



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Francisco Javier Restrepo Gómez
DEMANDADO	EPM ESP SA – Colpensiones
RADICADO	05 001 31 05 014 2021 00329 01
TEMA	Reliquidación pensión de vejez – Sumatoria de tiempos
DECISIÓN	Revoca sentencia

Medellín, quince (15) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

En la fecha anunciada, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín procede a resolver el recurso de apelación interpuesto en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adopta el proyecto presentado por el magistrado ponente, que se traduce en la siguiente sentencia.

Previo a ello, se acepta la renuncia del apoderado de Colpensiones, Fabio Andrés Vallejo Chanci con TP 198214 CSJ, por cumplir las exigencias del artículo 76 del CGP.

Pretensiones

El demandante solicitó que se condene a EPM, al reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación voluntaria consagrada en el Decreto 3 de 1976 y las Actas 1115 de diciembre 11 de 1986 y 1122 del 6 de abril de 1987, emanadas de la junta directiva de la entidad; prestación que debería ser reconocida desde el retiro del servicio y calculada con el 75% del promedio de todo devengado en el último año de servicios, junto con los incrementos legales y las mesadas adicionales; los intereses moratorios o en subsidio la indexación de las condenas; lo probado ultra o extra *petita* y las costas procesales.

En subsidio, solicitó que se declarara la ilegalidad de la desafiliación por parte de EPM, en su calidad de empleador inscrito al ICSS, así como

la desafiliación de que fueron objeto sus trabajadores, por lo que la demandada se encontraba en mora u omisión en el pago de los aportes para los riesgos de IVM. En virtud de lo anterior, se condenara a EPM, a pagar la pensión vitalicia de jubilación en su condición de servidor municipal, de conformidad con el Decreto 3.º de 1976 y las Actas 1115 de diciembre 11 de 1986 y 1122 del 6 de abril de 1987, desde el retiro del servicio, la que sería calculada con el 75% del promedio de todo devengado en el último año de servicios; además se pagaran los incrementos y reajustes legales, así como las mesadas adicionales, hasta el momento en que la pensión sea asumida por Colpensiones, de conformidad con las normas establecidas en el Decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, teniendo cuenta todo el tiempo laborado, incluyendo los tiempos públicos con y sin cotización a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, prestación que será reconocida con el carácter de compartida, continuando a cargo de EPM solo el mayor valor si lo hubiere; los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o en subsidio la indexación,

Hechos

Como supuestos fácticos relató que nació el 19 de noviembre de 1951; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 30 de junio de 1995, tenía más de 40 años de edad y ostentaba la calidad de servidor público vinculado a EPM; que prestó sus servicios a la demandada desde el 17 de febrero de 1986 hasta el 16 de noviembre de 2009.

Afirmó que EPM se inscribió como empleador al ICSS en virtud de lo establecido en el Decreto 433 de 1971 artículo 2.º, numeral b), y afilió a todos sus trabajadores; que por medio del Decreto 3.º de 1976 emanado de su Junta Directiva adopta el estatuto del pensionado y comenzó a reconocer pensión plena de jubilación a todos sus trabajadores que prestaran su servicio durante 20 años continuos o discontinuos a partir de los 50 años, en cuantía equivalente al 75% del promedio de los salarios percibidos en el último año de servicio; que EPM en 1986, con fundamento en las Actas 1115 de 1986 y 1122 de

1987, tomó la decisión unilateral de desvincular del ICSS a su personal activo y con efectos retroactivos a partir del 1.º de julio de 1987 y reconocer a todo su personal, pensión vitalicia de jubilación. Dicha decisión fue compartida a todos sus empleados mediante boletín extraordinario del 16 de diciembre de 1986. Sostuvo que EPM reconoce las pensiones de jubilación calculadas con el 75% de lo devengado en el último año de servicio teniendo en cuenta las primas de navidad, de junio y de vacaciones, el subsidio de transporte y la sobre remuneración.

Manifestó que, al 30 de junio de 1995, no realizaba aportes debido a que no se encontraba afiliado a ninguna caja, fondo o entidad de previsión social puesto que EPM asumía el pago de las pensiones de jubilación de conformidad con las citadas actas; y con ocasión de lo decidido en ellas suspendió las cotizaciones al sistema de seguridad social hasta el 30 de junio de 1995, momento a partir del cual inicio nuevamente los aportes con fundamento en el silencio por parte del demandante y en aplicación del artículo 25 del Decreto 692 de 1994, sin tener en cuenta que era un trabajador activo desde 1986. Dijo que con esta actuación se desconocen las directrices de la Junta Directiva donde se determinó que EPM reconocería pensión vitalicia de jubilación a todo su personal, siendo esta una entidad del sector público administradora del RPMPD, de conformidad con artículo 1.º del Decreto 1888 de 1994.

Manifestó que EPM, no le reconoció la pensión de jubilación teniendo derecho a ella, y pese a que era su obligación en virtud de las actas citadas, del Decreto 3.º de 1976, y del artículo 5.º del Decreto 813 de 1994.

Afirmó que mediante el Decreto 1650 de 1977 el Gobierno Nacional reorganiza el ISS, en cuanto a que los servidores del Estado que en la actualidad están afiliados al ICSS conservarán tal calidad con respecto al ISS y EPM al ser un empleador inscrito del sector público y al haber afiliado a todo su personal a los seguros sociales obligatorios se asimila a empleadores del sector privado, (artículos 2 del Decreto 433 de 1971

y 45 del Decreto 1748 de 1995) por lo tanto frente al reconocimiento y pago de pensiones les será aplicable el artículo 5.º del Decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B, estando a cargo del empleador el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, quien continuará cotizando al ISS hasta que el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por dicho instituto para otorgarle pensión de vejez de acuerdo a sus reglamentos.

Expresó que EPM no trasladó el cálculo actuarial o título pensional al ISS por el tiempo laborado con omisión en la afiliación, por lo tanto, la pensión de jubilación continuara en su totalidad a cargo del empleador.

Dijo que mediante Resolución 004247 del 20 de mayo de 2010, le fue reconocida la pensión de vejez a cargo del ISS, con una mesada pensional \$1.635.740; y que continuó laborando para la entidad hasta el 16 de noviembre de 2009, fecha del retiro definitivo del servicio.

Consideró que el ISS, con una hermenéutica errada reconoció la pensión de vejez antes de que el actor cumpliera la edad prevista en sus reglamentos (60 años), y sin tener en cuenta el régimen de transición de los servidores públicos cuando tiene la obligación de reconocérseles pensiones legales. Estas normas definen que el empleador es el obligado a pagar la pensión de jubilación hasta que el afiliado o trabajador cumpla con los requisitos exigidos por el sistema y sea asumido por este con el carácter de compartida. Y que, Colpensiones, debió tener en cuenta todo el tiempo cotizado y servido sin cotización sea público o privado, de conformidad con las normas del Decreto 758 de 1990, que establece un monto del 90%, atendiendo a la doctrina actual de la Corte Suprema de Justicia.

Afirmó que de conformidad con la certificación laboral expedida por EPM devengó en su último año de servicios un salario promedio mensual de \$2.919.031, que al aplicarle una tasa del 75%, que corresponde al valor de la pensión de jubilación, se tiene que para el 2009 esta asciende a la suma de \$2.189.273.

Destacó que mediante derecho de petición le solicitó a Colpensiones y a EPM copia de los oficios del 6 de febrero de 1987, donde dicha entidad informa a EPM que es procedente desafiliación de todo el personal, sin embargo, respondieron que dichos documentos no registran en su base de datos. Finalmente, indicó que presentó derecho de petición y/o reclamación administrativa ante EPM y ante Colpensiones, entidades que contestaron negativamente la solicitud.

Contestaciones

Colpensiones

Afirmó que son ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del actor, su vinculación con EPM y el tiempo de servicios, que al 30 de junio de 1995 se encontraba activo como servidor público, que EPM reconocía pensiones de jubilación, el reconocimiento de Colpensiones de su pensión de vejez, la reclamación presentada y su respuesta negativa. Que no son hechos los relacionados con la desvinculación de los trabajadores de EPM al ICSS; la aplicación de las normas y jurisprudencia que invoca; y sobre los demás manifestó que no le constan.

Se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de la obligación de pagar la pensión de vejez, inexistencia de la obligación, imposibilidad de condena en costas, prescripción, compensación indexada y excepción innominada.

EPM ESP

Afirmó que es cierta la fecha de nacimiento del actor; el tiempo que prestó servicios a EPM; el reconocimiento de pensiones en cabeza de EPM; la expedición de las actas; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, EPM vinculó a sus trabajadores al ISS en cumplimiento de la Ley y que al 30 de junio de 1995 no se encontraba afiliado; que Colpensiones le reconoció pensión de vejez, y que EPM no le reconoció

la de jubilación, ya que no tiene a su cargo el pago de prestaciones; lo relacionado con la reorganización del ICSS; el derecho de petición y la reclamación presentada ante EPM, y su respuesta negativa.

Dijo que no son hechos los relacionados con los factores que tuvo en cuenta EPM para liquidar las pensiones de jubilación; que el ISS erradamente reconoció la prestación de vejez; ni el cálculo de la mesada pensional que hace el actor. Sobre los demás hechos dijo que no son ciertos y que no le constan.

En cuanto a las pretensiones de la demanda, se opuso a todas, y propuso como excepciones de fondo las que denominó: falta de legitimación por pasiva, subrogación total de en el riesgo de vejez, pago total, compensación, falta de competencia, prescripción, excepción de inaplicabilidad e inexistencia de un derecho adquirido.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 1.º de noviembre de 2022, declaró que a Francisco Javier Restrepo Gómez, no le asiste derecho a la pensión de jubilación establecida por el Decreto 3º. de 1976, en tanto que no cumplió a cabalidad con los 3 requisitos establecidos, a saber; prestación de servicios a EPM por 20 años continuos o discontinuos, 50 años de edad, y retiro definitivo del servicio; exigencia esta última que no cumplió a los 50 años de edad, ya que se retiró del servicio el 16 de noviembre de 2009. Además, de conformidad con las actas 1115 del 11 de diciembre de 1986 y 1122 del abril de 1987, emitidas por la Junta directiva de EPM, ya había culminado dicha prebenda en cuanto a su vigencia temporal, y en el año 2009 ya estaba en vigencia el estatuto de la seguridad social. Por lo anterior, absolvió a EPM de esta pretensión.

Declaró que al demandante le asiste el derecho a la reliquidación de la pensión de vejez por Colpensiones, aplicando la sumatoria de tiempos públicos y privados con y sin cotizaciones al ISS, en virtud de la actual posición de la CSJ, y teniendo en cuenta que el juez es quien debe

interpretar la norma aplicable de conformidad con las pretensiones, por lo que al pedirse en este caso la reliquidación de la prestación, y atendiendo a las facultades *ultra y extra petita*, y al principio de congruencia, es posible efectuar esta condena. Ya que el actor beneficiario del régimen de transición pensional del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consonancia con los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En consecuencia, condenó a Colpensiones a reliquidar la pensión teniendo en cuenta el 90% del IBL, sin perjuicio de las mesadas que se hallen prescritas, 3 años hacia atrás, desde la solicitud de la reliquidación pensional presentada por el demandante, que dio lugar a la reliquidación de la pensión de parte de Colpensiones, pero con la norma anterior, Ley 33 de 1985; en esta ocasión es con el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, y otorgó un plazo de 4 meses a Colpensiones, para dictar dicho acto administrativo.

Condenó en costas al demandante en favor de EPM y absolvió a Colpensiones de esta condena.

Consulta

Frente a la sentencia no se interpuso recurso alguno, por lo que el proceso se conocerá en grado jurisdiccional de consulta en razón a las condenas impuestas a Colpensiones.

Alegatos

Demandante

Expuso que las pensiones de jubilación del sector público y las pensiones de vejez del sistema general de pensiones, son conceptos son parecidos, pero la naturaleza para la acceder a ellas es completamente diferente, tanto en las causas que le dan origen (requisitos) como en la naturaleza de las entidades encargadas de reconocerlas.

Sobre la afiliación al ICSS dijo que EPM fue constituida como un establecimiento público. Y que el Decreto 433 de 1971, mediante el cual se reorganiza el ICSS en su artículo 2.º dispuso la obligatoriedad de la afiliación a este instituto, por lo que EPM se inscribió como entidad cotizante, y en consecuencia afilió al demandante. Y de conformidad con el artículo 25 del Decreto 1650 de 1977, la vinculación al sistema lo realiza la empresa mediante la inscripción única, lo que implica que las afiliación de los trabajadores sean tramitadas por la empresa, por ello al momento de analizar la obligatoriedad de la afiliación, se debe tener en cuenta es el momento en el cual EPM realizó su inscripción al sistema, que para el caso que nos ocupa fue anterior a 1977, y no la afiliación del trabajador, dado que la afiliación se genera como consecuencia de la inscripción de la empresa.

El Decreto 1650 de 1977 en sus artículos 133 y 134 respetó las inscripciones vigentes a la fecha de su expedición, lo que implica que todos aquellos trabajadores que venían cotizando continuarían bajo las mismas condiciones frente al sistema en razón a que la afiliación al régimen de los seguros sociales es obligatoria respecto de la empresa, que es la entidad que se inscribió y la encargada de afiliar a sus trabajadores. El juez al proferir la sentencia de primera instancia consideró la afiliación era optativa según dicho decreto al referirse al uso de la palabra “podrán” que trae su artículo 7.º, y al no ser incluidos como afiliados forzosos en el artículo 6.º. No obstante esta consideración no se comparte por cuanto se está entendiendo como facultativo u optativo, la potestad del empleador de afiliar y retirar indiscriminadamente a sus trabajadores sin importar que estos fueron válidamente afiliados, desconociendo con ello los artículos 133 y 134, y la salvedad del artículo 25 que señala que la afiliación al régimen de los seguros sociales obligatorios se hará mediante inscripción única, y esta será válida para exigir todas las prestaciones y servicios.

Incluso la norma de manera taxativa en el Decreto 3063 de 1989 que aprueba el Acuerdo 044 de 1989, por el cual se adopta el reglamento general de registro, afiliación y adscripción a los seguros sociales

obligatorios del ISS en sus artículos 7.º, 18, 34 y 57 donde hace referencia a la irretroactividad de la afiliación y los exonerados totales, en conclusión indican que lo optativo o facultativo para la empresa era su inscripción inicial, pero una vez realiza la inscripción al ICSS solo produce efectos hacia el futuro, y se convierte en obligatorio el cumplimiento de las responsabilidades con el sistema. Solo están excluidos aquellos empleadores del sector público que para el 18 de julio de 1977, no estaban inscritos al ICSS o ISS, cosa que no sucede con EPM, quienes, como se encuentra probado, ya eran empleadores inscritos desde mucho antes de la entrada en vigencia del Decreto 1650 de 1977.

Expuso que sobre la problemática en cuanto a unificación de regímenes y duplicación de cotizaciones y en el reconocimiento de prestaciones el artículo 137 del Decreto 1650 de 1977, es el Gobierno quién establecerá los procedimientos y se encargará de dicha materia. Y en ningún momento se estableció la potestad en cabeza de EPM para que de manera propia autónoma e inconsulta adoptara las medidas pertinentes para solucionar los problemas que en dichas materias se estaban presentando. Así mismo el artículo 134º del mentado decreto refiere la conservación de los derechos de los seguros sociales obligatorio para los servidores del estado que son afiliados al ICSS.

Respecto de la expedición del estatuto del pensionado, Decreto 3.º de 1976, afirmó que EPM siendo una empresa que reconocía y pagaba pensiones, expidió este estatuto, que buscaba regular las condiciones para el reconocimiento de las pensiones de jubilación, el que en sus artículos 9, 10 y 11, reguló los requisitos para acceder al derecho a la pensión plena de jubilación; 50 años de edad y 20 años de servicio, y el monto con el que sería reconocida la prestación.

El artículo 26 del mismo decreto frente a su vigencia estipuló: “Vigencias de normas futuras de Orden nacional. Lo dispuesto en el presente Decreto en cuanto a los requisitos para adquirir derecho a pensionarse, se mantendrán vigentes mientras no se modifiquen por

normas internas o de carácter nacional aplicables a las Empresas Públicas de Medellín, aunque sean más desfavorables.”

Sostuvo que la limitante de ese artículo hace referencia única y exclusivamente a los requisitos para adquirir el derecho, es decir, el tiempo de servicio y la edad, situación que efectivamente aconteció con la expedición de la Ley 33 de 1985, que aumento la edad a los 55 años, más no se refirió a la cuantía de la prestación, razón por la que la manera en que se calcula se mantuvo vigente, teniendo en cuenta el 75% promedio mensual de los salarios percibidos en el último año de servicio Y así se puede dilucidar en las resoluciones aportadas en el proceso que reconocen las pensiones vitalicias de jubilación en tanto se tiene en cuenta la Ley 6 de 1945, la Ley 33 de 1985, el Decreto 3 de 1976 y las Actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987.

Resaltó que mediante esas actas, la junta directiva como órgano máximo de dirección tomo una serie de decisiones muy puntuales: autorizar al gerente para solicitar al ISS el retiro de los trabajadores afiliados para los riesgos diferentes a IVM, con anterioridad al 18 de julio de 1977; retiró en forma unilateral y en forma retroactiva a los trabajadores afiliados al ISS a partir del 18 de julio de 1977 y; se ordenó el reconocimiento y pago de las pensiones vitalicias de jubilación para todo su personal de conformidad con la ley sin perjuicio de compartirla con la de vejez que reconociera el ISS. Así como se le pretende dar efectos jurídicos a la desafiliación de EPM al ISS, pese a no estar autorizado su gerente, de igual manera debe proceder la consecuencia de la dicha desafiliación que es precisamente el reconocimiento de las pensiones de jubilación a cargo de la entidad.

Dijo que EPM es administradora del RPMPD, de conformidad con el artículo 1°. del Decreto 1888 de 1994.

Sobre la integración del sistema general de pensiones y reconocimiento de pensiones de jubilación, dijo que la Ley 100 de 1993, buscó unificar los sistemas de pensiones e integrar los diferentes requisitos existentes para el reconocimiento de las pensiones de vejez, respetando las

condiciones especiales de las personas que venían de otros regímenes, normas o sistemas. Y que en el caso de las empresas del sector público para poder que sus trabajadores accedieran a las pensiones de vejez, fruto de las cotizaciones al sistema, se establecieron las figuras de los bonos pensionales que permitieran convalidar el tiempo de servicio y fue así como se expidió el Decreto 1748 de 1994, que en su artículo 45 hace referencia a los empleadores del sector público afiliados al ISS, estableciendo que no habrá lugar a la expedición del bono tipo B, ya que la norma determinó que cuando una empresa se encontraba afiliada al ISS tendría el mismo tratamiento que las empresas del sector privado, no que cambiarían su naturaleza, sino que por el contrario le es aplicable, el régimen de transición consagrado en el artículo 5° del Decreto 813 de 1994, que, frente a las pensiones de jubilación implica que al ser EPM una empresa afiliada al ICSS -posterior ISS-, dicha prestación debía ser reconocida inicialmente en su calidad de empleador hasta tanto cumpliera con los requisitos de las pensiones de vejez por cotizaciones del Sistema General de Pensiones (edad y semanas cotizadas), y una vez le fue reconocida la prestación, quedaría a cargo del empleador el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez.

Manifestó que en el año 2009, el Ministerio de Hacienda modificó el artículo 45 del Decreto 813 de 1994 y crea los bonos pensionales especiales tipo T, lo que deja claro entonces que el sistema tenía previsto que el reconocimiento de las pensiones de jubilación tuviera cobertura por el empleador e incluso por el sistema siempre y cuando se cumplieran con las disposiciones normativas que permitieran al sistema compartir las pensiones una vez se cumpla con los requisitos propios de las pensiones de vejez. Esta tesis expuso ha sido sustentada por la Corte Suprema de Justicia en SL 3740 de 2019.

Afirmó que nada impide que sobre una misma persona puedan concurrir diferentes regímenes pensionales, además de lo cual consideró que el sistema previó que el cubrimiento de las pensiones de jubilación antes del cumplimiento de los requisitos del Sistema General de Pensiones podía ser cubierto con la expedición de un bono pensional

especial tipo T, buscando el reconocimiento de la pensión de jubilación hasta que el afiliado cumpliera con los requisitos de la de vejez. Dicho de otro modo, mediante el bono especial tipo T se cubría la pensión de jubilación a partir de los 55 años, hasta que el afiliado cumpliera 60 años (Decreto 758 de 1990) o 62 años (Ley 100 de 1993), en el caso de los hombres y a partir de allí la pensión pasaría de ser de jubilación a vejez con el carácter de compartida. En el presente caso, la entidad demandada no ha expedido el bono especial tipo T, lo que implica que continúa a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación hasta tanto el sistema general de pensiones reconozca el pago de las pensiones de vejez.

En cuanto a la compartibilidad pensional expuso que el Decreto 2879 de 1985, reguló las condiciones y requisitos para la compatibilidad pensional, situación que posteriormente fue consolidada en el Decreto 758 de 1990, cuya intención fue descargar las obligaciones prestacionales que traían consigo el pago de pensiones de jubilación en el sistema general de pensiones.

Indicó que EPM debe reconocer la pensión de jubilación voluntaria una vez se reúna los requisitos para acceder a ella, esto es 55 años de edad y 20 años de servicio, calculada con el 75% promedio de lo devengado en el último año de servicio (Decreto 3 de 1976) y continuar cotizando al Sistema General de Pensiones para que una vez cumpla con los requisitos de este (60 o 62 años de edad y 1000 o 1300 semanas cotizadas) proceda a solicitar ante el ISS el pago de la pensión de vejez.

Sobre el Acto Legislativo 01 de 2005, dijo que de en este se advierte el respeto por los derechos adquiridos, como en el caso de lo estipulado en las actas. En el caso del demandante la consolidación de su derecho se dio al momento de cumplir los 20 años de servicio en la empresa, situación que aconteció mucho antes de la expedición de este acto, quedando pendiente únicamente la edad como requisito de exigibilidad, la que cumplió antes del 31 de julio del año 2010.

Afirmó que, si el empleador desea continuar con los servicios del trabajador que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, debe continuar realizando aportes al sistema hasta que el trabajador se retire definitivamente de la entidad. Una vez proceda lo anterior, la entidad de seguridad social debe liquidar la pensión teniendo en cuenta hasta el último periodo efectivamente cotizado verificando la situación particular de cada trabajador para determinar la que le sea más favorable a sus intereses.

Finalmente, solicitó que se confirme la decisión en tanto Colpensiones es condenado a la reliquidación de la pensión de vejez aplicando una tasa de reemplazo del 90%; que se pronuncie respecto al pago de la pensión de jubilación en cuanto a que el ISS no podía reconocer una prestación económica, como la pensión jubilación, antes del cumplimiento de los requisitos del RPMPD (60 años de edad hombres), dado que no hay fundamento legal para ello, y es por esto que EPM debió liquidar y pagar la pensión de jubilación entre los 55 años y los 60 años, calculado con el 75% del promedio de lo devengado en el último año; se pronuncie en cuanto si existe alguna diferencia entre la pensión de jubilación reconocida a cargo de EPM y la de vejez a cargo de Colpensiones y que corresponde a la empresa pagar el mayor valor si lo hubiere; se pronuncie sobre que la única manera en que una entidad pública como EPM podía subrogar totalmente el pago de la pensión de jubilación antes del cumplimiento de los requisitos del RPM era mediante la expedición de un bono pensional especial tipo T y como esto no ocurrió la subrogación aplicable es parcial, lo que significa que el empleador es quien calcula, liquida y paga de la pensión de jubilación entre los 55 años y los 60 años para que una vez cumpla con los requisitos del sistema (los 60 años de edad) sea Colpensiones quien continúe realizando el reconocimiento de la pensión de vejez siendo únicamente de cuenta del patrono el pago del mayor valor, si lo hubiere.

EPM

Solicitó que se confirme la sentencia, ya que sobre el asunto consideró acertadamente el juez de primera instancia en su decisión, que se había presentado la subrogación total de la obligación parte de EPM, por lo

que, no había lugar al reconocimiento de la pensión de jubilación reclamada con fundamento en las actas de Junta Directiva, ni con base en el Decreto 03 de 1976, ni a la compartibilidad de la misma con Colpensiones, siendo esta última la competente para el reconocimiento de la prestación de vejez, tal y como efectivamente lo hizo en favor del actor, según el régimen pensional que le era aplicable.

Afirmó que se ratifica en los fundamentos de hecho, de derecho y las excepciones propuestas, que fueron debidamente sustentadas en la contestación de la demanda.

Sostuvo que antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, EPM reconocía y pagaba las pensiones de jubilación directamente a sus servidores con fundamento en las normas especiales para servidores públicos, fue a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 que para el sector territorial fue el 30 de junio de 1995, que creó el Sistema de Seguridad Social Integral y el Subsistema General de Pensiones que las entidades públicas y privadas perdieron la potestad de continuar reconociendo estas prestaciones, quedando a cargo ellas de los administradores del sistema general de pensiones, en armonía con lo dispuesto en el artículo 129 de la pluricitada Ley 100. A partir de ese momento todos los servidores debieron seleccionar el régimen pensional al cual querían estar afiliados.

Manifestó que con la expedición del Decreto 2527 de 2000, se generó una confusión frente a las entidades responsables del reconocimiento de las prestaciones económicas por vejez, sin embargo, mediante la Circular 522 de 2002 emanada de la Vicepresidencia de Pensiones y la Dirección Jurídica Nacional del ISS, se imparten instrucciones acerca del reconocimiento y pago de las pensiones a las entidades públicas, precisando que, además del ISS, existen otras entidades administradoras del RPM, quienes tendrán competencia para reconocer este tipo de prestaciones con posterioridad al 01 de abril de 1994, como lo son Cajanal, Pensiones Antioquia, Caxdac, Fonprecon, Fonprenor, mas no, aquellas entidades públicas cuya naturaleza u objeto social no sea la atención del sistema de seguridad social integral en los términos

señalados en la Ley 100 de 1993. Así mismo, en la circular referida, el ISS admitió su competencia para efectuar los reconocimientos pensionales de todos los servidores, señalando que en el caso de las entidades públicas que en condición de empleadores asumían antes el reconocimiento y pago de pensiones a sus empleados, y que continúen pagando los bonos pensionales correspondientes, seguirá siendo el ISS, la obligada a pagar la pensión en calidad de AFP.

Dijo que en el caso del demandante se observa que el ISS, hoy Colpensiones, como administrador del RPM reconoció la pensión de vejez al ex trabajador de EPM con posterioridad a la vigencia del Sistema General de Pensiones, bajo el amparo del régimen de transición concordante con la Ley 33 de 1985, y con cargo a bono pensional por la integración en la vida laboral del trabajador de los tiempos laborados en EPM, no cotizados al ISS, tal como lo permitió el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 en su parágrafo 1.

Sobre la asunción del riesgo de vejez a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en cabeza de las entidades autorizadas en la señalada disposición normativa, expone que existen varios pronunciamientos sobre la pérdida de competencia para reconocer prestaciones pensionales por parte de los empleadores o entidades públicas que no fueran administradoras de los regímenes pensionales con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, y al efecto citó la Sentencia del 21 de abril de 2017 radicado 05001273300020140019401 (0804) Consejo de Estado Sección Segunda, CP. Sandra Lisset Ibarra Vélez; Sala de Casación Laboral TSM, Radicación 36889 del 17 de agosto de 2011, MP. Gustavo José Gnecco Mendoza; y sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del 23 de septiembre de 2022, radicado 021-2021-00306.

CONSIDERACIONES

Previo al análisis del caso concreto, se advierte que se encuentra fuera del debate probatorio la fecha de nacimiento de Francisco Javier

Restrepo Gómez, el 13 de septiembre de 1954; que laboró para EPM desde el 17 de febrero de 1986 hasta el 16 de noviembre de 2009, como consta en el certificado expedido por EPM (folio 86 Archivo07); que el ISS mediante Resolución 004247 del 20 de mayo de 2010, le reconoció la pensión de vejez bajo los lineamientos de la Ley 33 de 1985, en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con una mesada pensional de \$1.635.740, a partir del 17 de noviembre de 2009, y que a su IBL se le aplicó una tasa de remplazo del 75%. (fls.63-67 archivo 02Demanda).

Ahora, teniendo de presente que frente a la decisión de primera instancia no se interpuso el recurso de apelación, se revisará la sentencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, por lo que solo se tendrán en cuenta las condenas impuestas a esta entidad. Por lo anterior, los problemas jurídicos que debe resolver la sala consisten en determinar: (i) si es procedente la reliquidación de la pensión del demandante bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990; sumando tiempos públicos y privados, y de ser afirmativo; (ii) las condiciones de dicha prestación.

(i) Reliquidación de la pensión

En primer lugar, se anota que el juez de primera instancia expuso que atendiendo a las facultades *ultra y extra petita*, al principio de consonancia y a que, es el juez quien debe determinar las normas que deben aplicarse al caso objeto de estudio, decidió emitir condena en contra de Colpensiones en cuanto a la reliquidación de la pensión de vejez reconocida por el ISS al actor.

Respecto a ello, se indica que el artículo 281 del CGP, aplicable en materia laboral por disposición del canon 145 del CPTSS, señala, que:

«La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta...».

Con respecto a las facultades *ultra y extra petita*, indica el artículo 50 del CPTSS que *«el Juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados»*.

Conforme a las normas enunciadas, en el caso de estudio, se observa que dentro de las pretensiones de la demanda el actor solicita que se declare la compartibilidad pensional entre EPM y Colpensiones, y que, ésta última reconozca la pensión de vejez de acuerdo con las normas establecidas en el Decreto 758 de 1990, es decir, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, teniendo cuenta todo el tiempo laborado, incluyendo los tiempos públicos con y sin cotización.

Por lo anterior, considera esta sala que se hacía posible la condena contra Colpensiones efectuada por el juez, ya que desde la demanda se planteó la pretensión relacionada con la reliquidación de la prestación, y fue debatida dentro del proceso, pudiendo las partes ejercer una defensa técnica, de conformidad con el derecho fundamental al debido proceso y a las garantías de contradicción y defensa, siendo el juez razonable al aplicar las directrices jurisprudenciales que permiten la sumatoria de tiempos públicos y privados, y bajos estas premisas, encaminó la pretensión y el derecho. En consecuencia, es factible continuar con el estudio de la sentencia de primera instancia.

Ahora, dentro del acervo probatorio se encuentra el expediente administrativo allegado por Colpensiones, de donde se logra establecer que el actor el 25 de julio de 2014, solicitó la reliquidación de su pensión de vejez en cuanto al monto aplicado de acuerdo con artículo 1.º de la Ley 33 de 1985 y que el IBL debió calcularse con el promedio de todo lo devengado en el último año de servicio, la que fue negada mediante Resolución GNR 152698 del 6 de mayo de 2014, contra la cual se interpusieron los recursos de reposición y de apelación,

resueltos mediante las Resoluciones GNR 370303 del 15 de octubre de 2014 y VPB 45701 del 27 de mayo de 2015, confirmando la decisión en todas sus partes, en dichas resoluciones se indicó que tenía 1222 semanas.

Luego, el 12 de septiembre de 2017, solicitó que se revise su pensión, considerando que el IBL de los últimos 10 años es superior al que le otorgaron de conformidad con la historia laboral aportada y la relación de ingresos y salarios devengados en EPM; petición que fue resuelta por el acto administrativo SUB 256404 del 14 de noviembre de 2017, a través de la cual se accedió a su petición y se reliquidó su prestación, en cuanto al IBL, teniendo en cuenta 1659 semanas de cotización.

Se acredita, además, que el demandante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ya que para el 30 de junio de 1995 —por laborar en el sector público— contaba con más de 40 años, en razón de que nació el 13 de septiembre de 1954; como consecuencia, las reglas pensionales para el acceso a la pensión serían las establecidas en el régimen anterior.

Es de resaltar que por haberse causado su pensión bajo el amparo de la Ley 33 de 1985, con anterioridad al 31 de julio de 2010, al demandante en principio, no le es exigible lo señalado en el parágrafo 4.º del Acto Legislativo 01 de 2005, que establece: *«El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014».*

Con relación a la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta tiempos privados y públicos sin cotización, anteriormente la sentencia CC T508-2017, establecía que su sumatoria solo era aplicable para garantizar el acceso a la pensión de vejez y no para reliquidar, es decir, incrementar la tasa de reemplazo; sin embargo, ante la duda

interpretativa sobre el tema la Corte Constitucional en la sentencia CC T219-2021, señaló:

Finalmente, en lo que respecta a la aparente distinción entre una situación de reconocimiento y otra de reliquidación, es necesario señalar que, además de que esa diferencia no tiene sustento en la línea jurisprudencial construida, resulta abiertamente violatoria de los principios de igualdad y de favorabilidad. En efecto, bajo esa distinción, la definición de una misma situación pensional conforme al artículo 53 superior se limitaría por un escenario formal en el que no incide la actividad del trabajador.

Este criterio fue reiterado en la sentencia CC SU273-2022, en donde la alta corte resaltó que comparte la posición asumida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, siendo muestra de este particular la sentencia CSJ SL2557-2020, en la que órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria indicó que *«[...] conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento»*.

Es claro para la Sala que conforme con el precedente jurisprudencial contenido, entre otras, en las sentencias CC T090-2009, CC T181-2011, CC T193-2013 y CC SU769-2014, es posible la sumatoria de tiempos públicos sin cotización con aportes realizados al ISS hoy Colpensiones para efectos de aplicar el Decreto 758 de 1990, desarrollo compartido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia CSJ SL1947-2020, en la que sustentó su nuevo criterio en que la Ley 100 de 1993 prevé diversos instrumentos de financiación de las pensiones, como: bonos, cálculos actuariales o cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna y dado que las pensiones de transición se causan en su vigencia, es procedente su computo sin distinción del origen; postura que acoge esta sala.

Por otra parte, es de vital importancia señalar que del acto administrativo emanado del ISS, por el cual se reconoce inicialmente la pensión de vejez al demandante, se infiere que al actor solicitó su

prestación el 17 de noviembre de 2009; mes en el cual se retiró del servicio, y, para esta data contaba 55 años de edad, y desde esa fecha le fue reconocida y pagada su prestación bajo los lineamientos de la Ley 33 de 1985, lo que indica que a la fecha del reconocimiento de la prestación no colmaba los requisitos exigidos por el Decreto 758 de 1990, norma bajo la cual reclama se reliquide su prestación.

Sobre esta puntual hipótesis, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en CSJ SL3484-2022, estimó lo siguiente:

En efecto, el recurrente nació el 30 de agosto de 1954, por lo que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2014, lo que significa que para la fecha en que Colpensiones ordenó el reconocimiento y pago de la pensión, 1 de abril de 2014, aun no reunía las exigencias para causar el derecho según lo dispuesto en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 y, por esta razón, no tiene derecho a la reliquidación con una tasa de remplazo del 90%, como así lo solicita.

Al respecto, conviene recordar que tanto la Ley 33 de 1985 como el Acuerdo 049 de 1990 resultan aplicables en virtud del régimen de transición, pero solo en lo que atañe a la edad, tiempo y monto, pues las demás condiciones y requisitos se rigen por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, se hace posible sumar tiempos públicos y privados para efecto de computar las semanas bajo cualquier régimen que cobre vigencia por la transición, con fundamento en el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1 del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo dijo la Sala, se itera, en la sentencia CSJ SL1947-2020.

En ese orden, debe tenerse presente que el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 consagró para el sector público la pensión de jubilación de la siguiente manera: *«El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y lleque a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio»*.

Por su parte, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de ese mismo año, estableció que tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: *«a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo»*.

Así las cosas, mientras la Ley 33 de 1985 exigió como requisito para los hombres una edad de 55 años, el Acuerdo 049 de 1990 estableció que la edad requerida era de 60 años, con lo cual se evidencia entre los dos regímenes una diferencia de cinco años en las edades para la

causación del derecho, no obstante, en principio, ello no debería impedir la reliquidación pensional basada en la sumatoria de tiempos públicos y cotizados al ISS.

Sin embargo, la reliquidación se torna improcedente cuando la prestación se reconoce inicialmente bajo la Ley 33 de 1985, pero a partir de una fecha en la cual el afiliado no había cumplido aún los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pues la reliquidación está cimentada en un cambio de régimen y, por ello, para que sea viable deben estar acreditados los requisitos exigidos por ambos regímenes a la fecha del reconocimiento inicial, dado que no existe disposición legal que permita acceder a una pensión de forma temporal y hasta que se cumplan los requisitos consagrados en otra normativa.

De esta manera, si se accede inicialmente al reconocimiento pensional bajo la Ley 33 de 1985 sin el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, la reliquidación posterior resultaría contraria a derecho, porque al pensionado ya le fueron canceladas las mesadas pensionales que se causaron bajo el régimen inicial, las cuales, de efectuarse la reliquidación, quedaría sin soporte legal su reconocimiento, pero, además, cualquier mecanismo de devolución, retorno o descuento a futuro de lo ya cancelado, distorsiona la aplicación efectiva del régimen de transición y pone en riesgo el funcionamiento del régimen de prima media con prestación definida.»

La anterior postura, se reiteró mediante la providencia CSJ SL1078-2023, donde se indica que la reliquidación es improcedente cuando:

«La prestación se reconoce inicialmente bajo la Ley 33 de 1985, y el afiliado no había cumplido aún los requisitos del Acuerdo 049 de 1990. Ello por cuanto, para que sea viable deben estar acreditados los requisitos exigidos por ambos regímenes a la fecha del reconocimiento inicial, dado que no existe disposición legal que permita acceder a una pensión de forma temporal y hasta que se cumplan los requisitos consagrados en otra normativa.»

De conformidad con los fundamentos jurisprudenciales expuestos, los que son acogidos por esta Sala de Decisión, no es viable la reliquidación de la pensión de vejez reconocida al actor bajo los lineamientos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, contrario a lo indicado por el juez de instancia, ya que el demandante nació el 13 de septiembre de 1954, y su prestación se reconoció a partir del 17 de noviembre de 2009, mediante Resolución 004247 del 20 de mayo de 2010, es decir, cuando contaba con 55 años de edad, y previo al cumplimiento de los requisitos indicados en el artículo 12 del citado Decreto, que indican que la pensión se concederá a los 60 años en caso de ser hombre.

Y es que lo anterior encuentra fundamento en la protección del sistema financiero del sistema, principalmente el relacionado con el RPMPD ya que conceder pensiones bajo una norma y luego reliquidar con otra bajo la cual se cumplen los requisitos con posterioridad, dejaría sin piso jurídico el pago de las mesadas iniciales.

Por lo anterior, queda claro que solo procede la reliquidación en cuanto a la sumatoria de tiempos públicos y privados, si se acreditan los requisitos exigidos por ambos regímenes a la fecha del reconocimiento inicial.

De esta manera, habrá de revocarse en el punto estudiado la sentencia de primera instancia, en cuanto a la condena a la reliquidación de la pensión de vejez de Francisco Javier Restrepo Gómez, efectuada en el numeral segundo de la misma y, en su lugar, se absolverá a Colpensiones de la totalidad de las pretensiones impetradas en su contra por el actor.

Sin costas en primera instancia por haberse revocado la sentencia y
Sin costas en esta instancia por conocerse el asunto por virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Con los argumentos anteriores y atendiendo al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del CPTSS, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala hizo un pronunciamiento implícito de las alegaciones presentadas por las partes, obviamente teniendo en cuenta el campo de estudio que le resultada permitido por la consulta.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, Sala Segunda de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juez Catorce Laboral del Circuito de Medellín, el 3 de noviembre de 2022, en el proceso instaurado por Francisco Javier Restrepo Gómez en contra de EPM y Colpensiones, y en su lugar, ABSOLVER a Colpensiones de la totalidad de las pretensiones impetradas en su contra por el actor.

SEGUNDO: Confirmar la decisión de primer grado en lo demás.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Se notifica lo resuelto por EDICTO. De no ser susceptible del recurso extraordinario de casación, se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

Los magistrados,



JUAN DAVID GUERRA TRESPALACIOS



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ