

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

REF. ORDINARIO DE **HÉCTOR CANDAMIL CORREA**
VS. **EMCALI EICE ESP**
RADICACIÓN: **760013105 010 2018 00124 01**

Hoy diez (10) de septiembre 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. 1026 del 31 de agosto de 2021, resuelve la **APELACION** del apoderado de la parte DEMANDANTE, respecto de la sentencia dictada por el JUZGADO DÉCIMO LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **HÉCTOR CANDAMIL CORREA** contra **EMCALI EICE ESP**, con radicación No. **760013105 010 2018 00124 01**, con base en la ponencia discutida y aprobada en Sala de Decisión llevada a cabo el 8 de julio de 2021, celebrada, como consta en el **Acta No. 47**, 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 323

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 que ha de ser reconocida por Colpensiones, y en consecuencia se le continúe pagando el 100% de la pensión vitalicia de jubilación, 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 agosto de 1977 hasta el 30 de mayo de 1999 cuando se retiró ocupando el cargo de “Lector”, clasificado como trabajador oficial.

Señaló que ingresó como afiliado voluntario o facultativo al Instituto de Seguros Sociales, desde el 29 de agosto de 1977, trasladándose al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. el 1º de julio de 1996, retornando al régimen de prima media el 1º de junio de 2002.

Indicó que Emcali EICE ESP a través de la resolución 002757 del 17 de noviembre de 1999, le reconoció la pensión de jubilación convencional anticipada, a partir del 30 de mayo de 1999.

La demandada **EMCALI EICE ESP** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, pues indicó que la pensión de jubilación reconocida al actor tendría carácter de compartida con la que eventualmente puede ser reconocida por concepto de vejez, quedando a cargo del empleador la diferencia pensional si la pensión reconocida por Colpensiones llega a ser inferior a la que venía percibiendo. Indicó que EMCALI ICE ESP cotizó al ISS para los riesgos de salud y pensión durante toda la vinculación laboral del actor.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La decisión de primera instancia fue proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, por cuya parte resolutive absolvió a Emcali EICE ESP de las pretensiones contenidas en la demanda, pues indicó 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 04 de octubre de 1985 (sic), requiere de un acuerdo de las partes.

Consideró que la pensión de jubilación del demandante le fue reconocida con posterioridad a la vigencia del Decreto 2879 de 1985 aprobatorio del acuerdo 029 del mismo año, expedido el 4 de octubre de 1985 (sic), que estableció la compatibilidad de las pensiones de jubilación legales o extralegales reconocidas por los empleadores, momento a partir del cual el emperador solo reconocería el mayor valor entre la pensión de jubilación reconocida y la pensión otorgada por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.

APELACIÓN

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, aspectos estudiados por la Corte Suprema de Justicia que para la época asumía funciones de la Corte Constitucional, pero no ha hecho tránsito a cosa juzgada. Dijo 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 2879 de 1985, y la Corte Suprema de Justicia continúa aplicándolo como si aún se encontrara vigente.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN LA SEGUNDA INSTANCIA

Mediante providencia del 09 de julio de 2021, 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 la parte demandante, la demandada EMCALI E.I.C.E. E.S.P., a través de memoriales allegados al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, presentaron alegatos de conclusión en los cuales ratificaron lo expuesto en la demanda, contestación de la demanda y en el recurso de apelación, respectivamente.

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 y que giran en torno al carácter facultativo que señala el actor se impuso a la afiliación al ISS, hoy COLPENSIONES del actor.

No existe controversia en cuanto a la calidad de pensionado del demandante, pues EMCALI EICE ESP, a través de la resolución número 002757 del 17 de noviembre de 1999, le reconoció pensión mensual de jubilación convencional a partir del 30 de mayo de 1999, en cuantía inicial de \$1'555.700, indicando que una vez reconocida la pensión de jubilación

EMCALI EICE ESP continuaría pagando la totalidad de la cotización al fondo de pensiones, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte hasta cuando el extrabajador cumpliera con los requisitos para pensionarse por vejez. Así mismo señaló que a partir del reconocimiento de la pensión de vejez, le correspondería a EMCALI EICE ESP pagar únicamente el mayor valor si lo hubiere, entre fondo de pensiones y la que venía siendo pagada por la entidad.

Ahora, si bien se allegó un formulario de vinculación suscrito por HÉCTOR CANDAMIL CORREA a PORVENIR S.A., fechado el 14 de abril de 1999, lo cierto es que Colpensiones mediante certificación del 24 de septiembre de 2020 informó que el demandante se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida desde el 30 de septiembre de 1974 (fl. 374 y 384 pdf), sin que se hubiese allegado prueba al plenario que de cuenta de reconocimiento de prestación pensional alguna por parte de dicha entidad al actor.

Comporta lo anterior que el demandante se insertó en el régimen de los seguros sociales obligatorios creados con la Ley 90 de 1946, cuya finalidad desde el artículo 72 y 76 era subrogar a *“(...) las personas, entidades o empresas que de conformidad con la legislación anterior están obligadas a reconocer pensiones de jubilación a sus trabajadores”* sin afectar a los empleados o manteniendo las condiciones más favorables. Dicha aspiración se concretaría con el artículo 1º del Decreto 3041 de 1966 que ordenó la afiliación de todos los trabajadores al Seguro Social obligatorio contra los riesgos de invalidez y muerte de origen no profesional y contra el riesgo de vejez, con tan solo algunas salvedades expresas, que tampoco van a aparecer en el Decreto 433 de 1977 *“Por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales”*, y sobre cuya legalidad llama la atención el apelante, el cual en su artículo 2º señala:

“ARTICULO 2o. Estarán sujetos al Seguro Social Obligatorio en los términos del presente Decreto, las siguientes personas:

b). Los trabajadores que presten sus servicios a la Nación, los Departamentos y los Municipios en la construcción y conservación de las obras públicas, y todos los trabajadores de los establecimientos

públicos, empresas industriales y comerciales del Estado y sociedades de economía mixta, de carácter nacional, departamental o municipal, que para los efectos del Seguro Social Obligatorio estarán asimilados a trabajadores particulares.

El Instituto podrá contratar con entidades administrativas y docentes distintas a las señaladas en el inciso anterior la prestación de servicios en uno o varios de los seguros que administra;”

De ahí en adelante, la pertenencia al ISS se consolidó con Artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, el Decreto 758 de 1990 *“Por el cual se aprueba el acuerdo número 049 de febrero 1º de 1990 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios”*, y la ley 100 de 1993.

Impone lo anotado que para efectos de determinar la compatibilidad o no de la pensión convencional de jubilación reconocida por EMCALI EICE ESP y la pensión de vejez que eventualmente puede corresponder al demandante, se debe recurrir a lo establecido en el artículo 18 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por decreto 758 de 1990, que constituye el parámetro legal vigente al momento del reconocimiento de la pensión convencional y establece:

“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.”

Ello en atención a que desde la vigencia del 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 compartibles con las pensiones que reconoce el ISS hoy Colpensiones, regulación que se ratificó con el D.758 de 1999 e impuso la obligación del empleador de cancelar el

mayor valor entre la pensión otorgada por el ISS y la que venía cancelando el patrono.

Así la subrogación de obligaciones pensionales del empleador (convencionales o voluntarias) hacia la entidad de seguridad social, implica que 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. Siendo únicamente viable la compatibilidad por expreso acuerdo *inter partes* en caso de querer mantener con vida tanto la pensión de jubilación convencional y la legal a cargo del ISS, aspecto que valga señalar no fue acreditado, ni discutido por el demandante. Por el contrario, afloró el texto convencional vigente 1999-2000 (fl. 117-157, pdf) sin convenio alguno en tal sentido.

Es decir, que ni por la data de reconocimiento de la pensión convencional, ni por existencia de acuerdo entre las partes surge la compatibilidad pensional anhelada por el recurrente que se opone a la compartibilidad pensional.

Vale aclarar que, la compartibilidad se origina cuando el empleador continúa con la obligación de pagar el mayor valor 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.”

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 si a ella hubiere lugar hipotéticamente.

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,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia APELADA.

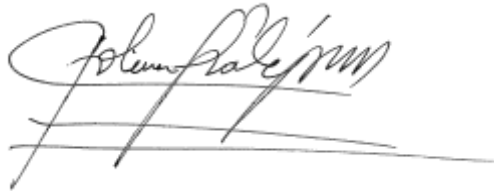
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante apelante infructuoso, y a favor de la parte demandada EMCALI EICE ESP. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1'000.000.

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.

**-Firma Electrónica-
MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA



CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

Firmado Por:

**Monica Teresa Hidalgo Oviedo
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Laboral
Tribunal Superior De Cali - Valle Del Cauca**

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

Código de verificación:

**72d961abe7f2da9f1fa3d7d62ae7425be8fcec2a039d18ddce589d657e34fff
c**

Documento generado en 09/09/2021 03:38:23 p. m.

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