

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



**SALA LABORAL**

Medellín, veinticuatro (24) de noviembre dos mil veintitrés (2023)

La **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, conformada por los Magistrados Jaime Alberto Aristizábal Gómez, quien actúa como ponente, Francisco Arango Torres y John Jairo Acosta Pérez, proceden dentro del proceso ordinario con radicado número 05001310500320160113201, promovido por el señor **NELSON DE JESÚS ÁLVAREZ HOLGUIN**, en contra de **FIDUAGRARIA S.A. EN CALIDAD DE VOCERO DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS LIQUIDADO y LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, a resolver el recurso de alzada interpuesto por la parte en contra de la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 13 de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 “...Por medio de la cual se establece la vigencia permanente del Decreto Legislativo 806 de 2020 y se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia y se dictan otras disposiciones...”, se toma la decisión correspondiente mediante providencia escrita número **372**, previamente discutida y aprobada por los integrantes de la Sala.

## **ANTECEDENTES**

Pretende el actor, se declare que tiene derecho a disfrutar por cuenta del extinto ISS del Plan de Retiro Voluntario propuesto por la entidad a sus trabajadores en Resolución 3473 del 24 de noviembre de 2014 y en consecuencia le sean reconocidas las prerrogativas del mismo, además, que se reconozca la indemnización de perjuicios por no habersele permitido acceder y disfrutar de manera efectiva al Plan de Retiro Voluntario. Subsidiariamente y en caso de no prosperar las anteriores pretensiones, solicita sea condenada la demandada a pagar al Sistema de Seguridad Social los aportes para salud y pensiones hasta la fecha que cause la pensión de vejez, así como las cesantías liquidadas con base en el régimen de retroactividad por todo el tiempo de duración de la relación laboral y, los intereses a las cesantías causadas para los años 2013; 2014 y proporcionalmente 2015. Solicita se condene a la demandada al pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y de la indemnización moratoria o en su defecto la indexación de las condenas.

Manifiesta el actor, que laboró a favor del Instituto de Seguros Sociales a través de un contrato de trabajo suscrito el 23 de junio de 1980 y que se extendió hasta el 31 de marzo de 2015, fecha de la finalización del proceso liquidatorio del Instituto de Seguros Sociales. Que Medicina Laboral del Instituto de Seguros Sociales le asignó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 26.40% de origen común, estructurada el 10 de mayo de 2006. Que por Resolución No.3473 del 24 de noviembre de 2014 se les ofreció a los trabajadores un Plan de Retiro Voluntario, que le fue ofrecido al actor en esa misma fecha por valor de \$262.217.761 más el pago de aportes al Sistema General de Seguridad Social y, que fue aceptado por éste, mediante comunicación dirigida a la entidad el 9 de diciembre de 2014, sin embargo, manifiesta que el trabajador que a pesar de acudir a la cita para la suscripción del acuerdo, el 29 de diciembre de 2014, no pudo disfrutar del plan referido, porque dada su situación de discapacidad, el empleador debía presentar permiso para despedir al actor ante el Ministerio de Trabajo y aunque se comprometió a adelantar el trámite ante el mismo Ministerio, no lo hizo y por tanto, el trabajador no pudo acceder al Plan de Retiro Voluntario, vulnerando su

derecho a la igualdad. Al terminar la relación laboral se le pagó la suma de \$191.945.960 dentro de la cual se incluyó la indemnización por despido convencional por la suma de \$146.521.043, sin que se le pagara una indemnización adicional por su estado de discapacidad. También le fueron pagadas las cesantías definitivas del actor, por valor de \$40.999.911, liquidación que no tuvo en cuenta el régimen de retroactividad de las cesantías por todo el tiempo de servicio, afirma que también fue deficitario el cálculo de intereses a las cesantías. Dio cuenta que era beneficiario del retén social por tener a su cargo a su hijo que también se encuentra en situación de discapacidad. Así entonces, presentó el reconocimiento de sus derechos por escrito radicado el 16 de febrero de 2016, ante el PAR ISS y el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL.

Notificado el auto admisorio de la demanda a cada una de estas entidades, procedieron a dar respuesta en los siguientes términos:

El **MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, manifestó que no tuvo relación laboral de ninguna naturaleza con el actor, por lo que desconoce los pormenores de su vinculación. Que no es un sustituto ni sucesor procesal del extinto Instituto de Seguros Sociales, por lo que no puede ser destinatario de una eventual condena. Resalta que los Decretos 2013 de 2012 y 553 de 2015 no transfirieron las obligaciones, activos y pasivos del ISS al Ministerio de Salud, sino que dispuso la obligación a cargo del Ministerio, de aprobar el informe final del liquidador, por lo que no tiene cargas patrimoniales que asumir a su cargo. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones de “Falta de legitimación en la causa por pasiva”; “Inexistencia del derecho a reclamar indemnización por despido injusto”; “Inexistencia del derecho a reclamar beneficios convencionales congelados expresamente, violación con las pretensiones de la demanda del principio de seguridad jurídica”; “Improcedencia del pago de la sanción moratoria”; “Inexistencia de causa para demandar”; “Solidaridad condicionada entre las dos demandadas”; “Prescripción” y “La innominada”

Por su parte, el **PAR ISS** aceptó que al actor se le ofreció el Plan de Retiro Voluntario y que éste manifestó acogerse al mismo, que el actor acudió a la Dirección Territorial de Antioquia – Ministerio del Trabajo el 29 de diciembre de 2014 para llevar a cabo la audiencia de conciliación y afirma que no pudo llevarse a cabo por causas ajenas al extinto Instituto de Seguros Sociales, que no le consta que se haya asumido ningún compromiso por parte del apoderado de la entidad. Que al momento de la desvinculación le fueron pagadas todas las prestaciones sociales a las que tenía derecho el actor y que en efecto no se tuvo en cuenta el régimen de retroactividad de las cesantías, pues en enero de 2002 el ISS liquidó y pagó de manera retroactiva las cesantías de todos los trabajadores y junto con los intereses del 12%, y que en los años subsiguientes, hasta 2011, se reconocieron intereses anuales del 12% sobre el valor de las cesantías causadas anualmente y ya en 2012, se retomó el proceso de liquidación retroactiva de las cesantías, calculando el último salario devengado en los períodos anteriores y posteriores al congelamiento, adicionando las sumas anuales acumuladas y restando retiros parciales o anticipos durante la vinculación laboral, conforme lo pactado en la Convención Colectiva de Trabajo. Manifestó, además que, de conformidad con la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, específicamente en la sentencia C 991 del 12 de octubre de 2004; la protección de las personas beneficiarias del retén social debía ser extendida mientras se encontrara vigente el proceso liquidatorio de la entidad, por tanto, el actor fue beneficiario de la estabilidad reforzada hasta la fecha definitiva de liquidación, esto es, hasta el 31 de marzo de 2015. Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones propuestas y formuló como excepciones de mérito las de “Inexistencia de la obligación de reconocer el plan de retiro voluntario”; “Inexistencia de reconocer el retroactivo de las cesantías y los intereses a las cesantías”; “No procede el pago de la indemnización adicional de conformidad con la Ley 361 de 1997”; “Improcedencia de la sanción moratoria”; “Pago”; “Compensación” y “Prescripción”.

En sentencia del 31 de enero de 2019, el **Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín**, declaró que sí existía causa para que la entidad demandada FIDUAGRARIA – PAR ISS y solidariamente el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL liquidaran y pagaran el ofrecimiento de retiro voluntario

realizado por la entidad y aceptado por el demandante. Por tanto, condenó al Patrimonio Autónomo y solidariamente al Ministerio a pagar al actor \$70.271.801, suma que deberá ser indexada desde el 1° de abril de 2015 y hasta la fecha del traslado efectivo, ordenó, además, realizar el pago de las cotizaciones al sistema general de pensiones desde el 1 de abril de 2015 hasta el 31 de marzo de 2018, tomando el ingreso base de cotización del último salario e indexándolo para los años 2016; 2017 y 2018. Absolvió de la pretensión de reliquidación de cesantías y de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Condenó en costas a las demandadas.

### **RECURSOS DE APELACIÓN**

Contra esta sentencia, se interpuso recurso de apelación por cada una de las integrantes de la Litis, bajo los siguientes presupuestos:

El apoderado del PAR ISS – FIDUAGRARIA, manifestó estar en desacuerdo parcialmente con lo decidido por el Juez de primera instancia, así entonces, fundó su inconformidad en la orden de pagar la diferencia entre la liquidación entregada por el extinto ISS y el ofrecimiento del Plan de Retiro Voluntario, toda vez que no es procedente reconocer el plan regulado en la Resolución 3473 de 2014, porque perdió vigencia para diciembre de ese mismo año. Afirma que, si bien en su momento el ISS tuvo la voluntad de llevar a cabo un acuerdo conciliatorio con la parte, este plan de Retiro Voluntario no fue aceptado en la audiencia de conciliación llevada a cabo en el Ministerio de Trabajo, pues requirió una manifestación o renuncia sobre la pérdida de capacidad laboral, y aunque bien es cierto que la discapacidad no era un condicionante para que fuera o no aceptado el Plan de Retiro a favor del trabajador, no puede ser imputable a la entidad la falta de suscripción dentro del término de vigencia del acuerdo. Además, la desvinculación del actor no se debió a su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino a la liquidación definitiva de la entidad conforme lo ordenado por Ley.

EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL también formuló recurso de apelación, fundada en que el despacho condenó a la entidad a responder

solidariamente por las condenas emitidas en sentencia. Indica que el Decreto 541 modificado por el Decreto 1051 de 2016 en ninguna parte determina la solidaridad del Ministerio en las obligaciones adquiridas por el Instituto de Seguros Sociales, pues esta solidaridad sólo empieza a correr en el momento en que los recursos del PAR ISS se agoten en su totalidad. La condena de solidaridad implicaría que eventualmente el Ministerio tendría que hacer pagos con recursos propios del Sistema de Salud, por lo que, de haber condena, tendría que ser desde la posición de garante. Afirma que no debe condenarse a la entidad al pago de costas procesales, porque nunca estuvo involucrado en la relación jurídico procesal que dio origen en este proceso.

La parte DEMANDANTE, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho, aclarando que tiene un carácter eventual, pues el recurso sólo debe revisarse de fondo en caso que se revoque la sentencia de primera instancia. Manifiesta no estar de acuerdo con la absolución de la retroactividad de las cesantías por todo el tiempo de servicio. El despacho alegó, que la retroactividad de una norma legal debe ser el resultado de una disposición excepcional del legislador o, si se trata de una norma convencional, la retroactividad debe estar dispuesta por la voluntad de las partes. Contraria a la tesis del despacho, la parte activa considera que por la naturaleza jurídica de la del derecho que se trata y por el momento en que es exigible, en realidad no se trata de un problema de retroactividad, sino es que se trata de un problema de establecer bajo qué modalidad o sistema deben ser liquidadas las cesantías una vez se hacen exigibles. Entre el sindicato y el ISS se pactó el congelamiento de las cesantías por un término de 10 años, entre el 1 de enero de 2002 y el 31 de diciembre del 2011, las partes pactaron que a partir de esa fecha el congelamiento de las cesantías dejaba de tener efecto, se producía el descongelamiento y eso significa, que a partir de ese momento se presenta la modalidad de la aplicación de las cesantías bajo el régimen de retroactividad, que implica tener el salario promedio del último año del trabajador por el número de años laborados por éste, por este motivo, no hay razón para que los trabajadores a los que se les hizo exigible las cesantías, con posterioridad al 1 de enero de 2012, se aplique un régimen ecléctico, un régimen mixto de liquidación anual por unos años y liquidación retroactiva por otros, el

descongelamiento significó dejar sin efectos aquello que estaba congelado, y determina que el sistema de liquidación retroactiva vuelve a regir de manera integral, tal como lo entendió la misma institución y la Procuraduría cuando se produjo el descongelamiento. Asegura que al demandante sí se le debe reconocer el sistema de retroactividad plena de cesantías, pues el demandante tiene régimen de cesantías de orden legal, por haber ingresado a la institución antes de 1996, entonces, ¿podía el sindicato disponer de un derecho de orden legal del demandante que hace referencia a un aspecto prestacional? Para el apoderado de la parte demandante la respuesta es negativa, pues la negociación colectiva no puede conducir que se afectara un derecho de orden legal, del que era titular el demandante, quien nunca renunció de manera expresa a las cesantías con retroactividad. Así entonces solicita sean reajustadas las cesantías teniendo en cuenta el sistema liquidatorio así como los intereses a las cesantías de 2013; 2014 y 2015. Solicita se acceda a la segunda pretensión subsidiaria, que no fue examinada por el Juez de primera instancia, por haber accedido a la pretensión inicial.

Frente al recurso promovido por la apoderada de la demandante, la competencia de esta Corporación está dada por los puntos que son objeto de apelación, de conformidad con los Artículos 15 y 66A del C.P.L y de la S.S., respectivamente.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

La apoderada del PAR ISS solicita se revoque en su totalidad la sentencia emitida el 31 de enero de 2019, para ello, expone que el Plan de Retiro Voluntario fue propuesto a todos los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales, pero esta propuesta tenía un plazo de expiración. Ahora, en cuanto a las pretensiones derivadas del pago de cesantías retroactivas, la apoderada indica que en el artículo 134 de la Convención Colectiva de Trabajo se estipuló el congelamiento de las cesantías a partir del año 2002 hasta el 31 de diciembre de 2011, monto calculado con intereses a las cesantías del 12%, que fueron cancelados anualmente a los trabajadores, hasta el año 2012, fecha en la que, por expiración del plazo pactado se retomó el proceso de liquidación retroactiva de las cesantías. Afirma que al actor se le pagó la totalidad de emolumentos adeudados al momento de la terminación

del contrato de trabajo, que se dio por la liquidación del ISS, cancelando sus prestaciones sociales legales y la indemnización convencional.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante, solicita sea confirmada la sentencia de primera instancia, toda vez que el Instituto de Seguros Sociales asumió el compromiso de adelantar ante el Ministerio de Trabajo el trámite correspondiente para obtener la autorización para celebrar el acuerdo conciliatorio con el demandante, tal como aparece en la constancia del 29 de diciembre de 2014. Así entonces, la entidad omitió realizar los trámites administrativos ante el Ministerio de Trabajo, lo que le causó un detrimento económico correspondiente a la diferencia entre lo recibido por concepto de indemnización convencional y prestaciones sociales definitivas, con los beneficios contenidos en el plan de retiro voluntario, estas diferencias suponen un 40% más de la indemnización convencional; la liquidación de las cesantías conforme el régimen de retroactividad y; 3 años de aportes al sistema de seguridad social, entre 2015 y 2018. Teniendo en cuenta entonces, que la entidad ofreció el Plan de Retiro Voluntario al demandante, que éste lo aceptó y que no estaba pensionado ni cumplía los requisitos para la causación de la pensión de vejez, el demandante tiene derecho a gozar de los beneficios del Plan de Retiro Voluntario, lo que hoy se traduce en la condena al reconocimiento de la diferencia entre lo dispuesto por dicho plan y lo efectivamente recibido por el demandante. Recordó que se interpuso recurso de apelación que tendría efectividad sólo en caso de presentarse una revocatoria de la sentencia de primera instancia, caso en el cual se estudiaría la pretensión subsidiaria relativa al sistema de liquidación con retroactividad de cesantías, pretensión de la que se absolvió en primera instancia. Indica que la Corte Suprema de Justicia ha sostenido una posición según la cual no es dable que en una convención colectiva de trabajo se afecte un derecho de orden legal, como es el de la retroactividad de las cesantías, que aplica para los trabajadores oficiales vinculados antes de 1997, pues la libertad de negociación no puede ir en desmedro de los derechos ciertos e irrenunciables de los trabajadores, solicita entonces, en caso de revocarse la condena principal, se revoque también la negativa a reconocer el derecho del demandante a gozar del régimen de retroactividad de las cesantías, procediendo a



su reajuste y al reconocimiento de los intereses que le acompañan, por todo el tiempo de servicio.

### **PROBLEMA JURÍDICO**

El problema jurídico de esta segunda instancia consiste en establecer si es dable ordenar al PAR ISS el reconocimiento del Plan de Retiro Voluntario, bajo el presupuesto que fue ofrecido por el Instituto de Seguros Sociales y aceptado por el demandante, pero no fue llevado a su consolidación con anterioridad al 31 de diciembre de 2014. En caso de encontrar una respuesta negativa a lo planteado, se determinará si es procedente condenar al PAR ISS al reajuste de las cesantías teniendo en cuenta el sistema de retroactividad de las cesantías junto con los intereses a las cesantías y a la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En todo caso, habrá de determinarse si el Ministerio de Salud y Protección Social debe responder por las obligaciones contraídas por el extinto Instituto de Seguros Sociales y de ser así, en qué calidad.

### **CONSIDERACIONES**

Para resolver el problema jurídico planteado, vale recordar que mediante Decreto 2013 de 2012 se dispuso la supresión y liquidación del Instituto de Seguros Sociales y en su artículo 22 dispuso que podía ejecutar un plan de retiro consensuado para los trabajadores oficiales se encontraran vinculados a la fecha. Luego de un primer proceso de ofrecimiento del Plan de Retiro Consensuado en el año 2012, el liquidador de la entidad pública emitió la Resolución 3473 del 24 de noviembre de 2014, según la cual se presentaba una alternativa a los trabajadores para dar una finalización a la relación laboral que sostenían, mediante el mecanismo alternativo de la conciliación.

En el considerando del acto administrativo se definió el Plan de Retiro Consensuado, disponiendo que *“es soportado en un ofrecimiento unilateral, libre y voluntario que la Administración de una entidad, hace en cualquier momento y con cualquier*

*contenido de oferta para que los trabajadores decidan libremente si se acogen o no al mismo” en términos generales se estableció que sería ofrecido a los trabajadores oficiales que se encontraran vinculados a la fecha, con excepción de las personas que hayan cumplido requisitos para adquirir la condición de pensionado. Luego de la oferta, el trabajador debía manifestar su avenencia por escrito, para formalizarlo “con la suscripción de la correspondiente acta de conciliación ante Autoridad Competente”*

La jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral he tenido un criterio pacífico sobre la promoción de planes de retiro voluntario por parte de los empleadores, para la Corporación es un acto plenamente legítimo pues, en sí mismo, no es un mecanismo de coacción, ya que el trabajador puede rechazar la oferta en completa libertad e, incluso, puede representar una forma conveniente de poner fin a una relación laboral, precaviendo conflictos que puedan presentarse en desarrollo de las relaciones de trabajo. Al respecto, las sentencias SL 3823 de 2020, SL 4659 de 2020; SL 3444 de 2015, entre otras.

Y así como la aceptación de un plan de retiro anticipado es plenamente potestativo del trabajador, así también el ofrecimiento resulta discrecional para el empleador, pues se parte del supuesto que los derechos y obligaciones que surgen en el contrato fueron adquiridos por acuerdo entre las partes. La Sala de Casación Laboral en un caso de similares supuestos fácticos<sup>1</sup>, estudió la efectividad de una cláusula convencional en la que se requería el mutuo acuerdo entre las partes para el reconocimiento de la pensión de jubilación, y consideró que la decisión en la conveniencia del retiro de un trabajador, es de libre examen para ambas partes y su negativa no desconoce ningún derecho mínimo legal en materia pensional o laboral, la cita en extenso dice:

“Al tenor de las anteriores normas, una obligación puede someterse a una *condición potestativa*, que depende de la voluntad del acreedor o del deudor, diferente de la *condición casual*, dependiente de un hecho fortuito ajeno a la voluntad de las partes. A su vez, de acuerdo con el artículo 1535 del Código Civil, del que se valió el Tribunal, es nula la obligación contraída bajo una *condición meramente potestativa*, denominada en la doctrina

---

<sup>1</sup> SL 1329 del 25 de abril de 2018 MP. Rigoberto Echeverri Bueno.

condición «*si voluero*», que es la que depende de «...*la mera voluntad de la persona que se obliga...*» o de su simple capricho.

Ahora bien, es verdad que el *mutuo acuerdo* planteado en el texto del artículo 11 de la convención colectiva de trabajo refleja una *condición potestativa* que suspende el nacimiento de la obligación pensional, en la medida en que, en los términos allí planteados, a las partes les basta con no prestar su consentimiento para que la pensión de jubilación no surja a la vida jurídica. En ese sentido, como sucedió en este caso, al empleador le bastaba con mostrar su desinterés en el reconocimiento de la pensión de jubilación para que dicha obligación no se hiciera efectiva, de manera que, en cierta forma, el nacimiento de la acreencia sí dependía de su mera voluntad, como lo determinó el Tribunal.

Sin embargo, el referido *mutuo acuerdo* entre las partes que consagra el artículo 11 de la convención colectiva de trabajo supone la conjunción de la voluntad de las dos partes, acreedor y deudor – trabajador y empleador –, de manera que refleja una condición potestativa *no exclusiva del deudor*, sino de dos sentidos y a favor de las dos partes: una a favor del empleador que puede analizar la conveniencia de pensionar al trabajador, porque está o no interesado en ello; y otra a favor del trabajador, que puede estar seducido o no con la opción de retirarse de su cargo, a cambio del beneficio pensional.

Este tipo de disposiciones no es extraña al escenario de las relaciones laborales, con todas las vicisitudes que le son propias, en el que resulta perfectamente posible prever, a través de la negociación colectiva, un retiro anticipado del trabajador de su cargo, a cambio del reconocimiento de una pensión de jubilación especial, teniendo en cuenta la voluntad de las partes en el momento específico. Para el empleador puede resultar conveniente o no, para ajustar la nómina a sus reales necesidades presupuestales y de producción, igual que para el trabajador, teniendo en cuenta sus intereses y perspectivas de trabajo.

Tampoco se quebrantan derechos y garantías mínimas con el establecimiento de este tipo de disposiciones, pues nada impide que las partes de la negociación colectiva superen los términos legales de las pensiones de jubilación, pero bajo condicionamientos precisos que, como se vio, no dependen exclusivamente del capricho de una de las partes, sino que responden a las realidades propias de las relaciones de trabajo.”

Bajo los supuestos jurisprudenciales traídos a colación, es claro que para que tenga efectividad un plan de retiro anticipado deben concurrir las voluntades de ambas partes, y que la falta de interés en llegar al acuerdo de cualquiera de las partes, no constituye en sí misma una violación a los derechos de la contraparte.

El Juez A quo concluyó en la sentencia de primera instancia<sup>2</sup>, que si el trabajador demuestra que aceptó el Plan de Retiro Voluntario, y aun así, sin ningún argumento válido no se concede el beneficio, éste debe ser concedido en términos de igualdad, y que tal como lo ordena la norma, la única excepción es el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez.

Sin embargo, este argumento no es compartido por la Sala, en razón a que la voluntad de las partes nunca fue perfeccionada en un acuerdo conciliatorio que luego pudiera hacerse exigible, téngase en cuenta que, es el acta la que refleja el acuerdo, y una vez suscrita, es que produce todos sus efectos, haciendo tránsito a cosa juzgada y prestando mérito ejecutivo.

Y en realidad no puede decirse que en este caso había voluntad del empleador en llevar a cabo el acuerdo de Plan de Retiro Voluntario, pues en la certificación del 29 de diciembre de 2014, se autentica la imposibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio en razón a la situación de discapacidad permanente parcial del actor, que fue tasada en el 26% de su pérdida de capacidad laboral, condición que le otorga una estabilidad laboral reforzada y de manera automática lo ubica dentro de la categoría de población sujeta a reten social, respecto de la cual, el artículo 23 del Decreto 2013 de 2012, dispone expresamente que *continuará vinculado laboralmente hasta la culminación de la liquidación de la entidad o hasta que mantengan la condición para estar amparados con la protección especial, lo que ocurra primero*. Así entonces, la manifestación hecha por el apoderado de Colpensiones en el momento, respecto de realizar la solicitud ante el Ministerio de Trabajo para llevar a término el Plan de Retiro Anticipado, no tiene fuerza o preponderancia frente a una disposición de orden legal que se establece los lineamientos para la supresión de los cargos de los servidores públicos. Además, no puede decirse que exista una discriminación en contra del actor por no poder llevar a término el Plan de Retiro Anticipado, pues precisamente el espíritu del artículo 23 ibídem, fue el de garantizar la continuidad del vínculo hasta el límite máximo de la existencia del Instituto de Seguros Sociales, por tratarse de un trabajador aforado en razón a su estado de salud.

---

<sup>2</sup> CD2 AudienciaArt.802016-1132 minuto 1:26:35

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

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

Conforme las anteriores consideraciones, se concluye que no existe fundamento jurídico para condenar al PAR ISS al reconocimiento del Plan de Retiro Consensuado, por lo que se **REVOCARÁ** la orden dada en primera instancia y se absolverá a la entidad de la pretensión invocada por la activa.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la frustración en el reconocimiento de la pretensión principal apremia el estudio del recurso de apelación del apoderado de la parte demandante, se procederá a darle respuesta, bajo las siguientes consideraciones:

No existe discusión que el señor Nelson de Jesús Álvarez Holguín prestó sus servicios con el entonces ISS desde el 23 de junio de 1980 hasta el 31 de marzo del año 2015.

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

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

*El Instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, las cesantías de la totalidad de los trabajadores, y liquidará sobre dicho monto intereses en cuantía del doce por ciento (12%) anual correspondientes al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 2002.*

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

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

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

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

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

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

Precisa la Sala que, sobre la congelación de las cesantías en el ISS, que se acordó en el artículo 62 de la Convención 2001-2004, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en la sentencia hito SL 1901 de 2021, consideró que a quien se les debía respetar el régimen de retroactividad de las cesantías en el ISS era a los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales que a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996, disfrutaban del régimen de cesantía retroactiva, a los que no les resulta aplicable el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo, que sería el caso del actor dado que inició su relación laboral con el ISS el 23 de junio de 1980.

No obstante, en criterio mayoritario de la Sala la congelación de la retroactividad de las cesantías, fue legal, pues tal previsión no desconoció derechos mínimos legales irrenunciables, toda vez que el Decreto 3118 de 1968 por medio del cual se creó el Fondo Nacional del Ahorro, estableció en los artículos 22 a 45 la forma de reliquidar las cesantías, entre otros, de los trabajadores de las EICE de manera anualizada por lo que, legalmente a los trabajadores del ISS se les aplicaba la liquidación anual de cesantías que establece el referido Decreto, por lo que, desde el momento en que el Instituto de Seguros Sociales cambió su naturaleza jurídica el actor estuvo sujeto al Sistema de Liquidaciones Anual de cesantías, y debido a ello, la retroactividad de las cesantías que gozaba el demandante estaba fundada en la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, por lo que la congelación de la retroactividad de las cesantías es válida porque no desconoce el mínimo sobre la liquidación de cesantías anualizado que establecía la Ley.

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

De esta circunstancia relativa al no pago de intereses de las cesantías en el régimen de retroactividad se ha pronunciado el Consejo de Estado en diferentes

sentencias, así lo hizo por ejemplo en la de radicado número 1998-02371 de agosto 18 del 2011 sección 2 subsección D. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve y en la sentencia con radicado final 2005-02673 de noviembre 29 de 2012 sección 2 subsección D. Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, entre otras.

Ahora, desde que el ISS tuvo la naturaleza de EICE de orden nacional acorde al Decreto 2148 del 30 de diciembre de 1992, el régimen legal de cesantías aplicable a sus trabajadores es el del Decreto 3118 de 1968 por el cual se crea el Fondo Nacional de Ahorro y se establece la afiliación obligatoria de los trabajadores oficiales *establecimientos públicos y empresas industriales y comerciales del Estado*.

Los artículos 3 y 27 del referido Decreto disponen lo siguiente:

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

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

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

Pero es más, si se encontrara probado, que mediante convención anterior a la de 2001-2004, se dispuso el régimen de retroactividad de las cesantías sin que al accionante legalmente tuviere derecho a ello como anteriormente se explicó, es totalmente legal que mediante otra Convención Colectiva de Trabajo ( en este



caso la de la vigencia de los años 2001-2001) se haya dispuesto la cesación de tal derecho, sin que ello implique el desconocimiento de un derecho adquirido, pues los derechos convencionales constituyen derechos adquiridos hasta tanto otra convención los estipule de otra forma o los elimine.

De otra parte, si el anterior análisis jurídico de esta Sala de Tribunal, fuera errado habría que tener en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia hito que cambió de criterio sobre la ilegalidad de la congelación de las cesantías en el ISS que se estableció en el artículo 62 de la Convención 2001-2004, (sentencia SL1901 de 2021) indicó:

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

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

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

De esta manera conforme la norma convencional pluricitada, sobre las cesantías retroactivas a corte 31 de diciembre del año 2001, el ISS reconoció a partir del 1º de mayo del 2002 intereses equivalentes al 15% anual, por lo que sobre las

cesantías causadas hasta aquella fecha, en los 10 años de congelación de las cesantías en virtud de norma convencional los trabajadores del ISS obtuvieron unos intereses del 150% sobre las referidas cesantías es decir las de corte al 31 de diciembre del año 2001.

Y adicional obtuvieron intereses del 12% sobre las cesantías anuales que se liquidaran a partir del año 2002, intereses que se insiste y resalta, no tendrían derecho si tuvieron el régimen retroactivo de cesantías, que indica la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL 1901 de 2021, es decir el de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2567 de 1946 y el Decreto 1160 de 1946.

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

partes, siempre que no desconozcan derechos mínimos legales irrenunciables que no es lo que ocurrió en este caso conforme lo explicado.

Y es que si en gracia discusión el accionante tuviera derecho al régimen de retroactividad de cesantías que adujo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1901 de 2021, tenían los trabajadores del ISS, es decir el de la Ley 6ª de 1945, el Decreto 2567 de 1946 y el Decreto 1160 de 1946, para sostener que se le desconocieron derechos mínimos irrenunciables con la congelación de las cesantías dispuesta en la pluricitada convención, el accionante tendría que haber probado que los intereses a las cesantías que le reconoció la norma convencional, fueron inferiores a lo que habría dejado de percibir con la liquidación retroactiva de las cesantías, sin embargo, no lo probó.

Por ende, se confirmará la providencia en este aspecto.

Con respecto a la pretensión subsidiaria encaminada al reconocimiento de la indemnización adicional del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por haber sido despedido en estado de discapacidad, debe anunciarse que no está llamada a la prosperidad. En cumplimiento del mandato de los artículos 13 y 47 superior se expidió la Ley 361 de 1997, en cuyo artículo 26 se establece que la limitación de una persona en ningún caso puede ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que ella sea claramente acreditada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Que ninguna persona limitada puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, y que quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación sin el cumplimiento de este requisito, tienen derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

Mediante sentencia C-531 de 10 de mayo de 2000, Expediente D-2600, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada del inciso 2º del artículo 26

de la Ley 361 de 1997 bajo el supuesto de que carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación cuando no exista autorización previa de la Oficina de Trabajo que constate la configuración de una justa causa para el despido o terminación del contrato respectivo.

Adicionalmente, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado el tema de la protección laboral reforzada a favor de los trabajadores discapacitados calificados, y ha extendido este beneficio aplicando directamente la Constitución, a favor de aquellos cuya salud se deteriora durante el desempeño de sus funciones y no pueden realizar sus labores en las condiciones normales, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados.

Atendiendo lo expuesto, la Corte Constitucional ha dicho de manera reiterada que existen límites constitucionales y legales en relación con la facultad de los empleadores de despedir a un trabajador enfermo o discapacitado, con pago de indemnización o sin ella, toda vez que el empleador debe cumplir con el procedimiento establecido en la Ley 361 de 1997, porque de lo contrario el despido resulta ineficaz y hay lugar a imponer las sanciones correspondientes.

En las sentencias T-1040 de 2001, T-198 de 2006, T-962 de 2008, T-271 de 2014, T- 351 de 2014, T-098 de 2015 y T-141 de 2016 se ha indicado que la protección implica:

- El derecho a conservar el empleo.
- El derecho a no ser despedido en razón de la situación de vulnerabilidad.
- El derecho a permanecer en el empleo hasta que se requiera y siempre y cuando que no se configura una causal objetiva que conlleve a la desvinculación del mismo.
- Que la autoridad laboral competente autorice el despido, con la previa verificación de la estructuración de la causal objetiva, no relacionada con la situación de vulnerabilidad del trabajador.

Se constituye la *ratio decidendi* de las providencias C-824 de 2011, SU-049 del 2 de febrero de 2017, SU-040 de 2018, T-041 de 2019 y C-200 de 2019, lo siguiente:

- La protección a las personas en situación de discapacidad es de origen constitucional y no solo legal, y de los principios en que se sustenta se deriva un derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada, extendiéndose la protección frente a personas vinculadas mediante cualquier modalidad de contrato –subordinado o no- y con independencia del origen de la situación de salud.
- Debe dársele una interpretación amplia a la Ley 361 en cuanto a sus beneficiarios, porque este derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada no se circunscribe a quienes experimenten una situación permanente o duradera de debilidad manifiesta, pues la Constitución no hace tal diferenciación, sino que se refiere genéricamente incluso a quienes experimentan ese estado de forma transitoria y variable.
- En criterio de la Alta Corporación, una vez las personas contraen una enfermedad o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo. De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes.
- El empleador debe tener conocimiento de la situación de salud del trabajador, pero de ninguna manera es necesario un dictamen de pérdida de capacidad laboral, un carné o una limitación severa o profunda.

Así las cosas, para dicho órgano de cierre los trabajadores que puedan catalogarse como (i) inválidos, (ii) en situación de discapacidad, (iii) disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, y (iv) en general todos aquellos que (a) tengan una considerable afectación en su salud; (b) que les “impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares”, y (c) se tema que, en esas condiciones particulares, pueden ser discriminados por ese solo hecho, están en circunstancia de debilidad manifiesta y, por tanto, gozan de “estabilidad laboral reforzada”.

Indicándose por demás en la sentencia T-052 de 2020 que *“además del requisito administrativo de la autorización de la oficina del Trabajo, la protección constitucional dependerá de: (i) que se establezca que el trabajador tenga un estado de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en circunstancias regulares, pues no cualquier afectación de la salud resulta suficiente para sostener que hay lugar a considerar al trabajador como un sujeto de especial protección constitucional; (ii) que el estado de debilidad manifiesta sea conocido por el empleador en un momento previo al despido, y, finalmente, (iii) que no exista una justificación suficiente para la desvinculación, de manera que sea claro que el mismo tiene origen en una discriminación. La jurisprudencia constitucional ha señalado que, establecida sumariamente la situación de debilidad, corresponde al empleador acreditar suficientemente la existencia de una causa justificada para dar por terminado el contrato”*.

Pronunciamiento que, aunque es muy posterior al hecho debatido en este trámite, y sin que implique aplicación retroactiva, sirve como criterio orientador por contener la compilación de varias sentencias contentivos de criterios del máximo Tribunal Constitucional, frente al tema de la estabilidad laboral reforzada.

Por su parte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL1360-2018 modificó la posición que hasta el momento había defendido, la que ha sido reiterada en las sentencias SL3520-2018, SL260-2019 y SL2548-2019, jurisprudencia que se concreta en las siguientes premisas:

- La autorización del ministerio del ramo se impone cuando la discapacidad sea un obstáculo insuperable para laborar, es decir, cuando el contrato de trabajo pierda su razón de ser por imposibilidad de prestar el servicio. En este caso el funcionario gubernamental debe validar que el empleador haya agotado diligentemente las etapas de rehabilitación integral, readaptación, reinserción y reubicación laboral de los trabajadores con discapacidad. La omisión de esta obligación implica la ineficacia del despido, con el consecuente pago de salarios, prestaciones, seguridad social e indemnización de 180 días consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, norma que consagra la prohibición de despidos motivados en razones discriminatorias.
- Por esta razón, la extinción del vínculo laboral soportada en una justa causa legal es legítima, y en esos casos, el empleador no se encuentra obligado a solicitar autorización ante el Ministerio del Trabajo.
- Pero si en el juicio laboral el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de demostrar las justas causas alegadas, so pena de que el acto se declare ineficaz, con los efectos consecuenciales de tal declaratoria.

No obstante, ha precisado la Corporación mencionada que en todo caso es necesario que se acredite esa situación de debilidad o vulneración de la persona.

En relación con los sujetos amparados por la protección de la norma, el Alto Tribunal, ha sido reiterativo en múltiples sentencias, entre ellas, la SL10538 de 2016, SL11411 de 2017, SL 5181 de 2019, SL 4609 de 2020, SL 572, SL 711, SL 058, SL 2584, SL 2913, SL 2999, SL 3231 y SL 3091 de 2021 al precisar que no es suficiente por sí solo el quebrantamiento de la salud del trabajador o el encontrarse en incapacidad médica para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues debe acreditarse que el asalariado al menos tenga una limitación física, psíquica o sensorial y con el carácter de moderada, esto es,

que se enmarque dentro de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 15%, independientemente del origen que tenga y sin más aditamentos especiales, de conformidad con el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, que consagra los grados de incapacidad y permite dar aplicación al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en el entendido que no puede existir una ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la medida.

De acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corporación para que un trabajador acceda a la indemnización estatuida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se requiere: **(i)** que se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una limitación “moderada”, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%, b) “severa”, mayor al 25% pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral, o c) “profunda” cuando el grado de minusvalía supera el 50%; **(ii)** que el empleador conozca de dicho estado de salud; y **(iii)** que termine la relación laboral “por razón de su limitación física” y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social, enfatizándose en las dos últimas, que aunque la legislación nacional e internacional no señaló expresamente una regla numérica para identificar la discapacidad, esta fue incorporada al artículo 7° del Decreto 2463 de 2001, cuya aplicación es imperativa en los casos en los cuales el despido acontece dentro de su vigencia, o es parámetro jurisprudencial en los ocurridos con posterioridad a ese periodo.

En línea con lo discurrido, se reitera que debe existir una situación objetiva que se concreta en una condición de discapacidad relevante, que sitúe al trabajador en riesgo de discriminación a pesar de que puede prestar personalmente el servicio.”.

En el caso que se presenta, no hay discusión alrededor del hecho que Nelson de Jesús Álvarez Holguín es un sujeto de protección especial pues le fue asignado un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 26%, de origen común, estructurada el 10 de mayo de 2006, pero bien, como se enunció este fuero no es ilimitado ni absoluto, pues así se encuentren cobijados por una garantía, podrán ser despedidos siempre que concurra una justa causa de despido, debidamente comprobada, además, la protección se extiende hasta el momento en que se declare la



terminación definitiva del proceso liquidatorio, lo que supone que el Instituto de Seguros Sociales garantizó la liquidación definitiva del actor, hasta la fecha de su liquidación definitiva, y le reconoció la indemnización en los términos del artículo 5 de la norma convencional.

Por lo tanto, la pretensión de reconocimiento de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no prospera.

Respecto del Ministerio de Salud y Protección Social, por sustracción de materia, se hace innecesario el pronunciamiento frente al recurso pregonado, sin embargo, la Sala considera, que el señor Nelson de Jesús Álvarez Holguín no tuvo ninguna relación laboral con el citado Ministerio que le origine a dicho ente responsabilidad solidaria, por lo que de haberse impuesto una condena en este juicio debía tenerse como garante del pago en los términos de los Decretos 541 de 2016 y 1051 de 2016.

Lo mismo ocurre con la pretensión encaminada al reconocimiento de intereses moratorios pues, al no prosperar la pretensión principal, no hay lugar al escrutar las que se derivan de ésta.

Corolario a lo anterior, se revocará la orden de reconocimiento del Plan de Retiro Programado al actor proferida por el Juez Tercero Laboral del Circuito de Medellín y en su lugar, se absolverá a las accionadas de todas las pretensiones invocadas en su contra.

Costas en primera y segunda instancia a cargo de la parte actora y a favor de las accionadas. En esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de las apelantes en suma de \$1.160.000.

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

## **RESUELVE:**

**PRIMERO:** Revocar la sentencia proferida por El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Medellín, en lo que respecta al reconocimiento del Plan de Retiro Voluntario y realizar el pago de las cotizaciones al sistema general de pensiones desde el 1 de abril de 2015 hasta el 31 de marzo de 2018, y en su lugar, Absolver de todas las pretensiones incoadas por el demandante.

**SEGUNDO:** Costas en ambas instancias a cargo de la parte actora y a favor de las accionadas. En esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de las demandadas PAR ISS y Ministerio de Salud y Protección Social en suma de \$1.160.000.

**TERCERO:** Lo resuelto se notifica por **EDICTO**.

Se ordena remitir el expediente al Juzgado de origen.

Los Magistrados,

Jaime Alberto Aristizábal Gómez

John Jairo Acosta Pérez

Francisco Arango Torres

*Con Salvamento Parcial de Voto*



## **SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL**

**REFERENCIA:** ORDINARIO LABORAL

**DEMANDANTE:** NELSON DE JESÚS ÁLVAREZ HOLGUÍN

**DEMANDADO:** FIDUAGRARIA S.A. EN CALIDAD DE VOCERO DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS LIQUIDADO y LA NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

**RADICADO:** 05001 31 05 003 2016 01132 01

**Medellín, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)**

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ, con el natural respeto, anuncio mi SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL en cuanto me aparto de la decisión mayoritaria de **CONFIRMAR** la sentencia apelada del 31 de enero de 2019, por medio del cual se negó el reconocimiento de la cesantía retroactiva en el proceso ordinario laboral de la referencia, por las siguientes razones:

- 1.- A pesar de los argumentos que se indican en la decisión mayoritaria para concluir que el actor nunca estuvo amparado por la modalidad de retroactividad de la cesantía, considero que, en este caso le asiste razón a la parte demandante. Así:
- 2.- Debe partirse de la base de que el demandante laboró al servicio del Instituto de Seguros Sociales entre el 23 de junio de 1980 y el 31 de marzo de 2015.
- 3.- Atendiendo a lo anterior, al demandante le es aplicable la convención colectiva de trabajo 2001-2004, suscrita por el ISS y SINTRASEGURIDAD

SOCIAL el 31 de octubre de 2001, por tratarse de un sindicato mayoritario y dada su condición de trabajadora oficial.

El artículo 62 de la mencionada convención estableció que, a partir del 1º de enero de 2002 se congelaría la cesantía retroactiva por 10 años. Asimismo, señaló que en dicho período la misma se liquidaría anualmente.

4.- Es importante tener en cuenta que a través de la vigencia de la ley 344 de 1996, se estableció que los Órganos y Entidades del Estado tendrían un régimen de cesantía de la siguiente manera: “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...” (Negrilla de la Sala)

5.- Sin embargo, sobre la ilegalidad de la congelación de la cesantía y la vigencia de la ley 344 de 1996, nuestro órgano de cierre en su jurisprudencia, en especial, la sentencia SL1901-2021 la cual fue ratificada en la SL2862-2021 y 4768-2021 y rememorada recientemente a través de la sentencia SL1477-2023, indicó que para aquellos trabajadores del ISS que a la entrada en vigencia de la citada ley y que disfrutaban del régimen de cesantía retroactiva no les resulta aplicable el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo, por cuanto el mandato legal resulta irrenunciable.

En la última providencia citada, la CSJ, recordó lo señalado en la sentencia SL1901-2021, en donde se dijo: “Vistas, así las cosas, la nueva tesis que esgrime la Sala es que el congelamiento de las cesantías dispuesto por la norma convencional y su liquidación anual es inaplicable ante la normativa que impone la conservación del sistema de liquidación retroactiva, contemplada en el artículo 13 de la Ley 344 de 1996 y el artículo 2º del Decreto 1252 de 2000, por la sencilla razón de que se trata de una prescripción legal que resulta irrenunciable y desconoce los derechos

*mínimos del trabajador. De esta forma, los trabajadores del Instituto de Seguros Sociales que a la entrada en vigencia de la Ley 344 de 1996 y/o a 25 de mayo de 2000, disfrutaban del régimen de cesantía retroactiva, no les resulta aplicable el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo"*

6.- Dicho esto, en el caso de autos la vinculación del demandante, señor NELSON DE JESÚS ÁLVAREZ HOLGUÍN, al servicio del ISS, se dio el 23 de junio de 1980, fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 344 del 27 de diciembre de 1996, lo que conlleva a concluir que, durante toda la relación laboral, la cual llegó a su fin el 31 de marzo de 2015, deba realizarse la liquidación de la cesantía con el **sistema retroactivo**, toda vez que el congelamiento de que trata el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo va en contravía de una orden legal irrenunciable, lo cual no es permitido jurídicamente, lo que conlleva a su inaplicación; por tal razón si se le asiste razón al demandante para ser beneficiario de la cesantía retroactiva, por las anteriores razones.

7.- De igual manera, no es dable suponer que, con la creación del Fondo Nacional del Ahorro, todos los trabajadores del ISS estaban afiliados a dicha entidad y por ende se le aplicaba la liquidación anula de cesantía, pues de la lectura de la convención Colectiva de Trabajo establecida entre las partes, se puede dilucidar que el extinto ISS aún era el pagador de la cesantía en la modalidad retroactiva.

En los anteriores términos dejo salvado mi voto.

JOHN JAIRO ACOSTA PÉREZ

**Firmado Por:**

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

**John Jairo Acosta Perez**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**  
**Firma Con Salvamento Parcial De Voto**

**Francisco Arango Torres**  
**Magistrado**  
**Sala Laboral**  
**Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

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: **0c4c6f19ff8ea3d8dea3af6bf46f593e301198886194a4b1f6ca2641c66d59a8**

Documento generado en 24/11/2023 01:07:28 PM

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