerar la guardiana de la Constitución:

> *"Ya que la convención colectiva de trabajo es un sistema jurídico que rige contratos de trabajo determinados, es posible afirmar que, en lo que respecta a los trabajadores cobijados por ella, aquella es fuente de derechos adquiridos por lo menos durante el tiempo en que dicha convención conserva su vigencia. Por lo mismo, dado que la definición prevista en el artículo 18 del Decreto 1750 de 2003 deja por fuera los derechos derivados de las convenciones colectivas de trabajo por el tiempo en que fueron*

pactadas, aquella resulta restrictiva del ámbito de protección de tales derechos de conformidad con el contexto constitucional y, por tanto, debe ser retirada del ordenamiento jurídico."

Esa misma Corporación en sentencia C 349 de 2004, hizo el siguiente pronunciamiento:

"*Las expresiones automáticamente y sin solución de continuidad, contrariamente a lo aducido por los demandantes, pretenden asegurar la garantía de estabilidad laboral y los demás derechos laborales de los trabajadores, al permitir que no pierdan sus puestos de trabajo ni vean interrumpida la relación empleador – trabajador. Con ello se obtiene que, en virtud de esta permanencia, dichos trabajadores puedan seguir disfrutando de los beneficios convencionales mientras los mismos mantengan vigencia y, además, seguir cobijados por los regímenes de transición pensional, durante este mismo lapso. Sin esta continuidad en la relación de trabajo no estarían aseguradas estas garantías laborales, puesto que al romperse el vínculo empleador - trabajador en principio cesan las obligaciones del primero para con el segundo, derivadas de la convención colectiva vigente."*

Al acogerse los anteriores precedentes de la Corte Constitucional, resulta irrelevante el Decreto 1750 de 2003, para desconocer derechos convencionales, razón por la cual los argumentos de la parte pasiva carecen de fundamento.

Ahora bien, la solicitud de la pensión de jubilación se hace de conformidad con la convención colectiva 2001- 2004, la que fue aportada con la correspondiente nota de depósito al pdf 02 y en el artículo 98 se encuentra la siguiente literalidad:

"Pensión de jubilación
El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicios continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el período que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:

i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, el 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicios.
ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, el 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicios.
iii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2017, el 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro años de servicios…"

Debe tenerse en cuenta que el artículo 2 de ese mismo acuerdo convencional dispuso que esa convención tendría una vigencia de dos años, comprendidos entre el 1 de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004.

No se puede omitir el artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo, que refiere a la terminación de la convención colectiva a través de la denuncia que puede presentar cualquiera de las partes, imponiendo la norma que la vigencia de la convención continua hasta que se firma una nueva.

En el caso que nos ocupa, no se afirma por las partes la suscripción de nueva convención colectiva, sino que sus argumentos de defensa fue la limitante que trajo la reforma constitucional plasmada en el Acto Legislativo 01 de 2005, sobre la aplicación de las normas convencionales en materia pensional.

En efecto, el Acto Legislativo 001 de 2005, estableciendo el parágrafo 2 lo siguiente:

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones".

Más adelante en el parágrafo transitorio 3, del mismo Acto Legislativo se dispuso que:

"Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo obtenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010".

Para la Corte Constitucional dicha limitante se debe analizar bajo la óptica de las recomendaciones dadas por la OIT, las cuales, si bien no integran el bloque de constitucionalidad, por cuanto no son ni convenios, ni tratados ratificados por el Congreso, si recogen directrices que pueden llegar a orientar la política y las acciones nacionales, pero no son instrumentos que obliguen a los Estados, resaltando además, que de acuerdo con lo indicado en sentencias T-568 de 1999, T-1211 de 2000, T-603 de 2003, T-171 de 2011 y T-

261 de 2012, sólo las recomendaciones proferidas por el Comité de Libertad Sindical de la OIT debidamente aprobadas por el Consejo de Administración son vinculantes para el Estado colombiano. No obstante, tanto el gobierno como los jueces conservan un margen de apreciación para analizar su compatibilidad con nuestro ordenamiento constitucional, así lo expresó la Alta Corporación en la Sentencia SU 555 de 2014, en la que además de lo anterior precisó:

> *"La primera recomendación que la OIT dirige al gobierno colombiano consiste en que se mantengan hasta su vencimiento los efectos de las convenciones y pactos colectivos cuyo término haya sido fijado para una fecha posterior al 31 de julio de 2010. Esto es exactamente lo que establece la primera parte del parágrafo transitorio tercero cuando indica que " Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado". Lo anterior se traduce en que el Acto Legislativo no está desconociendo los derechos adquiridos en materia pensional derivados de pactos y convenciones colectivas. Y está siguiendo lo establecido en el artículo 58 Superior, así como en la jurisprudencia constitucional, especialmente lo señalado en la Sentencia C-314 de 2004."* (subrayado fuera del texto)

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2543, radicación 60763 del 2020, hace referencia a la reforma constitucional, con el siguiente pronunciamiento:

> *"Bajo ese entendido, el parágrafo transitorio 3.° del Acto Legislativo 01 de 2005, sub-examine, protegería los derechos y expectativas de quienes cumplen los requisitos para acceder a las pensiones convencionales contempladas, entre el 29 de julio de 2005 y el 31 de julio de 2010, en cualquiera de los siguientes escenarios:*
>
> *i) para aquellos que a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, son beneficiarios de una convención colectiva de trabajo cuya vigencia se encuentra en curso del término inicialmente pactado, en este caso, si las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 del Código Sustantivo del Trabajo, el termino de vigencia de los derechos pensionales, para estos, va a estar determinado por la prórroga automática del artículo 478 ibidem, prosecución que en materia pensional no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010.*
>
> *ii) para aquellos que a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, son beneficiarios de una convención colectiva de trabajo en virtud de la prórroga automática, a quienes se les resguardaran, para su aplicación, los acuerdos pensionales convencionales ya por ministerio de la ley y no por acuerdo de las partes, prosecución que en materia pensional no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, sin que las partes, en tránsito de la vigencia prorrogada, puedan establecer condiciones más favorables a las ya previstas en el acuerdo colectivo vigente.*

iii) para aquellos que a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, son beneficiarios de una convención colectiva de trabajo en virtud de la denuncia de la convención colectiva y la iniciación posterior del conflicto colectivo que no ha tenido solución, a quienes también se mantendrán los acuerdos pensionales convencionales por ministerio de la y no por acuerdo de las partes, extensión que en materia pensional no podrá ir más allá del 31 de julio de 2010, sin que las partes ni los árbitros, en tránsito de la vigencia extendida, puedan establecer condiciones más favorables a las ya previstas en el acuerdo colectivo vigente.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar aquí y ahora su postura, en el sentido de señalar que en aplicación del parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, cuando la convención colectiva se encuentre surtiendo efectos a la fecha de entrada en vigor la enmienda constitucional -29 de julio de 2005-, cualquiera sea el motivo para ello - en curso de la vigencia inicial pactada por las partes, en curso de alguna de las prórrogas prevista en la ley o en trámite de resolución de conflicto suscitado por denuncia de la convención-, la extinción de las reglas pensionales allí convenidas, solo se producirá al vencimiento de los plazos o de las prórrogas automáticas producidas por mandato del artículo 478 del CST o por la firma de una nueva convención; que en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.

El nuevo criterio jurisprudencial encuentra soporte, también, en el derecho a la seguridad social en relación con el acceso a las pensiones, como garantía fundamental de los ciudadanos, derecho reconocido en diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 -ratificado en 1948-, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 -aprobado por la Ley 74 de 1968- y, el Protocolo de San Salvador de 1988 -aprobado por la Ley 319 de 1996".

Concluye el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral: *"que con base en el principio de supremacía constitucional que conlleva al de interpretación conforme a la Constitución y al de eficacia de la misma, es posible concluir que quienes pretendan el reconocimiento de la pensión de jubilación de acuerdo con una convención colectiva cuyo término inicialmente pactado fijó como finiquito de su vigencia una fecha posterior a julio de 2005, pero que se prorrogó automáticamente durante varios años consecutivos de seis en seis meses, sólo tendrían derecho a pensionarse si adquieren su derecho antes del 31 de julio de 2010."*

Además del pronunciamiento anterior, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 3343 de 2020, en proceso homólogo al que nos ocupa, expuso:

"En lo que concierne a la interpretación concreta de dicha cláusula convencional, para la Corte deriva que el derecho pensional puede ser adquirido por los ex trabajadores que al momento del retiro tengan acreditado el tiempo de servicios, pero no la edad.

Lo anterior, en tanto si bien el artículo alude a trabajadores oficiales, ello no excluye del beneficio a quienes tuvieron tal condición, pero arribaron a la edad enunciada con posterioridad a la finalización de sus contratos, pues dicha circunstancia no desvirtúa la calidad que una vez tuvieron: la de trabajadores oficiales al servicio de la entidad que, en últimas, es lo que exige la norma referida.

Al respecto, es relevante destacar que, en este caso, a la luz de la lectura de la cláusula convencional (art. 98), el derecho pensional allí consagrado goza de la particularidad de que se concede para compensar el desgaste físico que sufre el trabajador como consecuencia de muchos años de servicios. Por ello, la Sala considera que el eje central de tal prestación es el tiempo de servicios, toda vez que es el trabajo el que genera la merma laboral. La edad simplemente corresponde a una condición futura, connatural al ser humano.

Específicamente, en el marco de las relaciones de trabajo, es un hecho usual, que las pensiones se ofrezcan a los trabajadores como un aliciente a la prestación de los servicios personales en favor de un empleador, de tal suerte que, además de compensar el deterioro laboral, también funcionan como premio a la fidelidad con aquel.

Ahora, si bien por regla general, las convenciones colectivas gobiernan las condiciones de trabajo de los contratos vigentes, según lo preceptúa el artículo 476 del Código Sustantivo de Trabajo, de modo que los beneficios y prerrogativas extensivos a terceros deben ser explícitos y claros, también lo es que esta regla en materia pensional opera en forma diferente, dadas las características especiales y la finalidad de esta prestación.

Así las cosas, y como quiera que en diferentes providencias esta Sala ha comprendido en forma disímil el contenido del citado artículo 98 convencional, se precisa que, a partir de esta decisión, la interpretación válida de dicha cláusula es la que aquí se fija, esto es, que el requisito de edad en ella contenido es de exigibilidad de la prestación pensional, no de causación.

Por tanto, se equivocó el sentenciador colegiado al determinar que la edad era un requisito para causar la prestación, a pesar de tratarse de un requerimiento necesario únicamente para su exigibilidad." (subrayado fuera del texto)

Igualmente, encontramos la sentencia SL 3635 de 2020, emitida por la misma Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en la que hizo la siguiente precisión:

"*En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con*

los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia.

En ese contexto, debe entonces la Sala establecer si la accionante acredita las condiciones y requisitos exigidos en el artículo 98 convencional para obtener el reconocimiento de la prestación pensional, para lo cual ha de recordarse que son hechos indiscutidos en casación, que ingresó al Instituto de Seguros Sociales el 16 de septiembre de 1993 de modo que cumplió 20 años a su servicio el mismo día mes de 2013, y que nació el 25 de junio de 1961 y cumplió 50 años de edad en la misma fecha de 2011.

Entonces, de acuerdo con los postulados convencionales consagrados en el artículo 98 bajo análisis, según los cuales se requieren 20 años de servicios continuos o discontinuos al ISS y 50 años de edad si es mujer, la accionante tiene derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en los tres últimos años de servicio, tal como lo establece el numeral (ii) transcrito en precedencia."

Sobre la temática que nos ocupa, también se ha pronunciado la Corte Constitucional en sentencia SU 347 de 2022, en un caso homólogo, expuso que hay que "*verificar si la accionante acredita las condiciones y requisitos exigidos en el artículo 98 convencional para obtener el reconocimiento de la prestación pensional reclamada, teniendo en cuenta que, de conformidad con la norma convencional referida, su vigencia se extendió hasta el año 2017."*

Al tenor de los precedentes citados, para la Sala no resulta válido los argumentos de la parte pasiva al considerar que la convención colectiva tenía una vigencia hasta el 31 de julio de 2010, data en que debía de acreditar tanto el requisito de edad como de tiempo de servicios, omitiendo los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales que claramente han interpretado que la convención va hasta el 2017, plazo inicialmente pactado y que la edad no es requisito de causación del derecho.

Retomando la norma que refiere a la vigencia de la convención colectiva y la interpretación de los precedentes jurisprudenciales citados, teniendo en cuenta la convención 2001-2004, artículo 98, que establece, como quedó anotada en líneas anteriores, acreditar:

a) 20 años de servicios continuos o discontinuos al Instituto de Seguros Sociales
b) 50 años de edad si es mujer

Además, el artículo 101 de la misma convención colectiva precisa que *"Los servicios preados sucesiva o alternativamente en las demás entidades de derecho público podrán acumularse para el computo del tiempo requerido para poder tener derecho a la pensión de jubilación y el monto correspondiente se distribuirá en proporción al tiempo laborado en cada una de tales entidades".*

Descendiendo al caso que nos ocupa, en relación con la edad, se aporta copia del registro civil de nacimiento, documental que informa que la demandante nació el 10 de diciembre de 1959 (pdf. 01 fl. 9), por lo tanto, la edad de 50 años, la cumplió el 10 de diciembre de 2009.

En cuanto al tiempo de servicios y dando aplicación al artículo 101 de la convención colectiva, se aportó certificación del Hospital Civil de Ipiales ESE, mediante la cual informa que la demandante ocupó el cargo de Enfermera Rural a partir del 15 de junio de 1989 al 19 de junio de 1990, haciendo sus aportes en pensiones a Cajanal. (pdf. 01 fl 12). Información que guarda relación con el formato de bono pensional (pdf. 01 fl. 15), además milita el formato de bono pensional que informa que la actora laboró para el Instituto de Seguros Sociales del 12 de junio de 1998 al 31 de marzo de 2015. (pdf. 01 fl. 11) Al observase la historia laboral que lleva Colpensiones, se encuentra cotizaciones bajo el empleador Instituto de Seguros Sociales hasta el mes de abril de 2015 y con el PAR ISS desde el mes de mayo de 2015 al 31 de mayo de 2017.

Realizando el conteo de semanas tenemos un total de 1.027.86 de acuerdo con la siguiente relación:

EMPLEADOR	DESDE	HASTA	TOTAL DIAS	SEMANAS
Hospital Civil de Ipiales	12/06/1989	19/06/1990	367	52,43
Instituto de Seguros S.	12/06/1998	30/04/2015	6078	868,29
PAR ISS	1/05/2015	31/05/2017	750	107,14
				1027,86

Ese número de semanas corresponde a 20 años de servicios.

Concluye la Sala, que el tiempo de servicios lo acredita la actora al 31 de mayo de 2017, cuando la convención terminaba vigencia el 31 de octubre de 2017.

Al haber cumplido el demandante los requisitos convencionales, dan derecho a la pensión de jubilación a partir del 01 de junio de 2017, como acertadamente lo determinó la A quo, le corresponde como mesada pensional *"el 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicios."*
Atendiendo la norma convencional, es necesario definir los valores de lo devengado del 01 de junio de 2013 al 31 de mayo de 2017, sin que dentro del plenario obre prueba de ello, y la A quo no aportó la liquidación que hizo a efectos de determinar si ésta se ajusta a derecho, porque si bien, a folios 195 del pdf. 01 aparecen unos valores por asignación básica, esos documentos no aparecen firmados por la demandada, y en su lugar dice "valor pendiente de pago", lo que deja entrever que provienen de la parte actora. Con la Contestación de la demanda, se aporta la información de acumulados desde el 2006 al 2015 (pdf. 01 fl. 495), faltando los dos años siguientes, razón por la cual tampoco es posible cuantificar el valor de la mesada.

De acuerdo con el artículo 2 del Decreto 1388 de 2013, le corresponderá a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, reconocer el derecho pensional a la actora y realizar la correspondiente liquidación, teniendo en cuenta lo que devengó el demandante en el período correspondiente de 01 de junio de 2013 al 31 de mayo de 2017, y los siguientes factores salariales: la asignación básica mensual, prima de servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y transporte, valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras y valor del trabajo en día dominicales. Como lo dispone el artículo 98 de la convención colectiva 2001-2004.

De otro lado, la misma convención colectiva en su cláusula 98 consagra que es pensión es compartida con la de vejez, como lo ordenó la A quo, debiendo la UGPP, tener en cuenta ese hecho a efectos de determinar cuál es el mayor valor que le corresponde asumir.

En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que el derecho surge a partir del 31 de mayo de 2017, y la demanda fue presentada el 14 de febrero de 2018 (pdf. 01 fl. 3Por lo tanto,

ente una y otra data no transcurrió más de 3 años que pregona el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, por lo tanto, no están prescritas las mesadas pensionales.

Se autoriza a la UGPP a descontar del retroactivo pensional, salvo lo que corresponde a mesadas adicionales, los aportes a la seguridad social en salud, como lo dispone el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

Bajo las anteriores consideraciones se modificará la sentencia complementaria.

Retroactividad de las cesantías

Sobre la solicitud de la retroactividad de las cesantías, petición que no fue atendida en primera instancia al tomar como fecha en que ingresa la demandante al servicio del Instituto de Seguros Sociales en el año 1998, cuando ya no hay régimen retroactivo de esa prestación.

Decisión que fue censurada por el apoderado de la parte actora, argumentando que las cesantías de los trabajadores fueron congeladas por el empleador, con el fin de garantizar las deudas del Instituto, pero, al contrario, se terminó con el Instituto, por lo tanto, se incumplió con las obligaciones y por ello tiene derecho a esa prestación por el lapso que estuvo congelado, porque la actora venía disfrutando de un régimen retroactivo de cesantías.

Para darle solución a esa controversia, partimos del artículo 62 convencional que contiene el siguiente texto:

"CESANTIAS E INTERESES A LA CESANTIA
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 de doce por ciento (12%) anual correspondiente al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero de 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 a 31 de diciembre del año 2001, el Instituto reconocerá a partir del primero de enero de 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 con las cesantías anuales liquidadas por el año inmediatamente anterior, y disminuido en el monto de las cesantías parciales pagadas durante la vigencia, causarán intereses a las mismas tasas y para los mismos grupos de trabajadores antes señalados.

A partir del año 2002 y para efectos del pago de las cesantías parciales, se destinará una partida con recursos anuales equivalentes, como mínimo, al 18% del valor de la deuda por concepto de cesantías liquidadas a 31 de diciembre de 2001. La distribución y asignación de estos recursos se realizará conjuntamente por la empresa y el sindicato.

Para efectos de la liquidación de cesantías se tendrá en cuenta los siguientes factores:
- *Asignación básica mensual.*
- *Prima de vacaciones y de servicios legal o extralegal*
- *Horas extras*
- *Recargos nocturnos*
- *Dominicales y feriados*
- *Auxilio de alimentación y transporte*
- *Viáticos"*

Cabe preguntarse, sí la norma convencional establece condiciones inferiores a las legales, que conlleve a la ineficacia de ésta, como lo reclama la parte actora. Para ello es necesario revisar el marco normativo del régimen de cesantías de los servidores estatales, encontrándose que dentro del transcurso de este tiempo se han expedido las siguientes disposiciones:

Las Leyes 6ª de 1945 y 65 de 1946 y los Decretos 2767 de 1945 y 1160 de 1947, que previeron el derecho al auxilio de cesantías para los servidores del sector público en los órdenes nacional, seccional y territorial, en razón a un mes de sueldo por cada año de trabajo continuo o discontinuo y proporcional por las fracciones de año.

Luego se expide el Decreto 3118 de 1968 y en los artículos 3.º y 4.º en los que se dispuso que se debían liquidar y entregar al Fondo Nacional del Ahorro las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales de los Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Empresas Industriales y Comerciales del

Estado del orden nacional, excepto las de los miembros de las Cámaras Legislativas, de los empleados de las mismas, de los miembros de las Fuerzas Militares, la Policía y el personal civil del ramo de la Defensa Nacional. Es con el Decreto 3118 de 1968, que se suprimió el régimen de retroactividad para remplazarlo por el de liquidación anualizada, administrado por el Fondo Nacional del Ahorro, pero únicamente en relación con los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional.

Posteriormente el artículo 242 de la Ley 100 de 1993, "*Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*", instituyó la prohibición expresa de reconocer y pactar "*para los nuevos servidores del sector salud, retroactividad en el régimen de cesantías a ellos aplicable*", de manera que el sistema de liquidación anualizado se convirtió en la regla general para este tipo de empleados.

Más adelante, en el sector público, la Ley 344 de 1996 *"Por la cual se dictan normas tendientes a la racionalización del gasto público, se conceden unas facultades extraordinarias y se expiden otras disposiciones"* en el artículo 13 estableció la liquidación anual del auxilio de cesantías a todas las personas que se vinculen a los órganos y entidades del Estado, incluyendo las Ramas Legislativa y Ejecutiva a partir de su entrada en vigencia, esto es, el 31 de diciembre de 1996. Dice la norma:

"(…) ***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".

Luego, el Decreto 1582 de 1998 por medio del cual el presidente de la República reglamentó parcialmente el artículo 13 de la Ley 344 de 1996, extendió el régimen de liquidación de cesantías anualizado previsto en los artículos 99, 102 y 104 de la Ley 50 de 1990, a los servidores públicos del nivel territorial vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 y que se afiliaran a los fondos privados administradores de cesantías, a saber:

"*Artículo 1º.- El Régimen de liquidación y pago de las cesantías de los servidores públicos del nivel territorial y vinculados a partir del 31 de diciembre de 1996 que se afilien a los fondos privados de cesantías, será el previsto en los artículos 99, 102, 104 y demás normas concordantes de la Ley 50 de 1990; y el de los servidores públicos del mismo nivel que se afilien al Fondo Nacional de Ahorro será el establecido en el artículo 5 y demás normas pertinentes de la Ley 432 de 1998.*

Parágrafo.- Cuando los servidores públicos del nivel territorial con régimen de retroactividad se afilien al Fondo Nacional de Ahorro, los aportes al mismo se realizarán por la respectiva entidad en la forma prevista en el artículo 6 de la Ley 432 de 1998."

Por su parte, el Decreto 1252 de 30 de junio de 2000 en el artículo 2º, conservó el régimen de cesantías retroactivas para los servidores públicos que a 25 de mayo de 2000 lo disfrutaban, hasta la terminación de la vinculación laboral.

En el mismo sentido, el Decreto 1919 de 27 de agosto de 2002, que extendió el régimen de prestaciones sociales señalado para los empleados públicos de la Rama Ejecutiva del Poder Público del orden nacional, a los servidores del orden territorial, en el artículo 3º previó:

"*Los empleados públicos a quienes se les esté aplicando el régimen de retroactividad de cesantías continuarán disfrutando del mismo, en los términos previstos en la Ley 344 de 1996 y el Decreto 1252 de 2000*".

De acuerdo con el recuento normativo, existe el régimen de retroactividad de la cesantía para quienes se vinculan a las entidades estatales del nivel nacional, como lo era el Instituto de Seguros Sociales, antes de la expedición de la Ley 344 de 1996, salvo que no se hubiesen afiliado al Fondo Nacional del Ahorro. Régimen que permite la liquidación de esta prestación con el último salario devengado por todo el tiempo laborado. Mientras que el régimen anualizado, se hace la liquidación a 31 de diciembre de cada anualidad y con el valor de la remuneración percibida en esa anualidad. Por consiguiente, hay una gran diferencia entre cada uno de estos regímenes, resultando el anualizado, una desmejora para el trabajador, porque no se acumula el tiempo, ni se paga con el valor del último salario realmente devengado. Por lo tanto, al pactarse en el acuerdo convencional lo que se llamó congelamiento de la retroactividad de las cesantías por 10 años, dispuso desmejora de las condiciones prestacionales de los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales; conclusión que la Sala encuentra apoyada en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, quien también se

ha ocupado del tema que nos ocupa en sentencia SL 1901, radicación 77364 del 28 de abril del 2021, MP. Dr. Omar Ángel Mejía Amador: cuyo aparte es del siguiente tenor:

> *"Frente al alcance de dicha norma convencional, la Corte ha sido clara en señalar que de la firma de liquidar dicha prestación en efecto, se extrae 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 (CSJ SL 3823 -2020)*
>
> *La Corte, también ha precisado que las reglas del artículo 62 de la convención, son para los efectos de liquidar las cesantías, no para su pago, tal como lo señaló esta Corporación en sentencia CSJ SL 981 -2019.*
>
> *Por otro lado, el precedente ha determinado que el auxilio de cesantías es exigible a la terminación del contrato de trabajo y debe liquidarse conforme los artículos 27 del Decreto 3118 de 1968, 6 del Decreto 1160 de 1947, 13 de la Ley 344 de 1996, y el 17 literal a) de la Ley 6ª de 1945, cuando la convención no resulta aplicable (CSJ 24 de mayo de 2011, rad. 37803, SL 1012-2015).*
>
> *(...)*
>
> *Bajo los anteriores supuestos, la posición de la Sala establece la aplicación de la norma convencional que dispuso la congelación de la cesantía para el año 2002, respecto de aquellos trabajadores que tenían el régimen retroactivo de cesantía y otorgó un interés anual. Es así como a partir de 2002 se procedió a la liquidación anual hasta el 31 de diciembre de 2011, para posteriormente, regresar al sistema retroactivo de liquidación. Lo anterior, en virtud del respecto de la libre autocomposición y de la negociación colectiva, el cual tuvo como principal finalidad permitirle al ISS amoldarse a las circunstancias económicas del momento.*
>
> *No obstante, lo hasta aquí discurrido, una nueva reflexión de la Sala sobre el tópico objeto de esta decisión, hace oportuno reevaluar la referida posición jurisprudencial, para sentar una nueva teoría frente a la aplicación del artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo.*
>
> *Conforme al análisis normativo que antecede, es claro que los trabajadores que se encontraban gozando del régimen de cesantías retroactivas 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 encontraron sujetos en un principio, a las reglas fijas en la convención colectiva, pues no existe duda sobre el derecho que les 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 SL 1240-2019)

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 cesantías, 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 derecho 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."
(subrayado y negrillas fuera del texto)

Descendiendo al caso que nos ocupa, la demandante ingresó, tal como lo determinó el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en sentencia 050 de 2009, el 12 de junio de 1998, es decir, después de promulgarse la Ley 344 de 1996, por lo tanto, tuvo el régimen anualizado de cesantías y no retroactividad de esa prestación, lo que conllevará a que no hay lugar a atender el artículo 62 de la convención colectiva y con ello se desestima la pretensión elevada al respecto.

Descuentos realizados por la demandada

De acuerdo con los hechos de la demanda, se reclama la devolución:

A) De los salarios devengados por valor de $55.849.140 al laborar como enfermera de la red de salud del centro erróneamente descontados por el Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, sin ser ordenados en la sentencia 050 del 17 de marzo de 2009, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en el período

comprendido entre el 30 de junio de 2008 al 31 de octubre de 2009, desconociendo el Instituto de Seguros sociales en Liquidación de manera arbitraria, que una cosa es indemnización como sanción y otra es salario, con ello el Instituto ignoró flagrantemente uno de los elementos básicos de la relación laboral que es la remuneración.

B) Devolución de los dineros descontados por valor de $13.367.774 por los aportes para el Sistema General de Seguridad Social para el período comprendido entre el 30 de noviembre de 2003 al 30 de octubre de 2009, desconociendo la tesis del Consejo de Estado del año 2008 que en virtud del cambio jurisprudencial y dada la sentencia de esa corporación, no le es dable al Instituto de Seguros Sociales cuando la condena de reintegro de un trabajador, entrar hacer descuentos de seguridad social del período que efectivamente estuvo por fuera de la institución, en virtud a que las cosas vuelven a su estado normal como si el trabajador nunca hubiera salido de la institución estatal

Peticiones a las que la juez de primera instancia declaró prescritas. Para darle solución a este problema jurídico, se trae en cita la sentencia número 050 del 17 de marzo de 2009, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, en la que, en su parte resolutiva, ordena al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca, a reintegrar a la señora ANA CRISTINA MORA PEREZ, a su cargo de Enfermera, con un salario de $1.541.240, ordenado además el pago de las vacaciones, primas de vacaciones, primas de servicios, todo debidamente indexado. (pdf. 01 fl. 40 48)

El Instituto de Seguros Sociales, emite la Resolución 5564 del 02 de octubre de 2009, mediante la cual acata el fallo antes citado, reintegrando a la demandante al cargo de Enfermera, Grado 27, Departamento Seccional de Recursos Humano de la Seccional Valle.

A través del acto administrativo 0137 del 2010, el Instituto de Seguros Sociales autoriza la liquidación y pago de unos valores por reintegro en acatamiento de un fallo judicial. Indicando que se ha realizado la liquidación de salarios y prestaciones sociales comprendido entre el 30 de noviembre de 2003 al 30 de octubre de 2009, que en total representa la suma de

$204.554.842, suma que indica esta indexada (pdf. 01 fl. 53). Suma de la cual se extrae $13.364.326 por concepto de aportes al sistema de seguridad social que corresponden al período del 30 de noviembre del 2003 al 30 de octubre de 2009.

Si bien, ni en la parte considerativa ni resolutiva de la sentencia número 050 del 17 de marzo de 2009, emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cali, se dio la orden a la demandada Instituto de Seguros Sociales de hacer el descuento por concepto de aportes, éstos se hace por ministerio de la ley, porque al ordenarse el reintegro de la demandante, se debe entender que nunca existió ruptura de la relación laboral y ésta continuo y al tenor de los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993, durante la vigencia del contrato de trabajo, existe la obligación de cotizar al sistema general. Razón por la cual no se atiende esa súplica de la demanda, sin que haya lugar a declarar la prescripción, lo que conllevará a modificar la sentencia de primera instancia.

De otro lado, la suma de $55.849.140, que el Instituto de Seguros Sociales descontó, se toman del valor de lo devengado por la actora cuando en el interregno cesante ocupo el cargo de Enfermera de la Red de Salud del Centro Empresa Social del Estado, como se cita en la Resolución 0137 del 2010 (pd. 01 fl. 54), debiéndose recordar que existe prohibición legal de recibir doble asignación del Estado, que en caso no realizarse el descuento, la demandante hubiese recibido salario por parte de la Red de Salud y por el Instituto de Seguros Sociales, entidades ambas estatales, pago que sería simultáneo, razón por la cual, si bien, la sentencia de primera instancia no ordena ese descuento, éste también era procedente al tenor del artículo 128 de la Constitución Política. Por lo tanto, no hay derecho a la devolución de esos dineros, y por ello tampoco a declarar prescrita esa obligación.

Se revocará la condena en costas impuestas al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANTENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, representado por su vocero y administrador SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.-FIDUAGRAIA S.A., por cuanto a su cargo no queda obligación alguna respecto de las pretensiones de la demanda.

Dentro del contexto de esta providencia se ha realizado el análisis de los argumentos expuestos por los apoderados de las partes como alegatos de conclusión.

Costas en esta instancia a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP. Fíjese como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

DECISIÓN

En concordancia con lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI, Sala Tercera de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia número 308 del 19 de noviembre de 2019, y el numeral primero de la sentencia complementaria número 127 del 31 de marzo de 2002, emitidas por el juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación, para en su lugar:

a) declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva
b) Declarar ajustados a la ley los descuentos que realizó el Instituto de Seguros Sociales por concepto de aportes a la seguridad social y por salarios, de acuerdo con las consideraciones vertidas en precedencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo y revocar los numerales tercero, cuarto y sexto de la sentencia complementaria número 127 del 31 de marzo de 2002, emitida por el juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, objeto de apelación y consulta, para en su lugar:

a) Declarar que a la señora ANA CRISTINA MORA PEREZ le asiste el derecho a la pensión de jubilación convencional a partir del 01 de junio de 2017, prestación a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP

b) CONDENAR a la LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP. a reconocer el derecho pensional y realizar la correspondiente liquidación, teniendo en cuenta lo que devengado por la señora ANA CRISTINA MORA PEREZ en el período correspondiente de 01 de junio de 2013 al 31 de mayo de 2017 y los siguientes factores salariales: la asignación básica mensual, prima de servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y transporte, valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras y valor del trabajo en día dominicales.

c) CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP. a pagar a la señora ANA CRISTINA MORA PEREZ las mesadas pensionales a partir del 01 de junio de 2017, prestación que es compartida con la reconocida por Colpensiones. Correspondiéndole a la UGPP el mayor valor.

d) AUTORIZAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP, a realizar el descuento por concepto de salud del retroactivo pensional, salvo lo que corresponde a mesadas adicionales.

e) Costas en primera instancia a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP.

TERCERO: ABSOLVER al PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANTENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, representado por su vocero y administrador SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A.- FIDUAGRAIA S.A., de todas las pretensiones de la parte actora.

CUARTO. COSTAS en esta instancia a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP. Fíjese como agencias en derecho que corresponden a esta instancia, el equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El fallo que antecede fue discutido y aprobado y se ordena sea notificado a las partes por EDICTO.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

Los Magistrados

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMIREZ AMAYA
Magistrado

ALVARO MUÑIZ AFANADOR
Magistrado
Rad. 005-2018-00086-02