

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO DE CARLOS JOSÉ RODRÍGUEZ CONTRA CHEVRON  
PETROLEUM COMPANY Y OTROS

*Paso señalar las razones que me llevan a disentir parcialmente de la decisión mayoritaria: Se demanda el pago del cálculo actuarial, sin embargo se impuso dicho cálculo únicamente a la sociedad demandada. La seguridad social es por principio obligatoria, sin que exista por parte del afiliado, la voluntad de afiliarse o no, por ello la ley los reglamentos son imperativos para un grupo de personas o para todas de afiliarse al régimen y la obligación colateral de pagar determinadas cuotas para recibir los beneficios que otorga el sistema que asume la cobertura de las contingencias. Esto es que el empleador no puede verse excusado del reconocimiento de las prestaciones económicas y asistenciales del trabajador si no realiza el pago del aporte respectivo, como el trabajador no puede socorrerse de éstas si no hace el pago de su cuota, aunque este lo ejecuta directamente por empleador previo el descuento, es lo que se conoce como régimen contributivo. Previamente debo hacer el siguiente recuento histórico de la asunción de los riesgos de invalidez, vejez y muerte.*

*Al respecto, tenemos que, en sus inicios, la pensión de jubilación se encontraba a cargo del empleador, por lo cual, con el fin de reglamentar las relaciones con los trabajadores, se expidió la Ley 6ª de 1945, que creó a cargo de los empleadores, mientras se organizaba el Instituto Social Obligatorio, indemnizaciones y prestaciones sociales, y concretamente impuso a las empresas con capital superior a \$1.000.000,00, la obligación de reconocer y pagar una pensión de jubilación a los trabajadores que cumplieran 50 años de edad y 20 años de servicios, continuos o*

discontinuos<sup>1</sup> (art. 14). Posteriormente, la Ley 90 de 1946 creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales que, como se indicó, finalmente asumiría las enunciadas prestaciones sociales para quienes laboraran para otro, "en virtud de un contrato expreso o presunto de trabajo o aprendizaje, inclusive a los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico"<sup>2</sup>.

De la mano con la creación del Seguro Social, fue definido un sistema tripartito de contribuciones, es decir que el empleador, el trabajador y el Estado estaban obligados a realizar aportes para la financiación de los diferentes riesgos amparados<sup>3</sup>, sin embargo el sistema de financiación del fondo común para el pago de las pensiones de jubilación fue modificado mediante los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973, por medio de los cuales se exoneró al Estado de los aportes para la financiación de los seguros pensionales, abandonando así el sistema tripartito y radicando únicamente las cotizaciones en cabeza del trabajador y el empleador. Obligación que obviamente persistió con la ley 100 de 1993.

---

<sup>1</sup> Art. 14, ib. "La empresa cuyo capital exceda de un millón de pesos (\$1.000.000) estará también obligada:

a) A sostener y establecer escuelas primarias para los hijos de sus trabajadores, con sujeción a las normas del Ministerio de Educación, cuando el lugar de los trabajos este situado a más de dos (2) kilómetros de las poblaciones en donde funcionen las escuelas oficiales, y siempre que haya al menos veinte (20) niños de edad escolar;

b) A costear permanentemente estudios de especialización técnica relacionados con su actividad característica, en establecimientos nacionales o extranjeros, a sus trabajadores o a los hijos de estos, a razón de uno (1) por cada quinientos (500) trabajadores o fracción;

c) A pagar al trabajador que haya llegado o llegue a los cincuenta (50) años de edad después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, una pensión vitalicia de jubilación equivalente a las dos terceras partes del promedio de los salarios devengados, sin bajar de treinta pesos (\$ 30) ni exceder de doscientos pesos (\$ 200), en cada mes. La pensión de jubilación excluye el auxilio de cesantía, menos en cuanto a los anticipos, liquidaciones parciales, o préstamos que se le hayan hecho lícitamente al trabajador, cuya cuantía se irá deduciendo de la pensión de jubilación en cuotas que no excedan del 20% de cada pensión."

<sup>2</sup> Art. 2°, L. 90/46.

<sup>3</sup> Art. 16, ib.: "Los recursos necesarios para cubrir las prestaciones en especie y en dinero correspondientes a los seguros obligatorios y los gastos generales de los mismos, serán obtenidos, salvo en los casos expresamente exceptuados, por el sistema de triple contribución forzosa de los asegurados, de los patronos y del Estado. Cuando a este último le corresponda contribuir, su cuota no será inferior a la mitad de la cuota del patrono. Además, para las empresas cuyo capital no exceda de treinta mil pesos (\$ 30.000), o de ciento veinticinco mil (\$ 125.000) tratándose de empresas agrícolas o mineras explotadoras de metales preciosos, el Estado contribuirá con una parte de la respectiva cuota patronal, que el decreto reglamentario fijará entre un diez por ciento (10%) y un cuarenta por ciento (40%) de la misma. Los aportes del Estado se financiarán, en primer término, con los productos de las rentas especiales de que trata el artículo 29, pero si no fueren suficientes, el Gobierno arbitrará los recursos ordinarios y extraordinarios que sean indispensables.

PARÁGRAFO. Cuando se trate de asegurados obligatorios que tengan efectivamente más de cuatro personas a su cargo, de aquellas a las que está obligado a alimentar de acuerdo con las prescripciones del Código Civil, el Estado podrá contribuir hasta con la mitad del aporte que le corresponda al asegurado, lo que regulará el Departamento Matemático - Actuarial, teniendo en cuenta el excedente de personas que vivan a cargo de éste." Sin embargo, ese sistema de común financiación fue modificado por los Decretos 433 de 1971 y 1935 de 1973.

*Entonces el demandante debe concurrir con el pago del porcentaje a su cargo, por ser obligaciones de ambas partes y no sólo del empleador, sin que pueda beneficiarse de eventuales prestaciones financiadas con los aportes realizados, cuando no ha contribuido con ellos, como lo dispone la ley, toda vez que esto implicaría un enriquecimiento sin justa causa, que no es fuente de obligación alguna (art. 1524 CC).*

*Dejo a salvo el voto.*

*MILLER ESQUIVEL GAITAN*  
*Magistrado*

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.  
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO DE ELECTRICADORA DEL CARIBE S.A ESP CONTRA  
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y EDILBERTO OSPINO  
MARTÍNEZ

*Paso a referirme a las razones que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria: Se reclama el pago del retroactivo pensional cancelado al señor Ospino Martínez del 24 de febrero de 2008 al 1º de junio de 2009, por la Electricadora del Caribe, dado el reconocimiento de la pensión de vejez por parte de Colpensiones. Lo anterior puesto que la sociedad demandante reconoció pensión de jubilación el 1º de enero de 1999 a la persona natural demandada.*

*En efecto la demandante reconoció pensión voluntaria de jubilación al señor Ospino Martínez el 1º de enero de 1999, de carácter compartida con la pensión que le sea reconocida por el ISS. Así, según acta de conciliación suscrita el 30 de diciembre de 1998 la Electricadora del Caribe se comprometió con el señor Ospino Martínez a pagarle pensión de jubilación hasta cuando cumpla 60 años de edad, y en el momento en que el ISS le otorgue la pensión de vejez o de sobrevivientes, a partir de esa fecha solo quedará a cargo de la sociedad actora el mayor valor entre la pensión que viene pagando y el monto concedido por el ISS, si lo hubiere (Fls. 114 y ss). A pesar de que las partes, Electricadora del Caribe y Ospino Martínez, acordaron el carácter de compartibilidad de la pensión otorgada por aquella el 1º de enero de 1999. Muy a pesar de ello, es bueno recordar que el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por decreto 2879 del mismo año establece:*

*“ Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación*

*reconocidas en convenciones colectivas, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el instituto para otorgar la pensión de Vejez y en este momento el instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.*

*La obligación de seguir cotizando al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, de que trata esta artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.*

*Par. 1º- Lo dispuesto en esta artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales ..."*

*Consagra el precepto transcrito el fenómeno de compartibilidad de pensiones, esto es que la entidad empleadora que ha reconocido una pensión de jubilación está facultada para descontar de ésta, la que le reconozca el ISS, siempre que se den los requisitos exigidos por la ley, siendo de cargo de aquella el mayor valor, entre la dos, si li hubiere. Es este el fundamento de la compartibilidad de estas pensiones mas no el que ellas se cancelen con dineros del erario, cuestión que no se discute en el sub examine, tanto que a pesar de que se reconozca la pensión de jubilación convencional en vigencia del mentado acuerdo si las partes convienen que esta pensión no es compartida con la que pueda reconocer el ISS, no podrá hacerse ese descuento y la pensión de jubilación la debe seguir pagando el empleador en su totalidad, según lo previsto en el párrafo referenciado.*

*En presente caso se reconoció la pensión convencional a Ospino Martínez, en vigencia del decreto 2879 de 1985, por lo que es evidente que ésta es compartible con la pensión de vejez que le concedió el ISS en mayo de 2009, a partir del 1º de junio de 2009, compartibilidad que es por mandato legal, no obstante que dicha compartibilidad fue pactado entre estas. orte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 23 de septiembre de 2002, Rad. 17902, al referirse al transcrito artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985:*

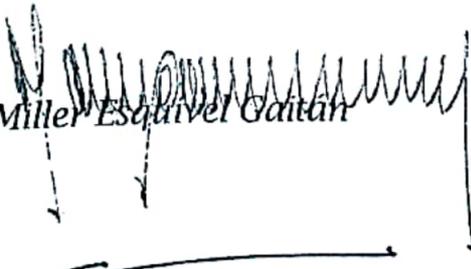
*"En consecuencia, no se puede ignorar ni recortar el texto de esta preceptiva, desconociendo lo prescrito claramente por ella o reduciendo el asunto a una simple continuidad de cotizaciones patronales, porque lo que fluye de su diáfana redacción es que la compartibilidad sólo opera respecto de las pensiones voluntarias causadas desde la vigencia del precepto hacia el futuro porque, además, sólo así se respetan los derechos*

*adquiridos. Y si la compartibilidad surge únicamente para ese tipo de pensiones - salvo acuerdo expreso en contrario -, es lógico que la dicha consecuencia no puede aplicarse de idéntica manera a las causadas con antelación a la entrada en vigor de la norma, so pena de transgredir no solamente ésta sino también el principio lógico que enseña que la expresa inclusión de una hipótesis supone la exclusión de las demás.*

*Si la pensión de jubilación convencional es compartida a partir del reconocimiento de la pensión de vejez por parte del ISS, desde ese momento opera el mayor valor a cargo de la empresa que reconoció la pensión de jubilación, pero como normalmente sucede que el ISS no otorga la pensión de vejez desde el mismo momento de su causación sino después dado el trámite administrativo necesario, es obvio que el retroactivo generado corresponde al empleador y bien puede el ISS girarlo directamente a éste sin que ello implica violación de algún derecho del pensionado, lo que de paso evita conflictos no solamente entre el pensionado y su antiguo empleador para obtener el pago de esa suma, si se entrega al pensionado, sino también entre el ISS y el empleador, como sucede en este caso. Retroactivo que como se dijo no pertenece al pensionado, al recibir dos pensiones sin soporte legal, por lo que al haberlo recibido debe reembolsarlo a la demandante, pues de no ser así implica un enriquecimiento sin justa casusa, con el consiguiente deterioro del patrimonio de la Electrificadora del Caribe. Acotando que la actora pagó esas mesadas como consta a folio 22. Por lo tanto se debió condenar a Edilberto Ospino Martínez a reintegrar a la demandante esas mesadas pensionales del 1º de octubre de 2008 al 30 de mayo de 2009, y no como se pidió en la demanda, sí las recibió o a Colpensiones si a la fecha no ha cancelado ese retroactivo.*

*Dejo así a salvo el voto.*

*Miller Esquivel Gaitán*



---