

REPÚBLICA DE COLOMBIA**RAMA JUDICIAL****TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN****Medellín, dieciocho (18) de mayo de dos mil veintitrés (2023)**

La Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, integrada por los Magistrados CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES (ponente), VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO y SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE, cumplido el traslado de que trata el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede a dictar la sentencia que corresponde en este proceso ordinario laboral instaurado por FRANCISCO ANTONIO SUÁREZ CALLE contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. (Radicado **05001-31-05-017-2021-00486-01**).

ANTECEDENTES

El demandante pretende de parte de EPM el reconocimiento de la pensión de jubilación voluntaria consagrada en el Decreto 3 de 1976 y las actas número 1115 de diciembre de 1986 y 1122 de abril de 1987 expedidas por la Junta Directiva de la entidad, desde el momento de su retiro con un cálculo del 75% del promedio de lo devengado en el último año, así como los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las sumas; además, las costas del proceso; en subsidio, el otorgamiento de esa prestación hasta la asunción del riesgo de parte de Colpensiones por omisión de aportes derivada de su desafiliación unilateral.

Como sustento de sus pretensiones expuso que nació el 19 de febrero de 1954 contando para el 30 de junio de 1995 con 40 años de edad, ostentando la calidad de servidor público vinculado a EPM E.S.P. entre el 12 de mayo de 1975 y el 27 de noviembre de 2012, entidad que se inscribió como empleador

al ISS en virtud de lo establecido en el Decreto 433 de 1971 y como consecuencia de ello, afilió a todos sus trabajadores. Por medio del Decreto 3 de 1976 emanado de la Junta Directiva se empezó a dar reconocimiento a la pensión de jubilación a los trabajadores que hayan prestado sus servicios 20 años continuos o discontinuos a partir de los 50 años de edad. En virtud de ello, y con fundamento en las actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987 tomó la decisión unilateral de desvincular su personal activo del ISS a partir del 01 de julio de 1987, determinación que fue comunicada a todos los empleados mediante boletín extraordinario del 16 de diciembre de 1986. Explica que al 30 de junio de 1995 no se encontraba afiliado a ninguna caja, fondo o entidad de previsión social por ser EPM quien asumía el pago de las pensiones, momento a partir del cual inició nuevamente las cotizaciones en aplicación al artículo 25 del Decreto 692 de 1994 desconociendo las directrices de la Junta Directiva, anotando el derecho que le asiste al reconocimiento de esta prestación con aplicación subsidiaria del Decreto 813 de 1994.

COLPENSIONES presentó en término la contestación respectiva afirmando no constarle la mayoría de los hechos expuestos, con oposición a lo pedido por tratarse de una prestación eliminada por lo dispuesto en el A.L. 01 de 2005. Como excepciones de mérito formuló las de falta de legitimación en la causa, inexistencia de la obligación de reliquidar la pensión de vejez y cobro de lo no debido, improcedencia del reconocimiento de intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prescripción, buena fe de Colpensiones, improcedencia de condena en costas, compensación y pago.

EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. en igual forma se pronunció en oportunidad con aceptación del contenido del Decreto 3 de 1976 y las actas 1115 y 1122 de 1986 y 1987 respectivamente, con disenso de lo pedido atendiendo a que con la expedición de la Ley 100 de 1993 perdió la potestad de continuar reconociendo prestaciones económicas, quedando ellas a cargo de las administradoras del Sistema General de Pensiones, acotando que Colpensiones reconoció al actor una pensión de vejez teniendo por elemento de financiación un bono pensional a cargo de EPM además de las cotizaciones efectuadas como empleador desde el 30 de junio de 1995. Propuso como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación por pasiva,

subrogación total en el riesgo de vejez, pago total, compensación, falta de competencia, prescripción, excepción de inaplicabilidad, inexistencia de un derecho adquirido y cotizaciones para efectos pensionales realizadas de manera completa en términos de la ley que regula la materia.

El Juzgado de conocimiento, que lo es el Diecisiete Laboral del Circuito de Medellín, una vez surtido el trámite de rigor, por sentencia emitida el 17 de mayo de 2022, ABSOLVIÓ a EPM E.S.P. S.A. de los cargos formulados por el demandante. CONDENÓ en costas al actor, fijando las agencias en derecho en la suma de \$1.000.000.

La Sala en el marco de lo que regula el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, conoce del asunto por el grado de consulta por resultar la decisión totalmente desfavorable al promotor del juicio sin recurrir a la alzada.

En el término pertinente, las partes presentaron sus alegaciones de segunda instancia, con argumentos semejantes a los expuestos en las etapas procesales transcurridas en primer grado.

CONSIDERACIONES

Estando por fuera de discusión la vigencia de la relación de tipo laboral que existió entre el señor Suárez Calle y EPM entre el 12 de mayo de 1975 y el 27 de noviembre de 2012 (Págs. 41-110 y 132-133 Archivo 01), y la determinación de la Junta Directiva de la demandada de adoptar para enero de 1976 un estatuto del pensionado, que incluyó en su artículo 9° una pensión de jubilación a su cargo y en favor de sus empleados oficiales (Págs. 134-143 Archivo 01 y 125-144 Archivo 07), la Sala plantea como problema jurídico a resolver, si a la luz de esa disposición, EPM debe dar reconocimiento a la pensión de jubilación estipulada por su Junta Directiva o, en subsidio, definir si existe ilegalidad en la desafiliación unilateral al Sistema, que imponga en EPM una omisión en el pago de aportes, que conlleve al reconocimiento de esa prestación hasta la asunción de parte de Colpensiones con el carácter de compartida.

Pues bien, para resolver, se acude en primera medida al contenido del artículo 3° del Decreto 3 de 1976 que señala: *“El empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte años, continua o discontinuamente, tiene derecho a gozar de una pensión mensual vitalicia de jubilación al cumplir cincuenta años de edad previa demostración del retiro definitivo del servicio público”* (Págs. 134-143 Archivo 01 y 125-144 Archivo 07), autorizándose su reconocimiento por parte de la Junta Directiva de la entidad por Actas N° 1115 de 1986 y 1122 de 1987 (Págs. 144-172 Archivo 01 y Págs. 173-199 Archivo 01), sin perjuicio de compartirla con la pensión de vejez que llegue a reconocer el ISS.

De allí resalta que se está ante una pensión de jubilación de carácter voluntaria, la que dista tanto de las legales como de las convencionales pues estas dos últimas tienen unos parámetros o requisitos preestablecidos para acceder a ellas, mientras que las primeras provienen de la decisión unilateral del empleador o de una concertación entre este y quien ha de beneficiarse del derecho, estando su nacimiento, desarrollo y extinción determinados por la mera voluntad de su otorgante y justamente, este rasgo jurídico comporta la posibilidad de sujetarlas a una condición resolutoria, cuyo acaecimiento desencadene su extinción o modificación, no siendo de la esencia de estas prestaciones que sean de carácter vitalicio (Ver SL4041-2019).

Ahora, es conocido sin que haya necesidad de acudir a la evolución normativa y jurisprudencial de la asunción de riesgos por el ISS, que el legislador dispuso por medio de la expedición del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 de 1966 la subrogación paulatina de prestaciones de origen estrictamente legal, esto es, las previstas en el CST y que corresponden a la que venían estando a cargo de los patronos, tal y como lo dispuso su artículo 259, pero bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales no contaba con reglamentos ni previsiones legales que lo obligaran a hacerse cargo de aquellas pensiones que el empleador estuviera concediendo u otorgara a sus trabajadores por mera liberalidad o fruto de la negociación colectiva, situación que fue modificada con el Decreto 758 de 1990 al señalar en su 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, (fecha en que fue publicado el decreto 2879 de 1985 en el diario oficial No.37192), 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”.

De acuerdo con ello, el legislador quiso evitar el cubrimiento repetido de un mismo riesgo, pero procuró asegurar al pensionado el pago del mayor monto. Para ello, dispuso que, si el valor de la pensión a cargo del empleador era superior al legal, *“mantendría el disfrute de la primera, para lo cual el empresario quedaba obligado a suministrar solamente la diferencia, fenómeno que se conoce como compatibilidad pensional”* (SL4555-2020), ello, salvo que se exprese en convenciones colectivas, pactos o laudos, que ambas prestaciones son compatibles y, por lo tanto, independientes.

Esa característica de compatibilidad según el texto de la disposición pensional de la entidad por medio de su Junta Directiva no se verifica, dando a esa prestación el carácter de compartida, para lo que se hace preciso anotar, que la afiliación de los servidores públicos al sistema de pensiones con anterioridad a la vigencia de Ley 100 de 1993 no era obligatoria sino facultativa y en ese sentido, el hecho de que se realizara la respectiva inscripción no impedía que el trabajador obtuviera la pensión oficial, pero, eso sí, a cargo del empleador, porque el Instituto de Seguros Sociales no era asimilable a una caja de previsión social de las reseñadas en la Ley 33 de 1985, y como consecuencia, solo estaba obligado a reconocer las prestaciones concebidas en sus propios reglamentos; lo que explica, la desafiliación aceptada por la pasiva del actor al ISS desde el 18 de julio de 1977, con el fin de otorgar a todo su personal la pensión de jubilación.

Ya con la Ley 100 de 1993 en su artículo 15, apareció la obligatoriedad de esos aportes, y el artículo 52 de la misma Ley, estableció la competencia general del Instituto de Seguros Sociales (ISS) para administrar el Régimen de Prima

Media con Prestación Definida, y a las Cajas, Fondos o entidades públicas que para entonces tenían a cargo pensiones, se les permitió continuar mientras subsistieran, lo que fue reiterado en el artículo 1° del Decreto 2527 de 2000 dando continuidad de manera excepcional a las cajas, fondos o entidades de seguridad social siempre que “subsistan” y “administren” el régimen. En ese sentido, EPM como EICE para la prestación de servicios públicos domiciliarios, no contempla dentro de su naturaleza, las funciones y objetivos para ser administradora del régimen pensional y tampoco tenía caja o fondo, por lo que sus servidores tenían que escoger la entidad administradora de su régimen pensional a más tardar para el 30 de junio de 1995 y quienes no estaban vinculados quedaban con la facultad de reclamar la pensión al ISS, y EPM debía pagar el bono pensional o la cuota parte pensional por el tiempo de servicio no cotizado al ISS.

Es bajo esa lógica y contexto que dentro de este trámite se verifican unos aportes a la administradora del RPMPD en nombre del demandante del 12 de mayo de 1975 -cuando se dio inició a la vinculación laboral a EPM- y hasta diciembre de 1976, para retomar esos pagos desde el 01 de julio de 1995 (Págs. 121-131 Archivo 01) y hasta febrero de 2009 para cuando cumplió con las condiciones de edad y tiempo de servicio del Sistema General de Pensiones apoyados en el inciso 2° del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 (Pág. 150 Archivo 07), lo que corrobora que existió el ánimo de una subrogación aunque no fuera total, lo que por demás se desprende de actos administrativos donde se dispuso el reconocimiento de pensiones de jubilación de parte de EPM sin perjuicio de compartirla con la pensión de vejez que llegue a reconocer el ISS (Págs. 207-223 Archivo 01).

Ya posteriormente, el Acto Legislativo 01 de 2005 en su parágrafo 2 del artículo 1° dispuso: *“A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones”* y en todo caso, extendió la vigencia de los pactos que contenían condiciones pensionales más favorables a las vigentes hasta el 31 de julio de 2010.

En el asunto, el actor cumplió con las exigencias del Decreto 3 de 1976 en el

año 2004 cuando el mencionado Acto Legislativo no había cobrado vigencia, en tanto alcanzó 20 años de servicio en mayo de 1995 y la edad de 50 años el 19 de febrero de 2004 (Pág. 35 Archivo 01), lo que pudiera evidenciar el derecho que le asistía a la pensión de jubilación dispuesta por su empleador, pero, como se estipuló de manera expresa la condición del retiro del servicio público, este hecho ocurrió solo hasta el 28 de noviembre de 2012 cuando ya había causado su derecho dentro del Sistema General de Pensiones, lo que aconteció en el año 2009, conllevando a que por medio de la Resolución GNR 317158 del 23 de noviembre de 2013 (Págs. 114-120 Archivo 01), se ratificara el reconocimiento dispuesto en la Resolución N° 4271 de 2012 que lo condicionó al retiro definitivo del servicio (Págs. 147-149 Archivo 07), evidenciándose su otorgamiento a partir del 28 de noviembre de 2012, para cuyo financiamiento se procedió con el trámite de liquidación de Bono Pensional Tipo B por el tiempo laborado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 que incluye claro está, el período laborado a EPM.

Es así como, el ISS se subrogó en la obligación del empleador sin la posibilidad para el actor de optar en igual momento por la prestación extralegal dado el mencionado carácter de compartida de la prestación, cuya compatibilidad no fue pactada; y no puede arribarse a conclusión distinta, ya que de darse cabida a la posibilidad de percibir las dos prestaciones, en este evento, implicaría que se utilice el mismo tiempo de servicio público como fuente de financiación y estructuración para distintas prestaciones de carácter pensional a cargo de diferentes Instituciones, lo que va en contravía al principio de eficiencia en el sistema integral de seguridad social, por manera que se hace inviable habilitar doblemente el tiempo servido para efectos de sendas pensiones, porque lo ajustado a la ley es que si se hablara de pensiones compatibles, cada una de ellas debe edificarse con factores propios y con tiempo de servicio independientes, lo que claramente no ocurre en el asunto debatido (Ver Rdo. 31245 de 2007, SL16036-2017, SL2883-2022).

Bajo esas orientaciones, las peticiones dirigidas a obtener la pensión de Jubilación que en su momento EPM por medio de su Junta Directiva decidió conceder de manera potestativa, no tienen razón de prosperidad ni por la senda de la aplicación simple del Decreto 3 de 1976, ni por el camino de la omisión en el pago de aportes de cuenta de la desafiliación que ocurrió desde


el 18 de julio de 1977, pues debe agregarse que ella ocurrió con la autorización del ISS mediante el oficio OJS-00396 del 06 de febrero de 1987 plasmada en el Acta 1122 de 1987 (Págs. 173-199 Archivo 01) bajo la responsabilidad discrecional de asumir EPM el riesgo pensional de sus empleados, además que como se dijo, fueron ciclos que finalmente se reconocieron por vía del bono pensional, con el que se contribuyó al financiamiento de la prestación que hoy disfruta el señor Suárez.

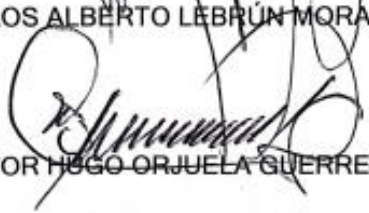
De esa manera las cosas, encontrando acertada la absolución del derecho pedido, habrá de confirmarse lo decidido, sin imposición de costas por el grado de consulta.

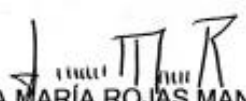
DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala Quinta de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia objeto de consulta de fecha y procedencia conocidas. Sin costas.

Notifíquese por EDICTO.


CARLOS ALBERTO LEBRÚN MORALES


VÍCTOR HUGO ORJUELA GUERRERO


SANDRA MARÍA ROJAS MANRIQUE

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
SALA LABORAL



SECRETARÍA

EDICTO

El Secretario de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín:

HACE SABER:

Que se ha proferido sentencia en el proceso que a continuación se relaciona:

Radicación: 05001310501720210048601
Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: FRANCISCO ANTONIO SUAREZ CALLE
Demandado: COLPENSIONES
M. P. CARLOS ALBERTO LEBRUN MORALES
Fecha de fallo: 18/05/2023
Decisión: CONFIRMA

El presente edicto se fija por el término de un (01) día hábil, con fundamento en lo previsto en el artículo 41 del CPTSS, en concordancia con el artículo 40 *ibídem*. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

Se fija hoy 19/05/2023 desde las 08:00 am. y se desfija a las 05:00 pm.

RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS
Secretario