

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. ORDINARIO DE **GUIDO SANCLEMENTE**
VS. **EMCALI EICE ESP**
LITIS: **COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **760013105 016 2017 00592 01**

Hoy diecinueve (19) de febrero de 2021, surtido el trámite previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 4 de junio de 2020, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, integrada por los magistrados **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, quien la preside en calidad de ponente, **LUIS GABRIEL MORENO LOVERA** y **CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ**, en ambiente de escrituralidad virtual y aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable por mandato del D. 039 del 14 de enero de 2021, resuelve la **APELACION** del apoderado de la parte DEMANDANTE, respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO DIECISÉIS LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **GUIDO SANCLEMENTE** contra **EMCALI EICE ESP**, siendo integrado como litisconsorte necesario **COLPENSIONES**, con radicación No. **760013105 016 2017 00592 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 2 de diciembre de 2020, celebrada, como consta en el **Acta No 59**, tal como lo regulan los artículos 54 a 56 de la ley 270 de 1996, autorizados por el artículo 12 del D.L. 491 de 2020 (reuniones no presenciales por cualquier medio), la Circular PCSJC20-11 del 31 de marzo de 2020 y el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30-09-2020.

En consecuencia, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, procede a resolver la **apelación** en esta que corresponde a la

SENTENCIA NÚMERO 47

ANTECEDENTES

La pretensión del demandante está orientada a obtener una declaración de condena contra la entidad convocada, respecto de la compatibilidad de la pensión de jubilación convencional otorgada por EMCALI E.I.C.E E.S.P. y de la pensión de vejez reconocida por el Instituto de Seguros Sociales, y en consecuencia se le reconozca el 100% de la pensión vitalicia de jubilación, a partir del 16 de octubre de 2001, junto con los intereses moratorios y las costas del proceso.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA Y SUS CONTESTACIONES

Afirmó el demandante a través de su apoderado judicial, que se vinculó laboralmente con EMCALI el 29 de noviembre de 1955 hasta el 31 de diciembre de 1985 cuando se retiró ocupando el cargo de Supervisor de Prueba de Equipos, clasificado como trabajador oficial.

Indicó que Emcali EICE ESP a través de la resolución 0093 del 29 de enero de 1986, le reconoció la pensión de jubilación convencional a partir del 1º de enero de 1986.

Señaló que el Instituto de Seguros Sociales mediante la resolución número 7844 del 18 de agosto de 2001, le reconoció la pensión de vejez a partir del 23 de agosto de 2001.

Dijo que Emcali EICE mediante acto del 16 de octubre de 2001, compartió la pensión vitalicia de jubilación convencional con la reconocida por el Instituto de Seguros Sociales.

La demandada **EMCALI EICE ESP** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pues indicó que la pensión de jubilación reconocida al actor tiene carácter de compartida con la reconocida por el Instituto de Seguros

Sociales hoy Colpensiones, quedando a cargo del empleador la diferencia pensional en caso que la pensión reconocida por el ISS sea inferior a la que venía percibiendo. Indicó que EMCALI ICE ESP cotizó al ISS para los riesgos de salud, pensión y ATEL, durante toda la vinculación laboral del actor, razón por la que al cumplir la edad mínima para acceder al derecho pensional, le fue reconocida la pensión de vejez.

Por su parte el integrado en el litisconsorcio necesario COLPENSIONES, indicó no tener responsabilidad alguna frente a las pretensiones del demandante, pues la entidad solo se ocupó de reconocer una pensión legal cuando hubo lugar a ello, para convertirse en una pensión compartida, en la que el ex empleador debe reconocer el mayor valor que se llegue a generar.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La decisión de primera instancia fue proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, por cuya parte resolutive absolvió a Emcali EICE ESP de las pretensiones contenidas en la demanda, pues indicó que conforme el artículo 128 de la Constitución Política, nadie puede recibir más de una asignación que venga del tesoro público, así como también lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado, pues permite percibir la pensión de jubilación y pensión de vejez solo cuando se haya prestado los servicios a un empleador privado, sin que suceda lo mismo cuando la prestación que reconoce el Instituto de Seguros Sociales incluye tiempos laborados en el sector público, caso en el que involucran dineros que vienen del tesoro público, de empresas o instituciones que tengan parte mayoritaria del estado y en tal sentido sería incompatible con la pensión reconocida por prestar sus servicios en el sector público.

Indicó la *A quo* que la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que la compatibilidad pensional, de las pensiones reconocidas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, requiere de un acuerdo de las partes. Aclaró que solo existe compatibilidad cuando la pensión de vejez se reconoce conforme los aportes provenientes del sector

privado o como trabajador independiente o si la pensión de jubilación fue reconocida antes del 17 de octubre de 1985.

Dijo que en el presente asunto el actor cotizó durante toda su vida laboral 1.551,29 semanas, todas teniendo como empleador a EMCALI, las que sirvieron de base para el reconocimiento pensional por parte del ISS, razón por la que la base de cotización proviene de EMCALI, sumado a que la prestación convencional le fue otorgada con posterioridad al 17 de octubre de 1985.

APELACION

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante la apeló argumentando que el Decreto 3041 de 1966 estableció una obligatoriedad para el Seguro Social en lo que tiene que ver con el riesgo de vejez, estableciendo dos tipos de afiliados los obligatorios y los facultativos, estos últimos eran los vinculados a las empresas del sector público que tenían la opción de efectuar aportes o no, y para los primeros la pensión resulta totalmente compatible con la pensión de vejez. Indicó que el Gobierno intentó corregir ese error y expidió la ley 20 de 1970, que estableció la obligatoriedad de la afiliación de los servidores públicos al Seguro Social y lo hizo mediante el decreto 433 de 1971, ello por fuera del término concedido por la ley, razón por la que el Consejo de Estado está estudiando la nulidad de tal norma, la que incidirá en la presente decisión, porque los afiliados de EMCALI son solamente facultativos, resultando las dos pensiones totalmente compatibles.

Señaló que se tiene que acudir al decreto 758 de 1990 que en su artículo 53 derogó el “decreto 2358 de 1985”, y la Corte Suprema de Justicia “se ha equivocado infinidad de veces” aplicando ese artículo, toda vez que está derogado, vulnerando los derechos de muchas personas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 18 de diciembre de 2020, el Despacho ordenó correr traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión, tal como lo dispone el decreto 806 del 4 de junio de 2020.

Dentro del término las demandadas EMCALI EICE ESP y COLPENSIONES, a través de memoriales allegados al correo electrónico de la Secretaria de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentaron alegatos de conclusión en los cuales ratificaron lo expuesto en la contestación de la demanda.

La parte demandante guardó silencio.

CONSIDERACIONES:

Como cuestión de primer orden, la Sala resalta que de conformidad con el principio de la consonancia, establecido en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S., *“la sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación”*. En este orden de ideas, será únicamente respecto de los reproches formulados en la alzada que se pronunciará esta Sala de Decisión.

No existe controversia en cuanto a la calidad de pensionado del demandante, pues EMCALI EICE ESP, a través de la resolución número 00093 del 29 de enero de 1986 (fl. 22 y 88), aceptó la renuncia del señor Guido Sanclemente a partir del 31 de diciembre de 1985, al cargo de supervisor de prueba de equipo, estableciendo en el documento anexo a dicha resolución, denominado “Relación de valor devengados último año de servicios”, que el último día de servicio lo fue el 31 de diciembre de 1985 y que la pensión se reconocía en \$67.671.30. Hecho que fue aceptado por la entidad demandada y cuya calidad de pensionado no fue puesta en discusión.

Ahora bien, el señor GUIDO SANCLEMENTE nacido el 20 de mayo de 1935 (fl. 77), cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 1º de enero de 1967

hasta el 30 de junio de 1996, siempre con el empleador EMCALI, sumando un total de 1.551.29 semanas (fl. 109 cd), razón por la que el Instituto mediante resolución 007844 de 2001 (fl. 26, 76 y 87), le reconoció pensión de vejez, por ser beneficiario del régimen de transición y reunir las exigencias del acuerdo 049 de 1990, ello a partir del 23 de agosto de 1996, en cuantía de \$442.184, ordenando que el valor del retroactivo generado, fuese girado al empleador EMCALI.

Posteriormente el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, mediante resolución 003226 de 2011 (fl. 79 a 82), modificó la resolución 007844 de 2001 (fl. 26, 76 y 87), reliquidando la mesada pensional del actor, estableciendo que a partir del 16 de noviembre de 2006 le correspondía una mesada pensional de \$1'217.491, ordenando que las diferencias pensionales retroactivas generadas fueran canceladas a EMCALI EICE ESP, pues se trata de una "Pensión Compartida".

Ante la reliquidación pensional efectuada por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, mediante la resolución 003226 de 2011 (fl. 79 a 82), el mayor valor a cargo de EMCALI EICE ESP, a partir del 16 de julio de 2011, pasó de \$211.602 a \$177.646, tal como se establece de la comunicación dirigida al demandante fechada el 13 de julio de 2011 (fl. 89).

Impone lo anotado que para efectos de determinar la compatibilidad o no de la pensión de jubilación reconocida por EMCALI EICE ESP y la pensión de vejez que luego le reconoció al demandante el Instituto de los Seguros Sociales, se debe recurrir a lo establecido en el artículo 5º del acuerdo 029 de 1985, aprobado por el decreto 2879 de igual año y en el artículo 18 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por decreto 758 de 1990, que establecen:

ACUERDO 029 DE 1985, Artículo 5o. *“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 Convención Colectiva, 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 este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.

PARÁGRAFO 1o. *Lo dispuesto en este 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.”*

Norma que fue publicada en el diario oficial numero 37.192 del 17 de octubre de 1985, momento a partir del cual cobró vigencia.

Por su parte el artículo 18 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por decreto 758 de 1990 señaló:

“ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. *Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, 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 cancelando al pensionado.*

PARÁGRAFO. *Lo dispuesto en este 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.”*

De conformidad con lo establecido el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985, las pensiones de jubilación reconocidas por los empleadores a partir del 17 de octubre de 1985, por regla general son compatibles con las pensiones que reconoce el ISS hoy Colpensiones.

En igual sentido el Acuerdo 049 de 1990 estableció en su artículo 18 la compartibilidad de las pensiones extralegales, ratificando lo dispuesto en el Acuerdo 029 de 1985 sobre la obligación del empleador de cancelar el mayor valor entre la pensión otorgada por el ISS y la que venía cancelando el patrono.

Establecen dichos preceptos en forma similar que a partir de la vigencia del acuerdo 029 de 1985 – 17 de octubre de 1985 - el Instituto de Seguros Sociales subrogaría a los empleadores que reconocieran pensión de jubilación convencional o voluntaria razón por la cual, a partir del momento en que dicha entidad otorgue al afiliado la pensión de vejez, sólo quedará a cargo del empleador la diferencia que resultare de comparar los dos beneficios. A partir de su vigencia se exigirá el expreso acuerdo inter partes en caso de querer mantener con vida tanto la pensión de jubilación voluntaria o convencional y la legal a cargo del ISS.

Así las cosas, la compartibilidad se origina cuando el empleador continúa con la obligación de pagar el mayor de la pensión, ya que la subrogación total por parte del ISS hoy Colpensiones, solo se produce cuando el monto de la pensión de vejez supera el valor de la pensión de jubilación.

Respecto de la compartibilidad pensional, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3720 del 26 de agosto de 2020, señaló que:

“Igualmente, se debe advertir la sobreviniente compartibilidad de la pensión de jubilación con la pensión de vejez que le fue reconocida al actor por parte del Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, a partir del <24 de octubre de 2013>, pues, conforme a lo consagrado en el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, las pensiones extralegales causadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985 son, por regla general, compartibles con la de vejez que otorga el Instituto de Seguros Sociales, a menos que las partes hayan dispuesto lo contrario a través de convención colectiva de trabajo o laudo arbitral, lo cual no ocurrió en el sub examine, pues en ningún enunciado de la convención colectiva de trabajo se fijó la compatibilidad pensional y, adicional a ello, ese no fue un tema discutido por los intervinientes en el proceso.”

En el presente asunto se tiene que EMCALI E.I.CE E.S.P. a través de la resolución número 00093 del 29 de enero de 1986 (fl. 22 y 88), aceptó la renuncia del señor Guido Sanclemente a partir del 31 de diciembre de 1985, estableciendo en el documento anexo a dicha resolución, denominado en la *“Relación de valor devengados último año de servicios”* que la pensión se reconocía en \$67.671.30, a partir del 1º de enero de 1986, es decir que la pensión de jubilación le fue reconocida al demandante con posterioridad al

17 de octubre de 1985, fecha de entrada en vigencia del acuerdo 029 de 1985.

Luego mediante certificación del 8 de octubre de 2010 (fl. 28 y 86), informó que la mesada pensional de Guido Sanclemente se encuentra compartida con la reconocida por el Instituto de Seguros Sociales.

Como viene de verse el actuar de EMCALI EICE ESP se encuentra ajustado a los parámetros legales, pues la compatibilidad pensional dispuesta por la entidad es legal, razón por la que solo está obligada a reconocer el mayor valor de la pensión, tal como lo viene haciendo, circunstancia que se desprende del documento que obra a folio 89 del expediente.

Por las anteriores razones la Sala no acoge los planteamientos expuestos por el apoderado de la parte demandante al sustentar la alzada, procediendo la confirmación de la sentencia absolutoria apelada.

En mérito de lo expuesto la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia APELADA.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante apelante infructuoso, y a favor de la parte demandada EMCALI EICE ESP. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1`000.000.

TERCERO: 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.

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Firmado Por:

**MONICA TERESA HIDALGO OVIEDO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
Despacho 008 De La Sala Laboral Del Tribunal Superior De Cali**

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:

**bdae7114c9fc9e6f7a4f25d4d47274134f47e21982abe018b0cd0e5e0cf607
02**

Documento generado en 18/02/2021 09:47:48 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**