



SENTENCIA

PROCESO	Ordinario laboral
DEMANDANTE	Gustavo de Jesús Giraldo Duque
DEMANDADO	EPM ESP – Colpensiones
RADICADO	05 001 31 05 007 2021 00450 01
TEMA	Pensión de jubilación Decreto 3 de 1976 y Actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987
DECISIÓN	Confirma 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 dentro del asunto de la referencia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta ordenado en favor del demandante. La Sala, previa deliberación, adopta el proyecto presentado por el magistrado ponente, que se traduce en la siguiente sentencia.

Pretensiones

El demandante solicitó que se condenara a EPM, al reconocimiento y pago de la pensión vitalicia de jubilación voluntaria consagrada en el Decreto 3.º 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 labores, 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 sus trabajadores, por lo que la citada 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 trabajo; además se pagarían 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 debía ser 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 29 de mayo de 1949; 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 13 de mayo de 1985 hasta el 27 de noviembre de 2005.

Afirmó que EPM se inscribió como empleador al ICSS en virtud de lo establecido en el Decreto 433 de 1971 artículo 2.º, literal b), y afilió a todos sus trabajadores; que por medio del Decreto 3.º de 1976, emanado de su Junta Directiva, adoptó 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 la fecha atrás indicada, momento a partir del cual reanudo las cotizaciones 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 1985. 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 reorganizó el ISS, en cuanto a que los servidores del Estado que para ese momento estaban afiliados al ICSS conservarían 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.º del Decreto 433 de 1971 y 45 del Decreto 1748 de 1995) por lo tanto frente al

reconocimiento y pago de pensiones les sería aplicable el artículo 5° del Decreto 813 de 1994 y no habría lugar a la expedición de bono tipo B, siendo 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.

Refirió que mediante Resolución 18555 del 23 de agosto de 2006, le fue reconocida la pensión de vejez a cargo del ISS, con una mesada pensional \$1.555.549; y que continuó laborando para la entidad hasta el 28 de noviembre de 2005.

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 \$3.019.358, que al aplicarle una tasa del 75%, que corresponde al valor de la pensión de jubilación, se tiene que para el 2005 esta asciende a la suma de \$2.264.518.

Indicó que mediante derechos 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, además, que presentó derecho de petición y/o reclamación administrativa ante EPM y ante Colpensiones, entidades que contestaron negando la solicitud.

### **Contestación**

#### *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 el ICSS fue reorganizado de acuerdo a las normas citadas, que EPM reconocía pensiones de jubilación, que Colpensiones le concedió la prestación por vejez, que presentó reclamación administrativa y su respuesta negativa. De otro lado, informó 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, mientras que en torno a los demás manifestó, indicó 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 reconocer pensión de vejez bajo la figura de la compartibilidad, inexistencia de la obligación de reliquidar pensión de jubilación del sector público, inexistencia de la obligación de reconocer intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la indexación de las condenas, buena fe de Colpensiones, prescripción, compensación, imposibilidad de condena en costas, y excepción innominada.

#### *EPM ESP*

Afirmó que es cierta la fecha de nacimiento del actor; el tiempo que prestó servicios a EPM aclarando que hubo dos vinculaciones: del 13 de mayo de 1985 al 13 de mayo de 1986, y del 23 de junio de 1986 al 27 de noviembre de 2005; 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 hizo lo propio con 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: inexistencia de la obligación, falta de legitimación por pasiva, subrogación total de en el riesgo de vejez, pago total, compensación, falta de competencia, prescripción, excepción de inaplicabilidad, inexistencia de un derecho adquirido, cotizaciones para efectos pensionales realizadas de manera completa, en los términos de Ley que regulan la materia, mala fe y temeridad.

### **Sentencia de primera instancia**

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 31 de mayo de 2023, declaró probadas las excepciones de subrogación total en el riesgo de vejez, propuesta por EPM; inexistencia de la obligación de reconocer pensión de vejez bajo la figura de la compartibilidad, inexistencia de la obligación de reliquidar pensión de jubilación del sector público, inexistencia de la obligación

de reconocer intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 propuestas por Colpensiones. Absolvió a las demandadas de todas las pretensiones en su contra instauradas por Gustavo de Jesús Giraldo Duque, y lo condenó en costas.

Para adoptar tal decisión, consideró que el reconocimiento pensional del actor se hizo en debida forma, ya que se aplicó la Ley 33 de 1985, por laborar en una entidad pública, y a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, EPM subrogó en el ISS el reconocimiento de las pensiones de IVM, a través de la afiliación de sus empleados a esta entidad la cual dispuso era norma, era obligatoria, por lo que no es posible declarar la ilegalidad de la afiliación a la AFP.

Además, a la fecha del retiro del servicio del actor, ya el riesgo estaba subrogado en el ISS por lo que no es viable reconocer pensión de jubilación, ni compatibilidad pensional.

### **Consulta**

Frente a la sentencia no se interpuso recurso alguno, por lo que el proceso se conocerá en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante.

### **Alegatos**

#### *Demandante*

Expuso que debe tenerse en cuenta que EPM estuvo inscrita al ICSS y en virtud de ello afilió al actor y cotizó al sistema desde el 24 de junio de 1986 hasta el 28 de diciembre de 1986; que dicha entidad cotizó después del Decreto 1650 de 1977 convalidando su voluntad de pertenecer al Sistema General de Seguridad Social; que en las Actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987 la entidad decide desafiliar a sus trabajadores del sistema de manera unilateral, y suspender las cotizaciones sin desinscribirse como empleador del ISS; que no existe prueba que acredite la autorización a EPM para realizar la desafiliación

de su personal al sistema; que como consecuencia de la desafiliación la junta directiva decide reconocer pensiones voluntarias de jubilación a todo su personal de conformidad con las normas legales; que en las actas no especifica las normas legales, ello implica que puede ser la Ley 33 de 1985, Decreto 758 de 1990, Ley 100 de 1993, Ley 71 de 1985, Decreto 3 de 1976, Ley 6.º de 1945, etc.; que a partir de 1995 vuelve la entidad a realizar las cotizaciones al ISS de sus trabajadores; que el ISS no es una caja de previsión social; que se expidió un bono pensional Tipo B y no Tipo T; que el actor nació el 29 de mayo de 1949, cumplió 55 años en el 2004 y 60 años en el 2009.

Afirmó que la inscripción al ICSS, ISS, Colpensiones es única (artículo 25 del Decreto 1650 de 1977), situación que aconteció con la entidad después de la expedición del Decreto 1650 de 1977 en donde EPM convalidó su voluntariedad de pertenecer al sistema general de pensiones, como se puede observar con los aportes entre 1977 y 1987. Con esto se evita que los empleadores afilien y desafilien constantemente a sus trabajadores ocasionando una desfinanciación del sistema. Situación que es confirmada por el artículo 57 del Decreto 3063 de 1989, de donde se infiere 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 obligaciones para con el sistema.

Sostuvo que las implicaciones que tiene que EPM haya realizado aportes al ICSS-ISS antes de la Ley 100 de 1993, se encuentran en el Decreto 1748 de 1995, que regula los bonos pensionales, que en su artículo 45 sección 4, desarrolla el tema de los bonos Tipo B, hace referencia a los empleadores del sector público afiliados al ISS como lo fue EPM.

Dijo que lo anterior indica que al EPM ser una empresa afiliada al ICSS -posterior ISS-, que realizaba cotizaciones al sistema antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, se asimilaba a un empleador del sector privado para el reconocimiento de las pensiones de jubilación lo que significa que 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.

Citó múltiples sentencias de la Corte Suprema de Justicia sobre los trabajadores oficiales afiliados al ISS pero no a una caja de previsión, estableciendo que la pensión legal de jubilación debe ser reconocida en principio por la última entidad empleadora, tales como: CSJ SL, 29 jul. 1998, rad. 10803; CSJ SL, 15 ag. 2006, rad. 29210; CSJ SL, 15 abr. 2008, rad. 33126; CSJ SL, 6 dic. 2008, rad. 35796; CSJ SL, 21 oct. 2008, rad. 3203; CSJ SL, 7 feb. 2012, rad. 47476; CSJ SL, 20 jul. 2012, rad. 48043; CSJ SL9669-2017, CSJ SL1502-2018, CSJ SL826-2019 y CSJ SL3740-2019.

Solicitó al TSM que acceda a las pretensiones de la demanda; que se pronuncie si se aparta de la jurisprudencia unánime de la Corte suprema de Justicia y que sea sustentado en debida forma por tratarse de doctrina probable que comprende más de 3 sentencias que versan sobre la misma temática; que se pronuncie sobre la expedición de bonos pensionales, sus efectos y consecuencias; sobre las actas emitidas por la Junta Directiva de EPM, donde se reconoce una pensión extralegal voluntaria de jubilación por parte de la entidad, sus efectos legales y consecuencias, teniendo en cuenta que como acto administrativo propio se encuentra amparada por la presunción de legalidad dado que no ha sido modificada ni derogada. Y que todos los puntos sean abordados al decidir el recurso, esto por cuanto comporta aspectos sustanciales y procesales, así como la habilitación para ser expuestos eventualmente en un recurso extraordinario de casación; que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda.

*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 3.º 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 otra entidades

administradoras del RPM, quienes tendrán competencia para reconocer este tipo de prestaciones con posterioridad al 1.º 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 522 de 2002, 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.º.

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, expuso 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 las sentencias CE SS, 27 abr. 2017, rad. 2014-00194; CSJ SL, 17 ag. 2011, rad. 36889; y sentencia del Tribunal Superior de Medellín, del 23 de septiembre de 2022, radicado 021-2021-00306.

### *Colpensiones*

Afirmó que de acuerdo a lo que se aprecia en el expediente administrativo, así como de la confesión vertida en el escrito de demanda, el actor nunca obtuvo una pensión de jubilación por parte de EPM, razón por la que no le es dable proponer una situación de compartibilidad pensional, máxime que, según se observa en la historia laboral del demandante, fue afiliado en pensiones a partir del 7 de abril de 1969, y desde el 13 de mayo de 1985 se realizaron cotizaciones por parte de la empresa de servicios públicos, situación que indica que desde ese momento la entidad empleadora delegó la cobertura de los diferentes riesgos en la administradora pensional, por lo que la situación del actor no se acompasa con lo establecido en el artículo 16 del Acuerdo 049 de 1990.

Citó la decisión CSJ SL4555-2020, para indicar que la finalidad de la compartibilidad pensional es precisamente la asunción del riesgo por parte de la entidad de seguridad social, por lo que debe entenderse que el beneficiario recibe una sola pensión de vejez, pero totalmente equivalente a la que le pagaba el empleador, de modo que si al cotejarlas existen diferencias económicas derivadas de que en la pensión legal de vejez se deja de recibir una mesada adicional que le reconocía el empleador, este debe asumir su valor.

Formuló que, dentro de la propuesta jurídica del actor, emerge el propósito de obtener la mutación del régimen por medio del cual le fue reconocida la prestación, esto es, de la Ley 33 de 1985, hacia el Decreto 758 de 1990, argumentando lo atinente a la reciente jurisprudencia de la CSJ en torno a la sumatoria de tiempos públicos y privados para acceder a la pensión de vejez de los afiliados del sector privado, así como para la reliquidación de la pensión.

Sostuvo que, respecto al problema jurídico existe una falta de competencia frente a Colpensiones, ello si se tiene que la pretensión principal está encaminada al reconocimiento de una pensión de jubilación en aplicación al Decreto 3.º de 1976 y las actas número 1115

de diciembre 11 de 1986 y 1122 del 6 de abril de 1987 expedidas por la Junta Directiva de EPM, por tanto, dicha pretensión escapa de la competencia de mi representada.

En relación con la compartibilidad de las pensiones, indicó que originalmente fue creada por el Decreto 3041 de 1966 para que fuera implementada por el ISS respecto a las pensiones de tipo legal reconocidas por los empleadores; beneficio que fue extendido a las pensiones extralegales (convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo) a partir del 17 de octubre de 1985, con la expedición del Decreto 2979 de 1985. Tiene como finalidad subrogar la obligación pensional asumida por el empleador que reconoció la pensión legal o extralegal. Sin embargo, es facultativo del empleador continuar cotizando, por cuanto la no continuidad en el pago de las cotizaciones no significa que se pierda el carácter de compartibilidad de la prestación, porque las cotizaciones se deben efectuar hasta cuanto el trabajador reúna el número mínimo de semanas exigidas para la pensión en el sistema general de pensiones.

El empleador debe seguir asumiendo las posibles diferencias o mayores valores generados entre la pensión que venía pagando y la reconocida por Colpensiones. Lo anterior está sustentado bajo el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, en materia de compartibilidad pensional también se ha pronunciado la Corte Constitucional en Sentencia CC T019-2012.

Manifestó que, si bien el actor es beneficiario del régimen de transición y se encontraba afiliado al sistema general de pensiones con antelación a su vigencia, lo cierto es que no se trata de una solicitud de reconocimiento pensional, sino de la búsqueda de cambio de la prestación que ya le fue concedida, esto es, pretende que la pensión que actualmente percibe, le sea mutada por la del Acuerdo 049 de 1990.

Concluyó que no se observa que el actor para la vigencia del sistema general de pensiones contara con expectativa sobre el régimen

dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, puesto que hasta que cesó las cotizaciones al sistema en el año 2005 y siempre ostentó la calidad de servidor público. Entonces, no se comparte que, por el hecho de estar afiliado al ISS, contara con la expectativa de por lo menos tres regímenes pensionales, como lo son los dispuestos en las leyes 33 de 1985 y 71 de 1988 y, además, en el Decreto 758 de 1990. No se quiere decir que un afiliado no cuente con opción de regímenes sobre los cuales pueda cimentar sus expectativas para obtener una pensión de vejez, lo que se propone es que, con la sumatoria de tiempos públicos y privados para efectos de la reliquidación de pensiones ya reconocidas, por vía jurisprudencial prácticamente se deja sin mayor operatividad la normatividad atinente a la pensión de jubilación del sector público, así como la de jubilación por aportes.

Por último, citó un aparte de la providencia CSJ SL4302-2020, que se transcribe:

«[...]para que el accionante se apropie de la titularidad de un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia (Acuerdo 049 de 1990), pues sólo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente, que se hubiese consolidado éste con la calidad de afiliado al mismo, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo».

### **CONSIDERACIONES**

Previo al análisis del caso concreto, se advierte que se encuentra fuera del debate probatorio la fecha de nacimiento de Gustavo de Jesús Giraldo Duque, el 29 de mayo de 1949; que laboró para EPM desde el 13 de mayo de 1985 hasta el 27 de noviembre de 2005, con una interrupción entre el 14 de mayo y el 22 de junio de 1986; como consta en el certificado expedido dicha entidad (folio 102 Archivo13); que el ISS, mediante Resolución 18555 del 23 de agosto de 2006, 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 \$1.555.549, a partir del 28 de noviembre de 2005, y que a su IBL se le aplicó una tasa de remplazo

del 75%. (folios 36-42 archivo 04Anexos); que para el 30 de junio de 1995 no se realizaban aportes, debido a que el actor no se encontraba activo ante una caja, fondo o entidad de previsión social, por cuanto EPM asumía el pago de las pensiones, y que quien fuera su empleador no ha reconocido la pensión de jubilación reclamada por el actor.

Ahora, se revisará la sentencia en razón del grado jurisdiccional de consulta ordenado a favor del demandante. Por lo anterior, los problemas jurídicos que debe resolver la Sala consisten en determinar: (i) si EPM debe reconocer y pagar al actor la pensión de jubilación conforme a las Actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987 de la Junta Directiva; en caso afirmativo, (ii) se verificarán las condiciones de dicha prestación, y (iii) si proceden los intereses moratorios o la indexación de las condenas; (iv) En caso negativo, se revisarán las pretensiones subsidiarias, esto es; si se debe declarar la ilegalidad de la desafiliación por parte de EPM en su calidad de empleador inscrito al ISS, así como la desafiliación de la que fue objeto sus trabajadores, y como consecuencia de lo anterior, declarar que EPM se encuentra en mora u omisión en el pago de los aportes para los riesgos de IVM, y (v) si EPM debe pagar al demandante la pensión de jubilación en su condición de servidor municipal, desde el retiro del servicio; junto con los incrementos, los reajustes legales y las mesadas adicionales, hasta el momento en que la pensión sea asumida por el Sistema General de Pensiones administrado por Colpensiones, y que dicha prestación sea reconocida con el carácter de compartida; si dicha prestación se debe reconocer en aplicación del Decreto 758 de 1990; junto con el pago de los intereses moratorios o la indexación; y las costas procesales.

### **Pensión de jubilación.**

La parte actora afirma que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación vitalicia de carácter voluntario, que sustenta en las Actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987 emanadas de la Junta Directiva de EPM, y el Decreto 3.º de 1976.

El Acta 1115 del 11 de diciembre de 1986, en el numeral 9.2, en los apartes que interesan al caso de estudio, dispuso:

Desafiliación del ISS y reconocimiento de pensión vitalicia de jubilación...

1°. Desvincular al Instituto de los Seguros Sociales a los servidores de la entidad afiliados a partir del 18 de julio de 1977.

2°. [...]

3°. Conceder a todo el personal de las Empresas Públicas de Medellín, pensión vitalicia de jubilación, de conformidad con las normas legales, sin perjuicio de compartirla con la de vejez que llegue a conceder el ISS...

Por su parte, el Acta 1122 del 6 de abril de 1987, en el numeral 10.1, estableció:

Desafiliación ISS

...La Junta luego de todo lo anterior y de analizar diferentes aspectos del tema, para unificar la atención médica y procurar un tratamiento equitativo de todos los servidores de las Empresas, determinó desvincular del Instituto de Seguros Sociales, a partir del 1° de julio de 1987, a los servidores de la Entidad, afiliados con anterioridad al 18 de julio de 1977. La expresión servidores al que se refiere este párrafo y el numeral 1° de la hoja 19 del Acta 1115 de diciembre 11 de 1986, hace relación al personal activo.

Como consecuencia de lo anterior dispuso reasumir para todos los servidores, al igual que para los desafiliados por disposición de la Junta Directiva en sesión del día 11 de diciembre de 1986, Anta No. 1115, las prestaciones asistenciales y económicas de conformidad con la ley.

Ahora, el Decreto 3.° de 1976 emitido por la Junta Directiva de Empresas Públicas de Medellín, en su literal A, denominado pensión plena, estipuló lo relacionado con los requisitos para acceder a la prestación y sus condiciones, así:

Artículo 9°. Supuestos que dan lugar al derecho. 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.

Artículo 10°. Cuantía de la pensión. El valor de la pensión vitalicia de jubilación será equivalente al 75% del promedio mensual de los salarios percibidos en el último año de servicios por el empleado.

Artículo 11°. Acumulación de tiempo de servicios. Los servicios prestados sucesiva o alternativamente a las distintas Entidades de



derecho público, se acumularán para el cómputo del tiempo requerido para la pensión de jubilación, de conformidad con la Ley.

Para este efecto se partirá de la base de que son los primeros 20 años de servicios los que generan el derecho a la pensión de jubilación.

Dicho decreto, dispuso, además, en sus artículos 26 y 27, lo siguiente:

Artículo 26°. Vigencia de Normas Futuras de Orden Nacional. Lo dispuesto en el presente Decreto en cuanto a los requisitos para adquirir el derecho a pensiones, se mantendrá vigente mientras no se modifique por normas internas o de carácter nacional aplicables a las Empresas Públicas de Medellín, aunque sean más desfavorables.

Artículo 27°. Asunción por el ICSS. Cuando la pensión o el riesgo correspondiente deba ser asumido por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, de acuerdo con la Ley y dentro de los reglamentos que dicta el mismo Instituto, no regirá el presente Decreto y se aplicará la legislación del Seguro Social.

Expuestos los fundamentos normativos de la prestación reclamada se analizará si la misma tiene un carácter voluntario o corresponde a la prestación legal a cargo del empleador.

Para resolver lo anterior, es importante tener en cuenta como estaba regulado el tema pensional para la época en que se emitió el citado Decreto, estableciendo que estaba regido por el Decreto 1848 de 1969, como reglamentario del Decreto 3135 de 1968, el que en su artículo 68, dispuso:

Todo empleado oficial que preste o haya prestado sus servicios durante veinte (20) años, continua o discontinuamente, en las entidades, establecimientos o empresas señalados en el artículo 1° de este Decreto, tiene derecho a gozar de pensión de jubilación al cumplir cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o cincuenta (50) años de edad, si es mujer.

PARÁGRAFO. Para calcular el tiempo de servicios que da derecho a la pensión de jubilación solamente se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) horas o más. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o labor no llegan al límite mínimo indicado, el cómputo se hará sumando las horas efectivamente laboradas y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga, se tomará como el de días laborados, los cuales se adicionarán con los de descanso remunerado y de vacaciones remuneradas.

Se indica que la existencia de un marco legal general, no significa que el establecimiento de regímenes o condiciones especiales, habrán paso

a considerar que se trata de pensiones voluntarias o con un carácter extralegal, pues precisamente tal situación era la que ocurría con antelación a la Ley 100 de 1993, que particularmente en lo que se refiere al Subsistema de Pensiones, buscó recoger distintos regímenes que se encontraban dispersos, con el fin de hacerlo sostenible y equiparar los distintos actores del mundo laboral.

Ahora, analizado el contenido del Decreto 3.º de 1976, concluye esta sala que no correspondía a una pensión de naturaleza voluntaria por las siguientes razones:

1. Adopta un estatuto de pensionado de manera general para todo el personal vinculado a la Empresa.
2. Da cuenta de la incompatibilidad de percibir la pensión con otra asignación proveniente de entidades de derecho público, lo que impide que la persona pudiese recibir 2 pensiones por parte de EPM, quien para ese momento era la encargada del reconocimiento de la pensión como prestación social que estaba en cabeza del empleador para ese tiempo.  
Esta situación igualmente estaba prevista desde el artículo 64 de la Constitución de 1886, por lo que, dentro del sector público, por regla general no era posible el otorgamiento de doble pensión, lo que ocurría era el establecimiento de condiciones más favorables a las legalmente dispuestas.
3. Se prevé igualmente que tal disposición se mantendría mientras no fuera modificado por normas internas o de carácter nacional aplicables a EPM, aun cuando fueran más desfavorables.
4. Estipula que en caso de que el riesgo deba ser asumido por el ICSS, deja de regir el decreto.
5. Establece en su contenido que, para causar el derecho, los 20 años exigidos pueden haberse prestado a cualquier entidad de derecho público.
6. En parte alguna se da cuenta que esta pensión de jubilación corresponda a una prestación distinta a la legal, que tenga la condición de voluntaria por parte del empleador.

En torno al tema, resulta válido traer a colación lo expresado por esta Sala de Decisión Laboral, en sentencia del 23 de septiembre de 2022, dentro de asunto conocido con el radicado 05001-31-05-021-2021-00306-01, en la que fue MP. Hugo Alexander Bedoya Díaz:

Visto lo anterior, de la lectura de las actas relacionadas, no existe duda que Empresas Públicas de Medellín E.S.P no estaba reconociendo una pensión voluntaria de jubilación, sino que por el contrario, la interpretación debe ser dirigida a que ante la desafiliación del demandante al ISS, la entidad accionada asumiría el pago de la pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en la ley...

De lo anterior se extrae que con la afiliación realizada por el empleador Empresas Públicas de Medellín E.S.P al ISS hoy Colpensiones con la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones al ser subrogado el riesgo, era Colpensiones la entidad encargada de realizar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, tal y como fue realizado en la resolución 17.701 de 2010.

Por lo anterior, es claro que la pensión pretendida es de carácter legal, y que, al entrar en vigor el sistema general de pensiones traído por la Ley 100 de 1993, perdió su validez, por tanto, no es viable reconocérsela al demandante. Además, revisada la Resolución 18555 del 23 de agosto de 2006 del ISS, a través de la cual se le reconoció la pensión de vejez, se evidencia que el actor es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que para determinar su derecho pensional, se le aplicaron los lineamientos de la Ley 33 de 1985, normatividad aplicable al actor se encuentra ajustada a derecho, como en efecto lo determinó la juez de instancia. Por lo anterior, habrá de confirmarse la sentencia en este punto.

### **Ilegalidad de la desafiliación al ISS por parte de EPM**

Si bien la redacción frente a esta pretensión es confusa, lo que pide el demandante como consecuencia de la misma es que se declare EPM se encuentra en mora u omisión en el pago de los aportes para los riesgos de IVM, entendiéndose entonces que la ilegalidad es frente a la decisión de EPM de desafiliar a sus trabajadores del ISS para asumir directamente el reconocimiento de las pensiones de jubilación.

Para resolver el tema de estudio, considera la sala que es necesario hacer referencia a las normas que en su momento regulaban el tema, aclarando que inicialmente se encuentra que el artículo 1.º del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, dispuso que:

Estarán sujetos al Seguro Social obligatorio contra los riesgos de invalidez y muerte de origen no profesional y contra el riesgo de vejez;

- 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;

Se emite luego el Decreto 433 de 1971 en su artículo 2.º expuso:

Estarán sujetos al Seguro Social Obligatorio en los términos del presente Decreto, las siguientes personas:

- a). Los trabajadores nacionales y extranjeros, que en virtud de un contrato de trabajo o de aprendizaje, presten sus servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley;

Sin embargo, los asegurados que tengan sesenta (60) años o más al inscribirse por primera vez en el Seguro no quedarán protegidos contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni habrá lugar a las respectivas cotizaciones.

- 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.

Posteriormente el Decreto 1650 de 1977, mediante el cual se establece el régimen general de los seguros sociales obligatorios, dispone como afiliados forzosos en el artículo 6º lo siguiente:

Deberán afiliarse forzosamente al régimen que se establece en el presente Decreto, los trabajadores nacionales y extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje, los funcionarios de seguridad social a que se refiere el Decreto 1651 de 1977, y los pensionados por el régimen de los seguros sociales obligatorios.

Conforme lo establecido por esta última disposición, la vinculación para personas del sector público dejó de ser obligatoria en todos los casos, por lo cual, quienes ya venían afiliados, podían ser excluidos o retirados en razón de que la protección del derecho a la seguridad social no quedaba en el aire o nula, sino que se consideraba la pensión como una prestación social que debía ser garantizada por el empleador, bajo las normas que le resultaren aplicables.

De esta manera, al no establecerse la condición del trabajador oficial como un afiliado obligatorio al régimen propio del ISS, no subsistía la obligación de mantener la afiliación y el pago de los aportes a la entidad por parte de EPM, quien conservaba o reinstalaba en cabeza suya la obligación de pensionar a sus trabajadores, bajo los presupuestos normativos que le aplicaban, es decir, el Decreto 3.º de 1976.

Por lo anterior, no le asiste razón a la parte actora al afirmar que su retiro del ISS devino de ilegal, ya que la norma vigente no obligaba a las entidades a afiliar a sus trabajadores al ISS, por lo tanto, esto era facultativo u opcional.

El panorama anterior, presenta un cambio fundamental con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, momento para el cual ese carácter facultativo u opcional de afiliar los trabajadores oficiales al ISS llega a su fin, previendo su obligatoriedad, disponiendo en el artículo 15 que serán afiliados al Sistema General de Pensiones, en forma obligatoria todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo las excepciones previstas en esta ley.

Ahora, revisada la historia laboral del actor aportada por Colpensiones con la contestación de la demanda, (folios 72-81) se evidencia que cesaron las cotizaciones entre junio de 1986 y el 30 de junio de 1995 por parte de EPM, (periodo para el que no era obligatoria la afiliación según lo expuesto) tiempo durante el cual esta entidad asumió el pago de las pensiones que se causaron. Del mismo documento se observa que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 —30 de junio de 1995, para el sector público— EPM reanudó el pago de cotizaciones a

favor del demandante hasta la fecha de su retiro del servicio. Además, en la Resolución 18555 del 23 de agosto de 2006, se observa que el periodo servido, pero no cotizado se tuvo en cuenta por el ISS a efectos de reconocer la prestación de vejez, el que se validó a través de un bono pensional tipo B cancelado por EPM.

Por lo expuesto, considera la sala que no es procedente declarar que esa entidad se encuentra en mora u omisión en el pago de los aportes del actor para los riesgos de IVM, ante Colpensiones, ya que, al contrario, se evidencia que su actuar ha sido conforme a derecho, como se determinó mediante providencia anterior, debiendo confirmarse la sentencia en este punto.

También es necesario precisar que el artículo 52 de la citada Ley 100, asignó al ISS la competencia general para la administración del RPMPD, y, además, autorizó a las diferentes cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes en el sector público para que lo continuaran administrando *«respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan»*, con el objeto de salvaguardar las expectativas pensionales de quienes estaban ya afiliados.

Y que EPM es una EICE cuyo objeto es la prestación de servicios públicos domiciliarios, según lo establecido en el artículo 3 de sus estatutos, la que está dotada de personería jurídica, autonomía administrativa y financiera, y capital independiente, de acuerdo con el artículo 85 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 1.º de los estatutos aprobados mediante Acuerdo Municipal 12 de 1998, y que se rige por las reglas de derecho privado salvo las excepciones consagradas expresamente en la Constitución Política, la ley y demás disposiciones reglamentarias, y sus actos y contratos, como empresa de servicios públicos, están regulados por la Ley 142 de 1994.

Por tanto, es claro que esta entidad no se asimila a una administradora del RPM, por tanto, al no entenderse incluida en este ámbito, no era posible que continuara con la administración del sistema pensional que tenía a su cargo, debiendo sustituir esta obligación en el ISS, como en

efecto lo consideró la juez de instancia, dado que se trataba de un proceder que le resultaba imperativo por una orden legal, debiendo confirmarse la sentencia sobre lo anterior.

Puntualizado lo anterior, es necesario precisar, que la subrogación pensional en beneficio de EPM, tenía plenos efectos al proceder con la afiliación y pago de aportes a favor del demandante con destino al ISS, obviamente sin que con ello finalizare su obligación, pues estaba llamada a aportar un dinero para el financiamiento de la prestación por el tiempo durante el cual no efectuó cotizaciones, a través de bono pensional, siendo lógicamente la AFP la encargada del reconocimiento de las posibles prestaciones que se causaran.

Al efecto, la CSJ SL4070-2020, respecto de la entidad que debe asumir el pago de la pensión de vejez de la Ley 33 de 1985, reconocida en virtud del beneficio de la transición, que: *«La respuesta ha sido reiterada y pacífica por la jurisprudencia: si la afiliación al Instituto de Seguros Sociales es posterior a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y no se ha estructurado el derecho porque aún está pendiente de la edad o el tiempo de servicio, lo será dicho ente de seguridad social; pero si la afiliación al ente de seguridad social precede a la vigencia de la Ley 100 de 1993, el responsable del pago de la pensión oficial lo será la caja de previsión a la que hubiere estado afiliado o, en su defecto, al último empleador oficial, con la posibilidad de que si completa las exigencias del ISS para el acceso a la pensión de vejez, se comparta el riesgo y solo asuma el pagador oficial el mayor valor de la prestación, si lo hubiere.»*

### **Compartibilidad de la pensión de vejez**

Solicita el demandante que se condene a EPM a pagarle la pensión de jubilación desde la fecha de retiro del servicio, hasta el momento en que la pensión sea asumida por Colpensiones, y esta sea reconocida en aplicación del Decreto 758 de 1990.

Considera la sala que al no conceder la pensión voluntaria a cargo de EPM, no hay lugar a reconocer un mayor valor frente a la pensión de vejez que llegara a reconocer Colpensiones.

Además, al ser el demandante beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las reglas pensionales para el acceso a la pensión serían las establecidas en el régimen anterior y considerando que laboró en el sector público, la norma aplicable es la Ley 33 de 1985, la que en efecto aplicó el ISS.

Ahora, de conformidad con las providencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia CSJ SL3484-2022 y CSJ SL1078-2023, en las cuales se estudió la reliquidación de la pensión en cuanto a la sumatoria de tiempos públicos y privados, estableciendo al tenor literal de la última, que 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.»*

La anterior posición es acogida por esta Sala de Decisión, bajo la cual se determina que 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, ya que el demandante nació el 29 de mayo de 1949, y su prestación se reconoció a partir del 28 de noviembre de 2005, cuando contaba con 56 años de edad, esto es, 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, ha de confirmarse la sentencia consultada respecto de este asunto.



En consecuencia, considera la sala que habrá de confirmarse íntegramente la sentencia de primera instancia.

Las costas procesales de la primera instancia quedan como lo indicó el juez. Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdiccional de 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,

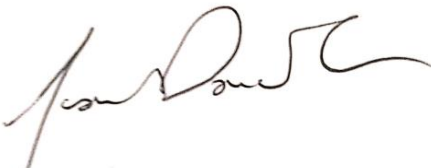
RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida por la Juez Séptima Laboral del Circuito de Medellín, el 31 de mayo de 2023, en el proceso instaurado por Gustavo de Jesús Giraldo Duque en contra de EPM y Colpensiones.

SEGUNDO: 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