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

SENTENCIA 327

(Aprobado mediante Acta del 7 de septiembre de 2021)

Proceso	Ordinario
Demandante	José Oscar Ramírez
Demandado	Emcali EICE ESP
Radicado	76001310501720170065302
Temas	Compatibilidad y compartibilidad pensional
Decisión	Confirma

AUTO

En atención al memorial poder allegado al expediente, se reconoce personería adjetiva al abogado Carlos Olmedo Arias Rey y a su vez, se reconoce personería jurídica al abogado Oscar Fabián Moncada Giraldo quien se identifica con T.P. 101.901 del Consejo Superior de la J., según poder de sustitución aportado.

En Santiago de Cali, Departamento del Valle del Cauca, el día veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021), la SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, conformada por los Magistrados ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ, JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA y CLARA LETICIA NIÑO MARTINEZ, quien actúa como ponente; obrando de conformidad con el Decreto 806 del 4 de junio de 2020 y el Acuerdo No. PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, adopta la decisión con el fin de dictar sentencia en el proceso de la referencia, en los siguientes términos:

ANTECEDENTES

Pretende la demandante que se declare que la pensión de jubilación convencional que le fue reconocida por Emcali EICE, es

compatible con la pensión de vejez que le reconoció Colpensiones, en consecuencia, se condene a Emcali EICE al pago del 100% de la pensión de jubilación a partir del 1° de diciembre de 2001, además de la indexación, los intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y las costas del proceso.

Como hechos relevantes señaló que laboró al servicio de la demandada desde 1965 hasta 1986, anualidad a partir de la cual le fue reconocida la pensión de jubilación convencional por esa entidad. Informó que, a su vez, el ISS le otorgó la pensión de vejez a partir del 29 de agosto de 1996, y en tal virtud, la demandada compartió la pensión de jubilación a partir del 1° de diciembre de 2001.

La demandada se opuso a las pretensiones señalando que, la pensión de jubilación reconocida al actor fue compartida atendiendo esa figura que contempló el Decreto 2879 de 1985, que aprobó el Acuerdo 029 del mismo año, y que si bien, fue derogado por el Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año, se conservó esa figura en el art. 18.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez Diecisiete Laboral del Circuito de Cali, en sentencia proferida el 22 de marzo de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la demandada, y en consecuencia, la absolvió de las pretensiones incoadas por el actor, a quien le impuso condena en costas.

Como sustento de la decisión, el *a quo* señaló que no es materia de discusión la calidad de trabajador oficial que ostentó el demandante al servicio de la demandada. Precisó que la subrogación pensional a cargo del ISS en pensiones convencionales surgió a partir del Decreto 2879 de 1985 que aprobó el Acuerdo 029 del mismo año, el cual reguló lo relativo a la compatibilidad y compartibilidad de pensiones.

Explicó que, para el caso de las pensiones convencionales, cuando nada disponga la convención, se entenderá que la misma es

compartible, es decir, que el patrono debe continuar cotizando hasta que el trabajador complete los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, momento a partir del cual solo reconocerá el mayor valor si lo hubiere; sin embargo, en caso de que la convención disponga que no será compartida, la misma será compatible.

Puntualizó que en el acto administrativo que reconoció la pensión de jubilación por la demandada, no se estipuló que no sería compartida, en consecuencia, concluyó que no procedía lo solicitado, menos aún, que la parte demandante no cumplió con la carga de la prueba de aportar la convención colectiva. Citó providencia proferida 30 de enero 2001 por la CSJ, con radicación 14207.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandante señaló que la afiliación del demandante al ISS para riesgo de vejez fue facultativa, calidad que mantuvo hasta el retiro laboral de Emcali, y que los Decreto 2879 de 1985 y 758 de 1990, regulan situaciones de las afiliaciones obligatorios, por consiguiente, no son aplicables al demandante, por lo que solicita se revoque la sentencia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Este Despacho Judicial, a través de Auto, ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Estando dentro de la oportunidad procesal, las partes presentaron escrito de alegatos.

Es así, que se tienen atendidos los alegatos de conclusión presentados en esta instancia.

COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La competencia de esta Corporación procede de los puntos que fueron objeto de apelación por la parte demandante conforme a lo dispuesto en el art. 66A del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico, consiste en dilucidar si al demandante le resultan aplicables el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, y el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en lo relativo a la compatibilidad y compartibilidad pensional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

La sentencia de instancia será confirmada, por las razones que siguen.

Sea lo primero precisar que, no está en discusión i) la calidad de trabajador oficial que ostentó el demandante mientras laboró al servicio de la demandada; ii) que Emcali EICE ESP, en su condición de empleador, le reconoció pensión de jubilación a partir del 1° de abril de 1986, en cuantía inicial de $62.163,72, según se evidencia de la documental aportada por el actor (f.° 11) y se corrobora con el aviso de inscripción de pensionados diligenciado ante el entonces Instituto de Seguros Sociales en el mes de junio de ese mismo año (f.° 76 y 77); iii) que el ISS le reconoció pensión de vejez como beneficiario del régimen de transición y de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 29 de agosto de 1996 en cuantía de $142.125, mediante Resolución No. 009517 de 2001, para lo cual tuvo en cuenta 1261 semanas (f.° 13 y 78), y iv) que Emcali asumió el mayor valor entre las dos pensionales a partir del 28 de septiembre de 2001 (F.° 15 y 79).

En ese orden, no existe discusión sobre la calidad de pensionado que ostenta el demandante, pues mediante actos administrativos proferidos por la demandada y el ISS, le fue reconocida las prestaciones pensionales.

Sin embargo, el demandante pretende que la demandada continúe pagando el 100% de la pensión de jubilación que le reconoció, solicitud a la que no accedió el *a quo,* y ahora es motivo de la alzada del extremo

activo el que, en su sentir no le resultan aplicables al demandante los Decreto 2879 de 1985 y 758 de 1990 por regular afiliaciones obligatorias, precisando que la de él se dio de forma facultativa.

Al respecto, resulta necesario precisar al recurrente que, se equivoca en su apreciación de que la afiliación del demandante al riesgo de vejez fue facultativa, pues si bien, para la época en que el actor inició labores al servicio de la demandada -año 1965 (f.° 76)- no había iniciado la cobertura del ISS, lo cierto es que, con la expedición del Decreto 3041 de 1966 que aprobó el Acuerdo 224 de 1966, se estableció la obligatoriedad de la afiliación al Seguro Social Obligatorio contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte para los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y para los que prestaban sus servicios a las empresas del sector oficial -siempre que no estuvieran exceptuados-, en efecto, la normativa citada discriminó en su art. 1° los siguientes trabajadores:

> a. *Los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento;*
> b. *Los trabajadores que presten servicios a entidades empresas de derecho público semioficiales o descentralizadas cuando no estén excluidos por disposición legal expresa;*
> c. *Los trabajadores que mediante, contrato de trabajo presten servicios a entidades de derecho público, en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos o forestales, que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de los cuales sean accionistas o copartícipes*
> d. *Los trabajadores que presten servicios a un sindicato para la ejecución de un contrato sindical, caso en el cuál la entidad profesional se entiende patrono de los trabajadores*

Conforme a tal disposición, y en virtud del inicio de la cobertura gradual del ISS a partir del 1° de enero de 1967 -según Resolución 831 de 1966 emanada del Director General del ICSS-, fue que el demandante fue afiliado por su empleador, tal como se evidencia del texto de la Resolución 2017_11155366 emitida pro Colpensiones, en la que se avizoran las cotizaciones que efectuó el actor desde el 1° de enero de 1967 hasta el 30 de junio de 1997 con el patronal aquí demandado (f.° 80 a 84 y Vto), de ahí que las normas enunciadas por el recurrente, sí le son aplicables al demandante.

Ciertamente, el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, establece que 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; en igual sentido el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, estableció en sus artículos 16 y 18 la compartibilidad de las pensiones legales y extralegales, respectivamente, 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 hoy Colpensiones, y la que venía cancelando el patrono.

Así pues, 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- Colpensiones, solo se produce cuando el monto de la pensión de vejez supera el valor de la pensión de jubilación.

Conforme a lo expuesto, estima esta Colegiatura que la pensión de jubilación que le fue reconocida al demandante es compartible con la pensión de vejez que le reconoció el ISS, dado que i) fue reconocida con posterioridad al 17 de octubre de 1985 -1986-, y ii) así lo estimó el empleador, pues nótese que Emcali comunicó en 1986 al Seguro Social, su intención de reconocer el mayor valor, bajo la figura de pensión compartida (fl.77).

Así las cosas, la solicitud realizada por el recurrente relativa a la compatibilidad de la pensión de jubilación reconocida por Emcali y la pensión de vejez reconocida por el ISS no es procedente, dado que, tratándose del régimen de prima media con prestación definida, se encuentra cimentado sobre la base del principio de solidaridad, de ahí que se confirmará la sentencia de primera instancia.

Se confirmarán las costas de primera instancia; en esta sede se causaron al no salir próspero el recurso interpuesto por el demandante, conforme a los arts. 361 y 365 del CGP, se ordena incluir como agencias en derecho la suma de $100.000.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DE CALI, SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia n.° 48 proferida el 22 de marzo de 2019, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

SEGUNDO. COSTAS en esta instancia en favor de la demandada, se ordena incluir como agencias en derecho la suma de $100.000 a cargo del demandante.

TERCERO. DEVOLVER por Secretaría el expediente al Juzgado de origen, una vez quede en firme esta decisión.

Lo resuelto se NOTIFICA y PUBLICA a las partes, por medio de la página web de la Rama Judicial en el link https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-011-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias.

No siendo otro el objeto de la presente, se cierra y se suscribe en constancia por quien en ella intervinieron, con firma escaneada, por salubridad pública conforme lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.

CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada

JORGE EDUARDO RAMÍREZ AMAYA
Magistrado

ELSY ALCIRA SEGURA DÍAZ
Magistrada