

**REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL**

**DEMANDANTE:** OLGA VASCO GÓMEZ  
**DEMANDADO:** COLPENSIONES  
**INT. LITIS:** EMCALI E.I.C.E. E.S.P.  
**RADICACIÓN:** 76001-31-05-013-2017-00262-02  
**ASUNTO:** Consulta sentencia de julio 24 de 2019  
**ORIGEN:** Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali  
**TEMA:** Reintegro retroactivo pensional  
**DECISIÓN:** Confirma.

**MAGISTRADA PONENTE: MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**

En Santiago de Cali, Valle del Cauca, hoy, veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, conformada por los Magistrados FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO, CAROLINA MONTOYA LONDOÑO y MARÍA ISABEL ARANGO SECKER, quien actúa como ponente, obrando de conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procedemos a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte DEMANDANTE frente a la Sentencia No. 205 del 24 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario promovido **OLGA VASCO GÓMEZ** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con radicado No. **76001-31-05-013-2017-00262-02**, dentro del cual se vinculó como litis consorte necesario por pasiva a **EMCALI E.I.C.E. E.S.P.**

**SENTENCIA No. 281**

**DEMANDA**<sup>1</sup>. Pretende la promotora de la acción que se ordene a COLPENSIONES el reintegro de las sumas de dinero liquidadas por retroactivo pensional dentro de la Resolución No. 3018 del 17 de mayo de 2002, las cuales fueron canceladas en favor de EMCALI E.I.C.E. E.S.P.; que se condene al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en subsidio la indexación, más las costas procesales.

---

<sup>1</sup> Fs. 3-24

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que mediante el Acuerdo Municipal No. 050 del 1º de diciembre de 1961, el Concejo Municipal de Santiago de Cali constituyó a EMCALI como un establecimiento público con personería jurídica y patrimonio propio; que la junta directiva de EMCALI estableció un régimen pensional extralegal en favor de sus servidores públicos; que el artículo 146 de la Ley 100 de 1993 convalidó las pensiones de los jubilados del orden territorial; que mediante Resolución No. 368 del 17 de marzo de 1982, EMCALI le reconoció al señor Jesús María Robayo (Q.E.P.D.), una pensión vitalicia de jubilación, a partir del 1º de abril de 1982, la cual le fue sustituida en calidad de cónyuge supérstite a través de Resolución No. 0009 del 5 de enero de 1993; que el ISS hoy COLPENSIONES le reconoció la sustitución pensional mediante Resolución No. 3018 del 17 de mayo de 2002, a partir del 3 de junio de 1991, la cual declaró compatible con la pensión otorgada por EMCALI y ordenó el giro del retroactivo en favor de esa entidad.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**EMCALI EICE ESP.<sup>2</sup>** La entidad se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que al señor Jesús María Robayo (Q.E.P.D.) se le reconoció la pensión de jubilación con base en el Decreto 1660 de 1945 que remite a la Ley 6ª del mismo año, aunado a que el acto administrativo nada dice frente a la compatibilidad o que se otorgue en virtud de una norma convencional, adicionalmente que la entidad vinculó al causante al otrora ISS de conformidad con el Acuerdo 224 de 1966 con el fin de subrogar la pensión de vejez, la cual le fue reconocida mediante la Resolución No. 3018 de 2002 con base en 792 semanas cotizadas entre 1967 y 1982, fecha en que se le otorgó la pensión de jubilación. Propone como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, prohibición de compatibilidad pensional, inexistencia del derecho.

**COLPENSIONES<sup>3</sup>**. La AFP se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que actuó bajo los parámetros legales que regulan la compatibilidad de las pensiones según la cual los empleadores tienen la obligación de pagar la pensión de jubilación hasta el cumplimiento de los requisitos legales para obtener la pensión de vejez por parte del ISS

---

<sup>2</sup> Fs. 86-96

<sup>3</sup> Fs. 345-354

asegurador, quedando a cargo del empleador únicamente la diferencia cuando la pensión reconocida por el ISS es inferior. Propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, buena fe de la entidad demandada, innominada, prescripción.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, mediante la Sentencia No. 205 del 24 de julio de 2019, absolvió a COLPENSIONES y a EMCALI E.I.C.E. E.S.P. de todas las pretensiones incoadas por la señora OLGA VASCO GÓMEZ.

Como fundamentos de su decisión, el a quo señaló, en síntesis, que de acuerdo con los decretos 3041 de 1966, 2879 de 1985 y 758 de 1990, las pensiones de jubilación de origen legal eran compatibles con las pensiones de vejez a cargo del ISS, con la obligación del empleador de continuar cotizando al sistema, mientras que, tratándose de pensiones de jubilación de origen extralegal, su compatibilidad dependía de la fecha de causación y de lo pactado por las partes. Que en la resolución con la cual EMCALI otorgó la pensión de jubilación al causante no se establece que fuera de origen extralegal y con la historia laboral se demuestra que continuó cotizando al sistema pensional, tanto en vida del jubilado, como una vez sustituida a su beneficiaria, por lo que venía pagando las mesadas pensionales y las cotizaciones a la AFP, razón por la cual le correspondía el retroactivo generado por la sustitución pensional, pues desde el comienzo de la primera prestación económica venía asumiendo el valor total en favor del entonces jubilado.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte DEMANDANTE, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el artículo 69 C.P.T.S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, por haber sido la sentencia totalmente adversa a sus pretensiones.

### **ACTUACIÓN ANTE EL TRIBUNAL SUPERIOR**

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. La parte demandante insistió en el planteamiento expuesto en el libelo introductor. Las integrantes del extremo pasivo reiteraron sus argumentos de defensa. Surtido el trámite que

corresponde a esta instancia procede la Sala a desatar la consulta en favor de la parte demandante.

**PROBLEMAS JURÍDICOS.** En estricta consonancia con las pretensiones de la demanda y lo decidido en primera instancia, se centran a resolver: **(i)** si la señora OLGA VASCO GÓMEZ tiene derecho al pago del retroactivo que fue girado en favor de EMCALI E.I.C.E. E.S.P. mediante la Resolución No. 3018 del 17 de mayo de 2002, de ser así; **(ii)** establecer si resultan procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado, debe la Sala pronunciarse sobre los temas planteados, previas las siguientes,

### **CONSIDERACIONES**

Inicialmente es necesario destacar que no se encuentra en discusión dentro del presente asunto que: **(i)** Mediante Resolución No. 368 del 17 de marzo de 1992, EMCALI le reconoció pensión de jubilación al señor Jesús María Robayo (Q.E.P.D.) (f. 29); **(ii)** El señor Jesús María Robayo (Q.E.P.D.) falleció el 8 de octubre de 1993, según se extrae de su registro civil de defunción (f. 168); **(iii)** EMCALI sustituyó la pensión de jubilación en la señora OLGA VASCO GÓMEZ a través de Resolución No. 0009 del 5 de enero de 1994, en calidad de cónyuge supérstite del jubilado fallecido (fs. 26-27) y; **(iv)** Mediante Resolución No. 03018 del 17 de mayo de 2002, el otrora ISS reconoció pensión de vejez posmortem al señor Jesús María Robayo (Q.E.P.D.), a partir del 3 de julio de 1991, la cual sustituyó en favor de la demandante, a partir del 8 de octubre de 1993 (fs. 31-32).

Para resolver el primero de los problemas jurídicos esbozados debe tenerse en cuenta que lo que plantea como discusión la parte demandante, aunque no lo dice de forma expresa, es la compatibilidad de la pensión de jubilación y la pensión de vejez reconocidas al señor Jesús María Robayo (Q.E.P.D.) por parte de EMCALI y el extinto ISS hoy COLPENSIONES, respectivamente, ambas sustituidas en la aquí demandante en calidad de cónyuge supérstite.

Para desentrañar la discusión, debe aclararse que en relación con el tema objeto de estudio confluyen dos conceptos con efectos sustanciales disímiles, como son, la **compartibilidad** y la **compatibilidad** pensional, los

cuales se diferencian porque el primero surge cuando habiéndose reconocido una pensión por parte del empleador, una vez el ISS hoy COLPENSIONES procede a reconocer la pensión de vejez, su pago pasa a compartirse con el patrono, estando a cargo de este último únicamente el mayor valor, en caso que lo hubiese, es decir, cuando la pensión de vejez es inferior a la pensión de jubilación. Luego, en el segundo de los conceptos anotados no se comparten valores, y en ese evento las pensiones se pagan separadamente, por la AFP y el empleador al mismo tiempo, es decir, el beneficiario recibe dos prestaciones completas, al ser compatibles.

La compartibilidad de las pensiones legales de jubilación con la pensión de vejez a cargo del ISS se estableció con el artículo 60 del Decreto 3041 de 1996. Por su parte, la compartibilidad de las pensiones extralegales de jubilación con la pensión de vejez solo se materializó a partir del 17 de octubre de 1985, fecha en la que inició la vigencia del Acuerdo 029 de 1985, reglamentado por el Decreto 2879 de 1985.

En este caso, contrario a lo aducido en el escrito de demanda, no es posible establecer que la pensión de jubilación reconocida al señor Jesús María Robayo (Q.E.P.D.) es de origen extralegal, ya que no existe elemento de juicio en el plenario que así lo establezca, ni tampoco se logra extraer del acto administrativo de reconocimiento, motivo por el cual no es posible predicar la compatibilidad con la pensión de vejez a cargo del ISS por el hecho de ser una de origen extralegal y la otra de origen legal.

Por el contrario, de la Resolución No. 0009 del 5 de enero de 1994 emerge con claridad la compartibilidad entre la pensión de jubilación reconocida al causante con la pensión de vejez a cargo del otrora ISS, como quiera que el artículo segundo de la parte resolutive expresamente señala que: *“De reconocerse Pensión por vejez en cabeza de jubilado con posterioridad a su fallecimiento, por encontrarse en trámite ante el I.S.S., la sustitución será compartida según las reglas del Decreto 2879 de 1985.”* (f. 27).

Asimismo, emerge como un aspecto indiscutible que deja sin espacio a duda el carácter compartido de las pensiones de jubilación y vejez reconocidas al causante, el hecho de que EMCALI afilió al señor Jesús María Robayo (Q.E.P.D.) al antiguo ISS desde el 21 de noviembre de 1956, según aviso de entrada de esa fecha (f. 128), realizando cotizaciones a pensión desde el 1º de enero de 1967 y hasta el 1º de abril de 1982, fecha en que

radicó ante la entidad de seguridad social el aviso de salida (f. 149), siendo precisamente esas cotizaciones las que tuvo en cuenta la AFP para reconocer la pensión de vejez posmortem conforme la Resolución No. 3018 del 17 de mayo de 2002 (f. 31).

En ese sentido, se tiene que al causante se le reconoció pensión de jubilación por los servicios prestados a EMCALI del 21 de noviembre de 1956 al 31 de marzo de 1982, y se le reconoció pensión de vejez por las cotizaciones que en calidad de empleador realizó esa empresa pública con destino al ISS entre enero de 1967 y marzo de 1982, lo que indefectiblemente hace improcedente la compatibilidad alegada por la parte actora.

Así las cosas, es claro que, al ser compartibles la pensión de jubilación y la pensión de vejez, el retroactivo generado por el reconocimiento de esta última prestación debía ser girado al empleador que venía pagando de tiempo atrás la pensión de jubilación, tal como de vieja data lo tiene sentado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos:

*“Ahora, la empresa prestadora de servicios públicos, conforme el juez plural lo decidió, tenía a su cargo únicamente la obligación de sufragar el mayor valor desde la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales concedió la pensión de vejez, de modo que, en oposición a lo que el censor refirió, es aquella la que tiene derecho al retroactivo del periodo en que, sin estar obligada a hacerlo, efectuó el pago completo de la de jubilación convencional. Así lo ha previsto esta Sala, entre otros, en el fallo CSJ SL4979-2018:*

*Lo que significa, que conforme a la ley y a partir de la asunción del riesgo de vejez para el ISS, desaparece la obligación de la empresa jubilante de continuar cubriendo las mesadas pensionales a su extrabajador, quedando a su cuenta únicamente el mayor valor si lo hubiere entre las dos pensiones; luego, si lo hizo fue para proteger al pensionado.*

*Por consiguiente, como bien lo concluyó el ad quem, esos dineros del retroactivo cuando se está en presencia de pensiones compartibles y el empleador mantiene la cancelación de las mesadas no pertenecen propiamente al afiliado, siendo razonable que se disponga el giro de este concepto a quien lo cubrió periódicamente sin estar obligado a ello, lo que de plano desvirtúa la cesión de derechos y por ende la aplicación del precepto legal que la prohíbe, además que con ello no se desconoce que el accionante sea el verdadero beneficiario del derecho pensional, cuyas mesadas continuará recibiendo a través de la entidad que legalmente le corresponde el pago.” (CSJ SL2020-2023).*

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la Sala indefectiblemente debe confirmar en su integridad la sentencia consultada. Sin costas en instancia por conocerse en consulta.

En mérito de lo expuesto, la **SALA QUINTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la Sentencia No. 205 del 24 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Cali, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: Sin costas** en instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,



**MARÍA ISABEL ARANGO SECKER**



**FABIAN MARCELO CHAVEZ NIÑO**



**CAROLINA MONTOYA LONDOÑO**