Ref. Ord. José Alberto Ortegón Jiménez
C/ U.G.P.P.
Rad. 006-2016-00453-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

SALA LABORAL

AUDIENCIA NÚMERO 328

Juzgamiento

Santiago de Cali, diez (10) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA NÚMERO 340

Acta de Decisión N° 079

El Magistrado Ponente **CARLOS ALBERTO OLIVER GALE**, en asocio de los Magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO** y **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** integrantes de la **SALA DE DECISIÓN LABORAL**, proceden a dictar **SENTENCIA** en orden a resolver la Apelación de la Sentencia N° No 266 de 31 de julio de 2018, emanada del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia instaurado por el señor JOSÉ ALBERTO ORTEGÓN JIMÉNEZ contra de FIDUAGRARIA como Administradora y Vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales PAR ISS y contra La Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, proceso identificado con radicado único nacional N° 76001-31-05-006-2016-00453-01.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ ALBERTO ORTEGÓN JIMENEZ por medio de apoderado judicial presentó demanda ordinaria laboral en contra de FIDUAGRARIA como Administradora y Vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales PAR ISS y contra La Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP, con el fin de que el primer ente le reconozca la reliquidación de su cesantía e intereses de cesantía e indemnización moratoria; contra el segundo ente para que sea condenado a tiene derecho a la pensión con base en el artículo 98 de la Convención Colectiva, con 55 años de edad y 20 años de servicios.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 11 de septiembre de 1958; laboró para el ISS desde el 12 de abril de 1991 hasta el 31 de marzo de 2015; que cumplió 20 años de servicios el 12 de abril de 2011; que tiene derecho a la pensión convencional; que tiene derecho a que se le reconozca la retroactividad de la cesantía, los intereses a la cesantía e indemnización moratoria.

La UGPP contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones de la demanda en especial la referente al pago de la pensión convencional por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2010 conforme al Acto Legislativo No 1 de 2005. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y prescripción.

FIDUAGRARIA contestó el libelo señalando que se le cancelaron todas sus prestaciones y no tiene derecho as la pensión. Formuló las excepciones de prescripción, buena fe de la entidad demandada e inexistencia de las obligaciones demandadas.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia No 226 de 31 de julio de 2018, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito decidió absolver a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra por el señor JOSÉ ALBERTO ORTEGÓN JIMÉNEZ.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la decisión anterior señalando que el demandante cumplió con los requisitos de edad y tiempo de servicios; que el fallo desconoce el AL No 1 de 2005, pues, se debe hacer un examen conjunto de los parágrafos 3 y 4; por otro lado, señala que tiene derecho a la cesantía retroactiva, pues, se trata de un derecho cierto e indiscutible; que la cesantía fue congelada ilegalmente.

Las partes presentaron alegatos de conclusión que se circunscribe a lo debatido en primera instancia y en el contexto de la providencia se da respuesta a los mismos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.-PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL

El Art. 2º de la convención colectiva de trabajo estableció la vigencia de la misma desde el 1 de noviembre de 2001 al 31 de octubre de 2004; de igual manera, se estableció que esa vigencia era la general salvo que la misma convención dispusiera otras vigencias para otros artículos, textualmente dispone ese precepto que:

> "La presente convención colectiva de trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1ro.) de Noviembre de dos mil uno (2.001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2.004). **Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente.**"(Las negrillas no son del texto).

En ese orden de ideas, el art. 98 del mismo acuerdo encontramos que dicho precepto consagra el reconocimiento de las pensiones de jubilación y para ello dispone un sistema gradual y escalonado de prestaciones que se extienden desde la fecha en que cobró vigencia la convención hasta el año 2017.

El citado artículo es del siguiente tenor:

> "(…) El trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicio 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 periodo que se indica continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:
>
> Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de octubre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.

> Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de octubre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos tres años de servicio.
>
> Para quienes se jubilen a partir del primero de enero 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicios (…)".

Visto lo anterior, la convención cuenta con una vigencia diferencial y superior a la inicialmente mencionada; máxime que dicha convención no fue ni denunciada ni mucho menos modificada o derogada, por lo que dichas normas mantuvieron su con fuerza vinculante y obligaban al Seguro Social.

Debe recordarse que, la convención colectiva como instrumento regulador de las relaciones laborales es susceptible de que las partes fijen el tiempo por el cual la misma va regir, sin que existiera disposición alguna al momento de celebrarse que limite el tiempo de vigencia, siendo perfectamente válido establecer una vigencia general para gran parte del acuerdo convencional y una especial para el reconocimiento de pensiones, de tal manera que las expresiones del Art. 98 permiten que aún después de la vigencia general del aludido acuerdo, esto es, 31 de octubre de 2004, se puedan reclamar prestaciones pensionales allí contenidas, y sin que por ello se entienda que corresponde a un prorroga, sino a su vigencia inicial específica para el tema de pensiones.

Al respecto se pueden consultar la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia del 14 de septiembre de 2010, Radicación No. 35.588, en la cual la dicha Corporación al analizar la vigencia de la convención del Seguro Social estimó que el Art. 98 de ese instrumento contenía una vigencia diferente y superior de la general regulada en la cláusula 2º, lo cual expresó de la siguiente manera:

> "(…) El Tribunal concluyó que para el 21 de enero de 2005, cuando la actora cumplió los 50 años de edad, la convención colectiva de trabajo no tenía vigencia, o al menos no se trajo prueba al proceso de esa circunstancia, y no puede entenderse que se prorrogó porque sus beneficiarios son trabajadores del Seguro Social y no de la Empresa Social del Estado demandada.

Ese razonamiento es en verdad equivocado, como lo pone de presente el recurrente, pues en el texto de la convención colectiva de trabajo, que obra a folios 16 a 52, se hallan consagradas cláusulas que, razonablemente interpretadas, permiten concluir que ese convenio, en algunas de sus disposiciones y dentro de ellas la que establece el derecho materia de debate, mantuvieron vigencia más allá del 31 de diciembre de 2004 y se hallaban rigiendo para el 21 de enero de 2005.

En efecto, el artículo 2, que fija la vigencia de la convención, es del siguiente tenor literal:

"La presente convención colectiva de trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1ro.) de Noviembre de dos mil uno (2.001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2.004). Salvo los artículos que en la presente convención se les haya fijado una vigencia diferente.**"(Las negrillas no son del texto).**

De esta norma se desprende que algunos de los preceptos de la convención tuvieron una vigencia diferente a la allí pactada, esto es, rigieron hasta una fecha distinta al 31 de octubre de 2004. Y uno de esos artículos es el 98, que consagra el derecho a la pensión de jubilación, cuyo reajuste se pretende, en cuanto establece:

"ARTÍCULO 98. PENSIÓN DE JUBILACIÓN

El Trabajador Oficial que cumpla veinte (20) años de servicios continuo o discontinuo (Sic) 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 el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio."

"(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.**" (El resaltado no es del texto).**

Armonizando estas dos disposiciones, ejercicio que el Tribunal, pese a que valoró la convención colectiva, no hizo, pues apreció de manera parcial el artículo segundo, **se concluye que el derecho a**

> **la pensión de jubilación consagrado en el artículo 98, se hallaba vigente para quienes ostentaran la condición de trabajadores oficiales para el 21 de enero de 2005, fecha en la que la actora cumplió con los requisitos exigidos en esa norma, esto es, 20 años de servicio y 50 años de edad**. (…)" (Resaltado fuera de texto).

El anterior criterio es reiterado en la sentencia 39808, de Noviembre 29 de 2011, así.

> "2.- Ahora bien, el Tribunal incurrió en otro yerro fáctico derivado de la errónea apreciación de la Convención Colectiva 2001-2004, al **no** darse cuenta que ésta tuvo vigencia para los trabajadores oficiales que en esa misma condición pasaron a las E.S.E.s, más allá del 31 de octubre de 2004.
>
> Al respecto se ha de precisar que un estudio armónico de las cláusulas de dicha convención conduce a concluir que varias de sus prerrogativas y concretamente las relativas a la pensión de jubilación tienen una vigencia superior a esa fecha.
>
> En efecto, el artículo 2º. Sobre vigencia de la convención, a la letra prescribe (fl.33):
>
> "La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1º) de noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). Salvo los artículos que en la presente Convención se les haya fijado una vigencia diferente."
>
> Esto significa que la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 98 que consagra el derecho a la pensión de jubilación."

Por otra parte, el parágrafo transitorio 3° de dicho Acto Legislativo textualmente dispone que: *"Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de la vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado".*

De lo anterior, se infiere que al tener la convención colectiva una vigencia diferenciada en materia de pensiones, el término establecido en dicho convenio debe respetarse aun cuando supere el 31 de julio de 2010.

La anterior interpretación ha sido avalada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU 555 de 2014, cuando expuso que la primera frase del parágrafo transitorio 3° *"Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de la vigencia de este acto legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado",* protege tanto los derechos adquiridos como las expectativas legítimas de acceso a la pensión de jubilación contenida en los pactos o convenciones colectivas existentes antes de la entrada en vigencia del A.L. No 1 de 20054, señalando que seguirán rigiendo hasta el término inicialmente pactado en la respectiva convención o pacto colectivo (fundamentos 3.4.3.4., 3.7.2., 3.7.4.2.)-

De un análisis del mandato constitucional descrito, es posible concluir que después del 31 de julio de 2010 ya no podrán aplicarse ni disponerse reglas pensionales en los pactos y convenciones colectivas, salvo que los existentes antes de la entrada en vigencia del AL estipulan como término una fecha posterior. (Fundamento 5. Conclusiones)

> "(…) Del análisis de los mandatos constitucionales descritos, es posible concluir que después del 31 de julio de 2010 **ya no podrán aplicarse ni disponerse reglas pensionales en los pactos y convenciones colectivas**, **salvo que los existentes antes de la entrada vigencia del Acto Legislativo estipularan como término inicial, una fecha posterior** (Resaltado fuera de texto).
>
> Lo anterior, sin perjuicio de lo consagrado para el régimen de transición de las pensiones legales, en el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo, que dispone:
>
> "El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750

semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014(…)".

"(…) **Además, como se indicó en precedencia, también con el parágrafo transitorio tercero se respeta incluso la expectativa legítima de aquellos trabajadores que, si bien no cumplían requisitos a la entrada en vigencia del Acto Legislativo, sí se encontraban cobijados por pactos o convenciones colectivas celebradas antes del 29 de julio de 2005 y con fecha de vencimiento posterior al año 2005 o, incluso, al 31 de julio de 2010 fecha límite fijada por el constituyente. Éstos tenían una legítima expectativa de ser pensionados de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva que firmaron mientras continuara vigente, y así lo reconoce la norma constitucional al establecer que seguirán rigiendo hasta el término de su vencimiento**. (Resaltado Fuera de Texto).

Esto es justamente lo que está recomendando el Comité Sindical de la OIT, que las pensiones convencionales que contengan reglas de carácter pensional mantengan sus efectos hasta la fecha de su vencimiento. En últimas, que se respeten los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, que es lo mismo que garantiza el Acto Legislativo 01 de 2005 tanto en el Parágrafo transitorio segundo como en el tercero, en los que establece una regla para derechos adquiridos y también una regla de transición para garantizar que se satisfagan las expectativas legítimas de pensión.

Y todo lo anterior, garantiza también la protección de la negociación colectiva en cuanto no ignora lo hasta ese momento negociado y decidido en un contexto de libertad sindical(…)".

En el mismo sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de agosto de 2017, radicación SL 13649-2017, radicación No 56855, cuando expresa:

"Adicional a ello, es válido recordar que aun cuando el beneficiario de un instrumento colectivo no sea titular de un derecho adquirido, es posible que las reglas convencionales de carácter pensional subsistan con posterioridad al 2005, incluso luego del 31 de julio de 2010, tal y como lo adoctrinó la Sala recientemente, al realizar un análisis profundo sobre el alcance de la expresión «término inicialmente estipulado» contenida en el Acto Legislativo 01 de 2005, en la sentencia CSJ SL 49768, 2 ago. 2017:

La jurisprudencia de esta Sala de la Corte, en sentencia SL 31000, 31 en. 2007, reiterada en SL 30077, 23 en. 2009, SL 39797, 24 abr. 2012, SL1409-2015 y SL4963-2016, interpretó y desentrañó de esa disposición las siguientes reglas:

"a) --El "término inicialmente estipulado" hace alusión al que las partes celebrantes de un convenio colectivo expresamente hayan pactado como el de la duración del mismo, de manera que si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el "término inicialmente pactado". Ocurrido esto, el convenio pierde totalmente su vigencia en cuanto a materia pensional se refiere y no podrán las partes ni los árbitros disponer sobre dicha materia en un conflicto colectivo económico posterior.

b) -- En el caso en que al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo un convenio colectivo estaba vigente por virtud de la figura de la prórroga automática.

c).--Cuando la convención colectiva de trabajo a la entrada en vigencia del acto legislativo se encuentra surtiendo efectos por virtud de la denuncia de la convención colectiva de trabajo y la iniciación posterior del conflicto colectivo de trabajo que no ha tenido solución.

En las dos últimas situaciones, debe advertirse que la convención sigue vigente por ministerio de la ley y no por voluntad de las partes. En estos casos, de conformidad con el parágrafo 3º transitorio, las disposiciones convencionales en materia de pensiones continúan su observancia hasta el 31 de julio de 2010 y no pueden las partes ni los árbitros, entre la vigencia del acto legislativo y el 31 de julio de 2010, pactar o disponer condiciones más favorables a las que están en vigor a la fecha en que entró a regir el acto legislativo.

Quiere decir lo anterior, que por voluntad del constituyente delegado, las disposiciones convencionales en materia de pensión de jubilación que se encontraban rigiendo a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005, mantendrán su curso máximo hasta el 31 de julio de 2010, lo que indica que ni las partes ni los árbitros pueden regular condiciones más benéficas a las estipuladas, pues la voluntad superior les ha prohibido expresamente tratar ese punto."

Nótese que, a juicio de esta Corporación, del precepto constitucional objeto de análisis se desprende una primera regla, consistente en que la expresión «término inicialmente pactado» hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes en una convención colectiva de trabajo, de manera que «si ese término estaba en curso al momento de

entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara el "término inicialmente pactado"». Esto, desde luego, se refiere a aquellos acuerdos colectivos o reglas pensionales que sean negociadas por primera vez antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y cuya fecha de finalización sea ulterior a esta reforma constitucional.

La segunda y tercera hipótesis, básicamente expresan un mismo razonamiento, en el sentido que en el evento de que la convención haya sido objeto de sucesivas prórrogas por cuenta de lo dispuesto en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo, las reglas pensionales subsisten hasta el 31 de julio de 2010, fecha fijada como límite a la pervivencia de los beneficios pensionales extralegales. A modo de ejemplo, si el vencimiento de un acuerdo colectivo ocurrió en diciembre de 2004 y por fuerza de la renovación legal aludida se ha extendido en múltiples ocasiones de 6 en 6 meses, las prestaciones pensionales allí previstas subsistirán hasta tanto sean eliminados por voluntad de las partes y como máximo hasta el 31 de julio de 2010.

La distinción entre ambos escenarios, a primera vista, parecería arbitraria, empero no lo es. En la primera situación, el constituyente delegado tuvo de presente la necesidad de respetar y darle plenos efectos a los compromisos y términos expresamente acordados por las partes, en ejercicio de su derecho de negociación colectiva, que les permite pactar libremente el tiempo de vigencia de los beneficios convencionales, sin que ello pueda ser abolido unilateralmente por una disposición jurídica. Se evitó así, la restricción e imposición heterónoma a lo que autónomamente habían negociado las partes y sobre lo cual recaían sus expectativas legítimas de que lo acordado iba a tener cierta estabilidad laboral.

Con esta fórmula podrían darse eventos en los que las reglas pensionales no solo se extiendan más allá del año 2005 sino, incluso, del 31 de julio de 2010, tal como sería el caso de una convención colectiva suscrita por primera vez en el año 2004, con una vigencia de 10, 12 o 14 años.

Con posterioridad, en la sentencia SL3343 de 2020 de 26 de agosto de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado sobre la interpretación del artículo 98 de la Convención Colectiva del ISS, lo siguiente:

"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."

Y en la SL3635-2020 de 16 de septiembre de 2020 también precisó:

"Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cobije un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010."

1.1.-En el caso concreto, el señor JOSÉ ALBERTO ORTEGÓN JIMENEZ demandó a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), con el fin de que se le pague la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo.

Se encuentra acreditado que la demandante nació el 11 de septiembre de 1958 (folio 2)´, lo que implica que cumplió la edad para acceder a la pensión de jubilación el 11 de septiembre de 2013; laboró para el ISS de forma interrumpida entre el 12 de abril de 1991 hasta el 31 de marzo de 2015 (folio 3); cumplió los 20 años de servicios al ente demandado el 12 de abril de 2011.

A folios 9 a 46 del cuaderno de primera instancia consta la Convención Colectiva 2001-2004 con los requisitos legales, siendo el demandante beneficiario de la misma por expresa disposición del mismo texto convencional (art. 3). Esta convención colectiva se prorrogó de seis meses en seis meses.

Vista la doctrina jurisprudencial tanto de la Corte Constitucional como de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se tiene que, la convención colectiva de Trabajo del ISS tiene una vigencia diferenciada en materia pensional con posterioridad al 31 de julio de 2010, es por lo que, sus disposiciones siguen son aplicables al caso objeto de apelación, lo que le da derecho a la demandante a su pensión de jubilación convencional.

Al momento del retiro de la entidad, el demandante contaba con más de 23 años de servicios y una edad de 56 años, lo que la hace acreedor a la pensión de jubilación en cuantía del 100% de lo percibido en los tres últimos años de servicios, teniendo en cuenta para la liquidación la asignación básica mensual, primas de servicios y de vacaciones, auxilio de alimentación y transporte si lo tuviere, valor del trabajo nocturno, suplementario y horas extras si lo tuviere, valor de dominicales y feriado si los tuviere, factores que deben ser indexados al momento del disfrute de la pensión que es el 1 de abril de 2015.

La pensión estará a cargo de La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), conforme a lo dispuesto por los artículos 1 y 2 del Decreto 1388 de 2013 y demás normas complementarias o que las sustituyan.
Esta pensión será compartida en la medida en que la demandante tenga derecho a la pensión de vejez otorgada por COLPENSIONES, asumiendo el mayor valor la aquí demandada, si lo hubiere.
No hay lugar a la prescripción sobre mesadas, en la medida en que, la pensión se otorga a partir del 1 de abril de 2015 y la demanda fue incoada el 19 de septiembre de 2016, sin que transcurriera el término de tres (3) años de que trata el artículo 151 del CPTSS, sin perjuicio de la interrupción de la prescripción por la reclamación administrativa

2.- RETROACTIVIDAD DE CESANTÍA, CONVENCIÓN COLECTIVA Y NORMA MÍNIMA

Ley 344 de 1996:

Artículo 13. Sin perjuicio de los derechos convencionales, y lo estipulado en la Ley 91 de 1989, a partir de la publicación de la presente Ley, las personas que se vinculen a los Órganos y Entidades del Estado tendrán el siguiente régimen de cesantías:

a) El 31 de diciembre de cada año se hará la liquidación definitiva de cesantías por la anualidad o por la fracción correspondiente, sin perjuicio de la que deba efectuarse en fecha diferente por la terminación de la relación laboral;

b) Les serán aplicables las demás normas legales vigentes sobre cesantías, correspondientes al órgano o entidad al cual se vinculen que no sean contrarias a lo dispuesto en el literal a) del presente artículo.

c) <Inciso 3o. Inexequible>

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

Las normas que consagraban la cesantía en forma retroactiva demandante son la Ley 6 de 1945 artículo 17, artículo 1 Ley 65 de 1946, artículos 1, 2 y 4 del Decreto 1160 de 1947 entre otras.

El artículo 62 de la Convención Colectiva es del siguiente tenor:

"ARTICULO 62. CESANTIA E INTERESES A LA CESANTÍA:
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 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 a 31 de diciembre del año 2001, el Instituto reconocerá a partir del primero de enero del año 2002, intereses equivalentes al 15% anual. En 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 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 cesantía se tendrán en cuenta los siguientes factores:
Asignación básica mensual
Prima de vacaciones y de servicio legal o extralegal
Horas extras
Recargos nocturnos.
Dominicales y feriados
Auxilio de alimentación y transporte
Viáticos."

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha tocado el tema de la retroactividad de la cesantía antes de Ley 344 de 1996 y la convención colectiva, en Sentencia de 19 de julio de 2007, M.P. Dra. Elsy Del Pilar Cuello Calderón:

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

"Consecuencia de lo dicho, es que el Tribunal no pudo incurrir en ninguno de los desaciertos fácticos que se atribuyen, derivados de la convención colectiva de trabajo vigente por el período 2001-2004, puesto que la previsión contenida en la cláusula 62, sobre la liquidación anual de la cesantía, ya la había regulado la Ley 344 de 1996, que desechó el Tribunal, por estimar, se repite, que no se aplicaba al caso de la trabajadora vinculada en 1994".

En reciente sentencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 1901-2021 de 28 de abril de 2021), precisó la retroactividad de la cesantía del ISS respecto a las persona vinculadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 y7o a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantía retroactivo, no les resulta aplicable el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo por tratarse de una prescripción legal que resultaba irrenunciable y desconoce los derechos mínimos del trabajador.

De lo anterior, se tiene que, las personas vinculadas a un ente estatal antes de la vigencia de la Ley 344 de 1996, independientemente de lo que señalaran las convenciones colectivas aplicables a trabajadores oficiales, tenían un régimen retroactivo de cesantía.

La ley laboral, regula el mínimo de derechos de los trabajadores, el cual no puede ser desconocido por el empleador a través del contrato de trabajo, ni en forma unilateral y mucho menos a través de la convención colectiva de trabajo.

La convención colectiva de trabajo, a voces del artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, es la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones de empleadores, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 10 de marzo de 1995[1], precisó sobre la norma mínima:

"La H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de abril 9/59 ha dicho: "Legalidad y validez de todo pacto por encima del mínimo. El texto del Art. 13 es una proposición jurídica inexpugnable, la ley sustantiva consagra un mínimo de prestaciones; todo pacto por debajo de ese mínimo es nulo y carece de efectos. La interpretación que el recurrente considera verdadera haría decir al texto anterior que todo pacto por encima del mínimo daría derecho a repetición de lo pagado, lo cual no se avine en manera alguna con la sencilla declaración del mandato legal. O que si los "pluses" reconocidos y pagados lo fueron en desarrollo de un derecho extraño al colombiano, al aplicarse éste debería procederse a una compensación, sin tener en cuenta la heterogeneidad de los extremos".

El principio de la norma mínima deviene del artículo 53 de la Constitución Política, artículos 13, 14 y 16 del Código Sustantivo del Trabajo, sobre mínimo de derechos y garantías, el carácter de orden público de las normas que regulan el trabajo humano e irrenunciabilidad.

Como el caso tratado, se refiere a una trabajadora oficial, debe recordarse que el Código Sustantivo del Trabajo (Art 3), regula las relaciones colectivas de trabajo, oficiales y particulares, es por lo que, puede aplicarse la normatividad antes referenciada a una situación que deviene de la convención colectiva de trabajo.

Aunque está derogado el artículo 49 de la Ley 6 de 1945, resulta ilustrativo su contenido para la garantía de la norma mínima y la convención colectiva de trabajo:

"Las disposiciones legales, en cuanto sean más favorables a los intereses de los trabajadores, se aplicarán de preferencia a las estipulaciones de la convención colectiva de trabajo, o de las decisiones arbitrales; a su turno, las cláusulas de éstas sustituyen de derecho las de los contratos individuales, anteriores o subsiguientes, en cuanto sean de mayor beneficio para los trabajadores"

[1] M.P. Jorge Iván Palacio, radicación 7227, Sección Primera. Tomada de la obra Principios Constitucionales y Legales del Derecho del Trabajo Colombiano, de Iván Daniel Jaramillo Jassir, Universidad del Rosario, 2010, páginas 328 y 329.

Ahora bien, las relaciones entre la ley y la convención colectiva, presenta tres modelos a saber[2]:

b.1.1) El modelo clásico, bajo el cual la ley constituye mínimo, de manera que el contrato colectivo puede derogar sólo *in melius*, con fundamento en la ratio del Derecho del Trabajo, esto es, la lógica *favor prestatoris* para proteger a la parte débil de la relación laboral en reconocimiento de la desigualdad fáctica"

b.1.2) Modelo de limitación de derogación *in melius:* la ley se convierte en el límite máximo en que las partes pueden pactar condiciones en el marco de la negociación colectiva. En Colombia se encuentran limitaciones *in melius*- que solo son justificables jurídicamente cuando tienen por objeto la prevalencia del interés general-; un ejemplo de ello se encuentra en el Acto Legislativo 01 de 2005…"

b.1.3) Modelo de desregulación: a pesar de existir la regla genérica de inderogabilidad *in peius*, la ley autoriza al convenio colectivo a introducir tratamientos peyorativos bajo determinadas condiciones. Existen ejemplos de reformas laborales que utilizan este instrumento de reenvío a la convención colectiva para posibilitar que las partes acuerden medidas *in peius"*

En Colombia, salvo el caso de pensiones, utiliza el modelo clásico.

Ahora bien, partiendo de la base de que un trabajador oficial, vinculado antes de la expedición de la Ley 344 de 1996, tiene un régimen de cesantía retroactivo, no puede la convención colectiva desconocer ese mínimo de derecho que establece la ley, pues se torna ineficaz.

En ese orden de ideas, como el demandante se encontraba vinculado al ISS, desde el 12 de abril de 1991 hasta el 31 de marzo del

[2] Jaramillo Jassir, Iván Daniel, obra citada páginas 330 y 331.

año 2015 (folio 2), su régimen de cesantía es retroactivo, es por lo que se ha de modificar el valor de la cesantía.

En términos del Decreto 1160 de 1947 artículo 4, se debe tomar un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año.

El demandante laboró 23 años, 11 meses y 18 días, partiendo de una base promedio para liquidar la cesantía en forma definitiva de $2.006.851 (folio 70), lo que nos arroja la suma de $48.097.529., cantidad a la que debe descontar el anticipo de cesantía de $39.733.093, menos lo recibido por cesantía $2.275.847, para un total a pagar de $6.088.589,oo, suma por la cual debe elevarse condena por concepto de diferencia de cesantía. Esta suma debe indexarse al momento del pago.

Se condenará por concepto de intereses a la cesantía la suma de $730.630.oo.

Resultan infundadas las excepciones en los términos antes señalados.

3.- INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Con relación a la indemnización moratoria, tratándose la demandante de una trabajadora oficial, la normatividad aplicable es el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 que consagra la misma después de un término de gracia de 90 días después de finalizado el contrato de trabajo, que tiene la administración para que se pronuncie y pague las acreencias laborales.

Debe recordarse que, la indemnización moratoria no es de aplicación inexorable y automática, sino que requiere el actuar de mala fe de la demandada al no pagar salarios, prestaciones e incluso indemnizaciones en tratándose de trabajadores oficiales.

No resulta estar revestida de buena fe la conducta de la demanda al no liquidar y cancelar la cesantía de forma retroactiva, empero, en materia de moratoria del ISS hay que atenerse al criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema cuando señaló que la misma en tratándose del ISS liquidado solo procedía hasta la fecha de la liquidación y como en el caso concreto la señora Lara Álvarez laboró hasta el 31 de marzo de 2015 fecha de finalización del proceso liquidatario de dicho ente estatal.

En efecto en sentencia de 23 de enero de 2019, SL 194-2019, Rad. 71154, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisó:

"La sala subraya que con la extinción definitiva de la entidad se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, por tanto, no es viable extender la sanción más allá del 31 de marzo de 2015. Así lo ha entendido esta Corporación en los eventos de disolución y liquidación de entidades en los que tampoco es posible emitir orden de reintegro o de reinstalación más allá de la existencia de la entidad, lo mismo sucede en tratándose de la sanción moratoria dado que no es lógico condenar por la demora en la atención de obligaciones a quien se encuentra imposibilitado para cumplir."

"En consecuencia precisa la Corte Suprema de Justicia su criterio a fin de establecer que cuando ocurre la liquidación de la entidad, la sanción moratoria se calcula hasta que aquella deja de existir. Esto se explica, porque al no tener el ISS la posibilidad de atender las obligaciones ordenadas en este trámite judicial con posterioridad la liquidación final, necesariamente debe considerarse esta circunstancia para limitar la condena por indemnización moratoria hasta la fecha de la extinción de la entidad, acaecida el 31 de marzo de 2015."

En consecuencia, como el contrato finalizó el día de la liquidación final de la entidad, no es dable aplicar la moratoria prevista en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, en su lugar, se aplicará la indexación por el deterioro de

la moneda producto del fenómeno económico de la inflación dado el transcurso del tiempo.

Es de anotar que, la indexación fue pedida en el libelo, lo mismo que en el recurso de alzada.

Respecto de la prescripción tenemos que el contrato de trabajo finalizó el 31 de marzo del año 2015 y la demanda fue incoada el 19 de septiembre 2016, sin que transcurriera el término de 3 años de que trata el artículo 151 del C. P. del T. y de la S. S.

Se impondrán costas en primera y segunda instancia a UGPP y a FIDUAGRARIA por haber perdido el proceso y ser vencido en segunda instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del tribunal superior del distrito Judicial de Cali, administrando justicia, en nombre de la república y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO REVOCAR la sentencia apelada No 266 de 31 de julio de 2018, emanada del Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, y en su lugar, se declaran no probadas las excepciones formuladas por La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), y de FIDUAGRARIA PAR ISS

SEGUNDO: CONDENAR a La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) a pagar al demandante señor JOSÉ ALBERTO ORTEGÓN JIMÉNEZ la pensión de jubilación convencional a partir del 1 de abril de 2015, en cuantía del 100% de lo percibido en los tres últimos años de servicios, teniendo en cuenta para la liquidación la asignación básica mensual, primas de servicios y de vacaciones, auxilio de alimentación y transporte, valor del trabajo nocturno, suplementario y horas extras, valor de dominicales y feriado, en la medida en que dichos factores se

hayan causado. Tales factores deben ser indexados al momento del disfrute de la pensión. Esta pensión será compartida en la medida en que la demandante tenga derecho a la pensión de vejez otorgada por COLPENSIONES, asumiendo el mayor valor la aquí demandada, si lo hubiere.

TERCERO: CONDENAR al **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - P.A.R. I.S.S. LIQUIDADO, ADMINISTRADA POR LA SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. - FIDUAGRARIA S.A.** a pagar al señor JOSE ALBERTO ORTEGÓN JIMÉNEZ la suma de $6.088.589.oo,oo, por concepto de diferencia de cesantía, suma que debe indexarse al momento del pago y a la suma de $730.630.oo. por concepto de intereses a la cesantía.

CUARTO: ABSOLVER a **FIDUAGRARIA S.A.** de la indemnización moratoria del artículo 1 del Decreto 797 de 1949, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: COSTAS en ambas instancias a cargo **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL (UGPP)** y **FIDUAGRARIA S.A.**, las de primera instancia se tasarán por el a quo. Agencias en derecho en segunda instancia $1.000.000.oo a cargo de cada una de las demandadas.

SEXTO: A partir del día siguiente a la inserción de la presente decisión en la página web de la Rama Judicial en el link de sentencias del Despacho, comienza a correr el término para la interposición del recurso extraordinario de casación, para ante la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, si a ello hubiere lugar.

NOTIFÍQUESE POR VÍA LINK RAMA JUDICIAL O CUALQUIER OTRO MEDIO VIRTUAL EFICAZ

Se firma por los magistrados integrantes de la Sala:

CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

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

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO

LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

e068e9289b92f33eb4117d605ea47613cb1dcaddf94e33ea832346409526894e

Documento generado en 10/09/2021 10:19:24 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica