

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL
Medellín, veintitrés (23) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTES : HERNANDO LÓPEZ OROZCO
DEMANDADOS : EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P Y
COLPENSIONES
LITISCONSORCIO NECESARIO: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-021-2021-00306-01
RADICADO INTERNO : 204-22
DECISIÓN : CONFIRMA SENTENCIA
ACTA NÚMERO : 261

En la fecha, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL, se reunió para emitir sentencia de segunda instancia en la que se resuelve el recurso de apelación en el proceso de la referencia. La Sala, previa deliberación, adoptó el proyecto presentado por el ponente, Doctor HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ, que a continuación se traduce en la siguiente decisión:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022, la providencia en segunda instancia se profiere escrita.

ANTECEDENTES

La parte demandante, como **pretensiones principales** solicita se CONDENE a Empresas Públicas de Medellín E.S.P a reconocer y pagar al demandante, la pensión de jubilación voluntaria, consagrada en el acta No. 1115 del 11 de diciembre de 1986 y No. 1122 del 6 de abril de 1987 de la Junta de la Entidad; la prestación debe ser reconocida desde el retiro del servicio, momento para el cual tenía más de 20 años de servicio y más de 55 años de edad; se debe calcular con el 75% del promedio de todo lo devengado en el último año de servicios; se paguen los incrementos y reajustes legales y las mesadas adicionales. Se condene a Empresas Públicas de Medellín E.S.P a pagar intereses moratorios o en subsidio, la indexación sobre las sumas adeudadas desde la causación hasta el pago efectivo de la obligación. Se condene a las demandadas en costas procesales.

Como pretensiones subsidiarias solicita se DECLARE la ilegalidad de la desafiliación por parte de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 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, la demandada se encuentra en mora u omisión en el pago de los aportes para los riesgos de IVM.

En virtud de lo anterior, se CONDENE a Empresas Públicas de Medellín E.S.P., a pagarle al demandante la pensión de jubilación en su condición de servidor municipal; esta prestación deberá ser reconocida desde el retiro del servicio momento para el cual tenía más de 20 años de servicio y más de 55 años de edad; la cual será calculada con el 75% del promedio de todo devengado en el último año de servicios; además se pagarán 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, de conformidad con sus reglamentos, es decir, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad y hacia futuro, prestación que será reconocida con el carácter de compartida, continuando a cargo de Empresas Públicas de Medellín E.S.P, solo el mayor valor si lo hubiere. Como consecuencia de lo anterior, la pensión que corresponda pagar a Colpensiones será de acuerdo 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.

Solicita se condene a las entidades demandada al reconocimiento y pago de los intereses moratorios, sobre el importe de las mesadas pensionales y hasta que se verifique el pago total de la obligación, o en subsidio la indexación; y se condene a las demandadas en costas procesales.

Fundamenta sus pretensiones principales, en que el demandante nació el 21 de octubre de 1954, y a la vigencia de la Ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995), tenía más de 40 años de edad y ostentaba la calidad de servidor público vinculado a Empresas Públicas de Medellín E.S.P; Empresas Públicas de Medellín E.S.P se inscribió como empleador al Instituto Colombiano de Seguros Sociales en virtud de lo establecido en el literal b) del art. 2º del Decreto 433 de 1971 y como consecuencia de ello afilió a todos sus trabajadores, incluyendo al demandante; el demandante prestó sus servicios a la demandada desde el 10 de octubre de 1983 hasta el 29 de mayo de 2010.

En 1986 Empresas Públicas de Medellín E.S.P, con fundamento en las actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987, tomó la decisión unilateral, de desvincular a su personal activo y con efectos retroactivos del Instituto de los Seguros Sociales, a partir del 1º de julio de 1987 y reconocer a toda su personal pensión vitalicia de jubilación, incluido al demandante; esa decisión fue compartida a todos sus empleados mediante boletín extraordinario del 16 de diciembre de 1986.

Empresas Públicas de Medellín E.S.P viene reconociendo pensiones de jubilación calculadas con el 75% de lo devengado en el último año de servicio teniendo en cuenta, la prima de navidad, prima de junio, prima de vacaciones, subsidio de transporte y sobre remuneración.

Al 30 de junio de 1995, el demandante no realizaba aportes porque no se encontraba afiliado a ninguna caja, fondo o entidad de previsión social, ya que Empresas Públicas de Medellín E.S.P asumía el pago de las pensiones de jubilación de conformidad con las Actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987; Empresas Públicas de Medellín E.S.P, con ocasiones de la decisión de su Junta Directiva en el Acta 1115 de 1986 y 1122 de 1987 y tomó la decisión de suspender las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social, hasta el 30 de junio de 1995, momento a partir del cual inicio nuevamente las cotizaciones con fundamento en el silencio por parte del demandante y en aplicación del art. 25 del Decreto 692 de 1994.

El Sr. Hernando López Orozco era un trabajador activo desde el año 1983 y no se vinculó a la empresa a partir del 1º de abril de 1994, por lo que considera que, con esa actuación, se está desconociendo las directrices de la Junta Directiva, donde se determinó que Empresas Públicas de Medellín E.S.P reconocería pensión vitalicia de Jubilación a todo su personal. Empresas Públicas de Medellín E.S.P., no le reconoció la pensión de jubilación al demandante a pesar de haber adquirido esa obligación en virtud de las Actas de su Junta Directiva; el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación a cargo de Empresas Públicas de Medellín E.S.P, en virtud de las actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987 y de tener aplicación de manera subsidiaria el art. 5 del Decreto 813 de 1994, de la misma manera en la que la entidad venía reconociendo la pensión de jubilación a todos su servidores, es decir, desde los 55 años de edad y más de 20 años de servicio, liquidada con el 75% del promedio de todo devengado en el último año de servicios teniendo en cuenta, la prima de navidad, prima de junio, prima de vacaciones, subsidio de transporte y sobre remuneración.

Fundamenta sus pretensiones subsidiarias, en que el 18 de julio de 1977, mediante el Decreto 1650 de 1977 se reorganizó el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales y pasó a ser el ISS, y conforme el art. 134 del Decreto 1650 de 1977 los servidores del Estado que están afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, conservan la calidad de afiliados respecto del ISS. Empresas Públicas de Medellín E.S.P al ser un empleador inscrito del sector público y al haber afiliado a todo el personal a los seguros sociales obligatorios, se asimila a empleadores del sector privado según el art. 2º del Decreto 433 de 1971 y art. 45 del Decreto 1748 de 1995, por lo que, frente al reconocimiento de la pensión, les será aplicables el art. 5º del Decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición del bono pensional 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 por dicha entidad, para otorgarle pensión de vejez.

Empresas Públicas de Medellín E.S.P no trasladó el cálculo actuarial o título pensional al ISS por el tiempo laborado con omisión en la afiliación, el cual puede ser convalidado con bono pensional tipo B conforme lo establece el art. 45 del Decreto 1748 de 1995, por lo tanto, la pensión de jubilación continúa en su totalidad a cargo del empleador.

Al Sr. Hernando López Orozco le reconocieron la pensión de vejez a cargo del ISS, mediante resolución 017701 de 2010, fijando una mesada pensional inicial de \$969.889, prestación que fue dejada en reserva hasta tanto se acreditara el retiro definitivo del servicio. A partir del 30 de octubre de 2009, Empresas Públicas de Medellín E.S.P de manera inconsulta, suspendió las cotizaciones al sistema de seguridad social, pese a que el actor continuó prestando sus servicios a la empresa. El ISS le reconoció la pensión de vejez antes que el demandante cumpliera los 60 años de edad, dicho reconocimiento se hizo sin tener en cuenta las normas especiales en materia de régimen de transición de los servidores públicos; dichas 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 y con el carácter de compartida.

De conformidad con la certificación laboral expedida por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, el demandante devengó en el último año de servicios la suma de \$2.041.603, que al tomar el 75% que corresponde al valor de la pensión de jubilación, se tiene que para el año 2010 asciende a \$1.531.203.

señala que es Colpensiones la entidad encargada de reconocer y pagar la pensión al demandante, debe ser tenido en cuenta todo el tiempo cotizado y servido son cotización, sea público o privado, de conformidad con el Decreto 758 de 1990, que establece un 90%, teniendo en cuenta todo el tiempo laborado.

Mediante derecho de petición elevado, se le solicitó a Colpensiones copia del oficio OJS-0396 de 1987 donde dicha entidad informa a Empresas Públicas de Medellín E.S.P que es procedente desafiliación de todo el personal, sin embargo, informó que dicho oficio no registraba en su base de datos. En igual forma, se solicitó a Empresas Públicas de Medellín E.S.P copia de los oficios OJS- 0396 de 1987 y 00345 de 1987, pero la entidad informó que dicho documento no reposa en su base de datos. El demandante elevó derecho de petición y/o reclamación administrativa ante Empresas Públicas de Medellín E.S.P el 29 de enero de 2020 y a Colpensiones el 30 de octubre de 2020, frente a las cuales obtuvo respuesta negativa.

RESPUESTAS A LA DEMANDA

La accionada Empresas Públicas de Medellín E.S.P manifestó, que no puede afirmar ni negar que Empresas Públicas de Medellín E.S.P se inscribió como empleador al ISS en virtud de lo establecido en el Decreto 433 de 1971 y como consecuencia afilió a sus trabajadores, porque al consultar los sistemas de información de la nómina, no fue posible ubicar el documento mediante el cual la accionada EPM y según lo afirma el demandante, se inscribió ante el ISS para la afiliación de los trabajadores, sin embargo, lo que sí se tiene y consta en las hojas de vida de los servidores de EPM, son las afiliaciones de manera individual que se han realizado a los servidores de la empresa en atención a lo dispuesto en las normas vigentes para las fechas de las respectivas afiliaciones, las cuales se realizaron con el número patronal 02015200001. No es cierto que Empresas Públicas de Medellín E.S.P venga reconociendo pensiones de jubilación calculadas con el 75% de lo devengado en el último año de servicio y con base en los factores salariales señalados en la demanda; no es cierto que con ocasión de la decisión de la Junta Directiva en el Acta 1115 de 1986 y 1122 de 1987, haya tomado la decisión de suspender las cotizaciones al ISS hasta el 30 de agosto de 1995 y que se estén desconociendo las directrices de la Junta directiva en donde se determinó reconocer pensión vitalicia de jubilación a todo el personal; que Empresas Públicas de Medellín E.S.P es una entidad del sector público administradora

del régimen solidario de prima media; no es cierto que el demandante tenga derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a cargo de Empresas Públicas de Medellín E.S.P en virtud de las Acta 1115 de 1986 y 1122 de 1987; tampoco que Empresas Públicas de Medellín E.S.P al ser un empleador inscrito al sector público y haber afiliado a todos su personal al ISS, se asimila a empleadores del sector privado, lo que hace que frente al reconocimiento y pago de la pensión, sea aplicable el art. 5º del Decreto 813 de 1994 sin que haya 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 los requisitos mínimos exigidos; no es cierto que Empresas Públicas de Medellín E.S.P no haya trasladado el cálculo actuarial o título pensional al ISS, por el tiempo laborado con omisión en la afiliación; no es cierto que a partir del 30 de octubre de 2009, Empresas Públicas de Medellín E.S.P de manera inconsulta, suspendió las cotizaciones al ISS a pesar que el demandante siguió prestando servicios para la empresa. No le consta los derechos de petición elevados a Colpensiones, ni las afirmaciones correspondientes a: que el ISS en forma errada reconoció la pensión de vejez antes de cumplir los 60 años de edad, sin tener en cuenta las normas especiales del régimen de transición de los servidores públicos; la información certificada por Empresas Públicas de Medellín E.S.P del salario devengado en el último año de servicios y que Colpensiones debe tener en cuenta todo el tiempo cotizado y servido sin cotizaciones, conforme el Decreto 758 de 1990, no son hechos sino que corresponden a apreciaciones subjetivas. Y aceptó los demás hechos. Se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda (expediente digital 06).

Colpensiones en la contestación de la demanda, dijo que no es cierto que el ISS en forma errada reconoció la pensión de vejez antes de cumplir los 60 años de edad, sin tener en cuenta las normas especiales del régimen de transición de los servidores públicos, porque dicha entidad, reconoció la pensión de vejez bajo la norma aplicable en los términos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, además de tener en cuenta que no se pudo comprobar que la pensión debiera ser compartida. En relación a lo expresado por Empresas Públicas de Medellín E.S.P en la certificación de salario devengado, se adhiere a lo señalado en la certificación. No le consta que Empresas Públicas de Medellín E.S.P se haya inscrito como empleador al ISS; que Empresas Públicas de Medellín E.S.P venga reconociendo pensiones de jubilación; que el demandante al 30 de junio de 1995 no realizaba aportes porque no se

encontraba afiliado a ninguna caja, fondo o entidad de previsión social porque Empresas Públicas de Medellín E.S.P asumió el pago de las pensiones de jubilación conforme las Acta 1115 de 1986 y 1122 de 1987; que Empresas Públicas de Medellín E.S.P o haya trasladado el cálculo actuarial; que Empresas Públicas de Medellín E.S.P suspendió las cotizaciones al sistema en forma inconsulta, a partir del 30 de octubre de 2009. No son hechos las afirmaciones relativas a: que Empresas Públicas de Medellín E.S.P es una entidad del sector público administradora del Régimen de Prima Media; que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación a cargo de Empresas Públicas de Medellín E.S.P en virtud de las Acta 1115 de 1986 y 1122 de 1987; que Empresas Públicas de Medellín E.S.P al ser un empleador inscrito del sector público y haber afiliado a su personal al ISS, se asimila a empleadores del sector privado; que Colpensiones debe tener en cuenta todo el tiempo cotizado y servido sin cotizaciones. Aceptó los demás hechos. No se opone a las pretensiones porque Colpensiones no tuvo injerencia en las actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987 y por tratarse de pretensiones que no van dirigidas a la accionada que representa; se opone a las pretensiones principales correspondientes a la condena ultra y extra petita y a la condena en costas indexadas. No se opone a las pretensiones subsidiarias que se declare la ilegalidad de la desafiliación y se condene a Empresas Públicas de Medellín E.S.P a pagar la pensión de jubilación; se opone a las demás pretensiones subsidiarias (expediente digital 07).

Por medio de auto del 11 de octubre de 2021 se ordenó integrar al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en calidad de litisconsorcio necesario (expediente digital 08), el cual en su **contestación a la demanda** indicó los hechos que hacen referencia a la calidad de Empresas Públicas de Medellín E.S.P como administradora del Régimen de Prima Media; que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación en virtud de las Acta 1115 de 1986 y 1122 de 1987; la reorganización del Instituto Colombiano de los Seguros Sociales; que Empresas Públicas de Medellín E.S.P al ser un empleador inscrito del sector público y haber afiliado a todo el personal al ISS, se asimila a un empleador del sector privado; que Colpensiones debió tener en cuenta todo el tiempo cotizado y servido sin cotización, no constituye un hecho procesal. Los demás hechos no le constan.

En relación a las pretensiones de la demanda, solicitó se desestimen las peticiones de la demanda teniendo en cuenta que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público tiene obligaciones de carácter laboral únicamente con los

funcionarios de su planta de personal, de la cual no ha formado parte el demandante, por lo tanto, no existe vínculo laboral en virtud del cual esta entidad le adeude suma alguna y dicho Ministerio está facultado exclusivamente para ejercer funciones asignadas expresamente por la ley, tal como lo define el artículo 5º de la Ley 489 de 1998, dentro de las cuales no está la de reconocer, otorgar pensiones y/o reliquidarlas, dado que no funge como administradora o fondo de pensiones, así mismo carece de la facultad para definir controversias (expediente digital 11).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 26 de julio de 2022, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, ABSOLVIÓ a las demandadas Colpensiones y Empresas Públicas de Medellín E.S.P de las pretensiones del demandante. DECLARÓ probadas las excepciones de inexistencia de la concesión de derecho a pensión de jubilación en las actas 1115 del 11 de diciembre de 1986 y 1112 del 6 de abril de 1987 de EPM, legalidad de la desvinculación del ISS de los trabajadores de EPM e improcedencia de la reliquidación de la pensión a cargo de Colpensiones. Condenó en costas a la parte demandante.

El presente asunto se conoce en esta instancia en el grado jurisdiccional de consulta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El apoderado de la parte demandante solicita la revocatoria de la sentencia argumentando que por medio de las actas de la Junta Directiva 1115 de 1986 y 1122 de 1987 se tomó como decisiones: 1º) Autorizar al Gerente para solicitar al ISS el retiro de los trabajadores afiliados para los riesgos diferentes a IVM (invalidez, vejez y muerte), con anterioridad al 18 de julio de 1977, 2º) Retirar en forma unilateral y sin autorización de nadie y en forma retroactiva a los trabajadores afiliados al ISS a partir del 18 de julio de 1977, 3º) Se ordenó el reconocimiento y pago de las pensiones para todo su personal de conformidad con la ley sin perjuicio de la compartibilidad pensional. La accionada Empresas Públicas de Medellín fue un empleador inscrito a los seguros sociales obligatorios en virtud de lo establecido en la Ley 90 de 1946, Decreto Ley 433 de 1971 y Decreto 1650 de 1977; en virtud de lo anterior, afilió a sus trabajadores y según estos decretos, sus trabajadores se asimilan a empleados del sector privado, por lo tanto, tenían todos los beneficios económicos ofrecidos por el ISS. Considerar que Empresas Públicas de

Medellín no estaban facultadas para tomar la decisión unilateral de desafiliar a todo su personal a partir del 18 de julio de 1977, lo que hace que la decisión sea ilegal y como se dijo en primera instancia, la consecuencia sería que los trabajadores continuaran en calidad de afiliados al ISS con la correlativa obligación del empleador de efectuar las respectivas cotizaciones, y con ello se evidencia que la entidad se encuentra en mora.

El A Quo consideró que dicha desafiliación fue válida, porque la afiliación era optativa, porque el Decreto 1650 de 1977 habla de “podrán”, interpretación que no comparte, dado que se está entendiendo como facultativo y optativo, la potestad del empleador de afiliar y retirar indiscriminadamente a sus trabajadores, sin importar que estos fueron válidamente afiliados, y conforme el art. 25° del Decreto 1650 de 1977, se trata de inscripción única; una cosa es que Empresas Públicas de Medellín en virtud del Decreto 1650 de 1977 no tenía la obligación de afiliar a los trabajadores que ingresaban a partir del 18 de julio de 1977, y en ese caso no había lugar que un trabajador que ingresara a partir de ese momento pudiera exigir la afiliado al ISS, y otra diferente es que sin tener la obligación EPM, en forma optativa, facultativa o voluntaria lo hubiera hecho y por ello el afiliado goza de los beneficios de los seguros sociales obligatorios. Otra razón para justificar la ilegalidad de la desafiliación, es sobre la problemática de la unificación de regímenes, duplicar las cotizaciones y el reconocimiento de prestaciones el art. 137 del Decreto 1650 de 1977, se señaló que es el Gobierno quién establecerá los procedimientos y se encargaría de dicha materia, sin que se haya establecido que fuera potestad de Empresas Públicas de Medellín de manera autónoma e inconulta adoptara la medidas pertinentes para solucionar los problemas que en dichas materias se estaban presentando; el art. 134 ibidem, refiere a la conservación de los derechos de los seguros sociales obligatorio para los servidores del estado que son afiliados al ISS; no se puede concebir que la decisión de la Junta Directiva prime sobre la ley, de ahí la ilegalidad solicitada. Para el recurrente existe ilegalidad en la desafiliación porque según las palabras empleadas en las actas de la Junta Directiva, lo que debió hacer la entidad era presentar acciones jurisdiccionales tendientes a que la inscripción a los seguros sociales obligatorios del empleador y de los trabajadores, fuera declaradas inválidas, lo cual no se llevó. La Junta Directiva no ordenó retirar a sus trabajadores afiliados para los riesgos de IVM, y por lo tanto la entidad demandada debió continuar pagado sus respectivas cotizaciones y ello no ocurrió.

Señala que lo anterior tiene trascendencia, porque a la luz de lo establecido en el art. 45 del Decreto 1748 de 1995, por cuanto Empresas Públicas de Medellín como entidad pública afiliada al ISS, se asimila a empleador del sector privado y por lo tanto le es aplicable el artículo 5° del Decreto 813 de 1994 y no había lugar a la expedición de bono TIPO B sino al bono TIPO T porque en los eventos en que los servidores tengan derecho a una pensión legal del sector público por aplicación del régimen de transición habrá lugar su expedición.

Esta norma previó una situación respecto de las pensiones que debían ser reconocidas por el régimen de prima media con prestación definida, para los trabajadores del sector público, que cumplieran los requisitos de pensión de conformidad con las normas del sector público, sea Ley 6 de 1945, Ley 33 de 1985 entre otras; que es claro que el ISS reconoce prestaciones, según los requisitos establecidos en sus reglamentos, ello es, 55 o 60 años de edad y no existía fundamento legal para exigirle a Colpensiones el pago de una pensión a un hombre con tenía los 20 años de servicios y la edad de 55 años de edad, pero fue por ello, que el art. 45 hace remisión expresa al art. 5 del Decreto 813 de 1994 que señala que, en casos como el del demandante, es el empleador quién paga la pensión legal de los hombres de los 55 a los 60 años, en cuyo momento se subroga en la entidad administradora del régimen y esta pensión tiene el carácter de compartida. Al actor se le aplica las normas citadas; el ISS o Colpensiones no está habilitado para asumir prestaciones de los hombres del sector público con transición que se beneficien de una pensión legal antes de los 60 años, salvo que le haya sido reconocido a su favor bono especial tipo T, que le permita subrogar la obligación en el sistema antes que el trabajador cumpla los 60 años de edad, y en este caso, el bono nunca ha sido expedido y por lo tanto no puede entenderse que dicha obligación quedo superada con el bono tipo B, por prohibición expresa de art. 45 del Decreto 1748 de 1995. Con base en lo anterior, pese que el juez señala, que la pretensión subsidiaria es totalmente contradictoria por cuanto la declaratoria de ilegalidad de la desafiliación conduciría a que quién pague la pensión sea el sistema no es cierto, porque la declaratoria conduce a que el juez deba hacer una ficción legal de declarar que el obligado a pagar la pensión de jubilación legal de los hombres del sector público por el tiempo comprendido entre los 55 y 60 años de edad es el empleador público inscrito a los seguros sociales, prestación que se debe pagar en la forma en que la entidad venía pagando hasta que se subroga con el sistema y con el carácter de compartida.

Lo anterior implica, cuando el afiliado llegue al sistema (Colpensiones), sea estudiado el reconocimiento de su pensión de vejez a la luz de los decretos reglamentos, y según la jurisprudencia actual, se reconoce la acumulación de tiempos con y sin cotización a la luz del Decreto 758 de 1990, que en el caso del demandante llevaría que su pensión sea equivalente al 90% del promedio de los 10 últimos años cotización, lo que genera un mayor valor respecto de la que fuera liquidada a cargo de EPM, y éste deberá continuar pagando el mismo al tenor de lo señalado en el art. 5° Decreto 813 de 1994.

Señala que la afirmación que el advenimiento de la Ley 100 de 1993 obligó a todos los empleadores públicos a afiliarse a sus trabajadores al ISS, aceptado por el juez, es falso, porque el art. 1° del Decreto 1888 de 1994, señala que el régimen de prima media es administrado por las entidades de derecho público (como EPM), respecto de sus afiliados; norma que debe concordarse con el art. 128 de la Ley 100 de 1993, la cual fue declarada exequible condicional en la sentencia C 584 de 1995, lo que significa que se debe entender el alcance de la norma según el aparte o interpretación que la Corte le dio, y ello consiste en permitir que los empleados públicos activos al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995), vinculados a entidades públicas que no fueran o se hayan constituido en cajas de previsión, podrían continuar adheridos a efectos del pago de sus pensiones, y en esa sentencia quedó sentado el entendimiento condicionado de la exequibilidad del art. 128, en el sentido que si el empleado público con vinculación laboral activa a la vigencia de la ley de seguridad social guardó silencio en cuanto a la elección de régimen pensional o vinculación inicial, se debe entender que su intención fue quedarse, o continuar a cargo del empleador (EPM), y con ello se evidencia que la afiliación que de forma automática y obligatoria realizó la entidad de sus trabajadores a partir del 1° de julio de 1995 al **ISS** también fue ilegal, pues violó la mencionada norma y el derecho de elección.

En relación a la validez de las actas en cuanto al reconocimiento y pago de las pensiones a cargo de la empresa y que según el juez, señala que con el solo advenimiento del sistema de seguridad social hizo que estas perdieran vigencia, máxime que el demandante ajustó la edad en el año 2010, tampoco se comparte esta apreciación, porque a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005, el demandante tenía un derecho adquirido pues causó la pensión legal de jubilación de la Ley 33 de 1985 con el tiempo de servicio, el cual acredita en

el año 2003 antes de la reforma constitucional y el acto de reconocimiento y pago de pensiones ordenados en las actas tienen plena validez. Las decisiones de la Junta Directiva, de acuerdo con la jurisprudencia de Corte Suprema de Justicia, saltan a la derogatoria de normas que consagró la ley 100 de 1993, por cuanto estas actas de la Junta Directiva no son normas legales, y por lo tanto su vigencia se extendió hasta el 30 de julio de 2010, pues ya se encontraban produciendo efectos antes del 29 de julio de 2005 y esas actas de la Junta Directiva, en materia pensional no fue producido en este interregno, por lo que no contravino o violentó el acto legislativo.

El apoderado de Colpensiones solicita se confirme la sentencia señalando frente a las pretensiones dirigidas a EPM de ilegalidad de la desafiliación y pensión de jubilación, que Colpensiones no está legitimada por pasiva de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso; que es a la parte demandante a quien le compete demostrar la existencia de esa prestación personal del servicio, y al supuesto empleador, le corresponde señalar que la relación contractual obedeció a una forma o en un término diferente al señalado; conforme el art. 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador es responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores y por ello no es Colpensiones la llamada a responder por un eventual título pensional.

Frente a las pretensiones dirigidas a Colpensiones, se tiene que la pensión solicitada no tiene carácter de compartida, pues ni en la reclamación administrativa ni en el presente proceso se logró demostrar que exista la compartibilidad; en el certificado emitido por Empresas Públicas de Medellín E.S.P del 22 de junio de 2016 se plasmó "...Que el señor HERNANDO LÓPEZ OROZCO identificado con la cedula de ciudadanía 15.375.981 no es jubilado de las Empresas Públicas de Medellín EPM. El retroactivo por valor de \$3,320,153.00 corresponde al señor HERNANDO LÓPEZ OROZCO y no a las Empresas Públicas de Medellín, toda vez que no se trata de una pensión compartida ...".

Frente a la reliquidación de la pensión, se considera que la misma se encuentra conforme a derecho, es la más favorable y realizada con los aportes realizados por el empleador; y en cuanto el monto de liquidación, se debe tener en cuenta el art. 20 del Decreto 758 de 1990; los arts 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, establecen que la pensión se reconocerá reunidos los requisitos mínimos y será necesaria su desafiliación al régimen para que se

pueda disfrutar de la misma; para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico en esta instancia se centra en determinar: i) Si la demandada Empresas Públicas de Medellín E.S.P debe reconocer y pagar al demandante, la pensión de jubilación voluntaria, consagrada en el acta No. 1115 del 11 de diciembre de 1986 y No. 1122 del 6 de abril de 1987 de la Junta de la Entidad; los intereses moratorios o la indexación; y las costas procesales; ii) Subsidiariamente, si se debe declarar la ilegalidad de la desafiliación por parte de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. 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, la demandada se encuentra en mora u omisión en el pago de los aportes para los riesgos de IVM; iii) Si Empresas Públicas de Medellín E.S.P., 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.

Por lo anterior el problema jurídico se resolverá en el siguiente orden:

1. De la pensión de jubilación voluntaria, consagrada en las Actas No. 1115 de 1986 y No. 1122 de 1987.

En primera instancia se absolvió del reconocimiento de la pensión de jubilación en mención argumentando que existe un error en la interpretación dada por el demandante a las Acta 1115 de 1986 y 1122 de 1987 pues Empresas Públicas de Medellín E.S.P no reconoció pensión de jubilación en las actas mencionadas, y que con la interpretación dada por el demandante se viola el principio de la ley en el tiempo, porque el demandante tenía derecho al reconocimiento de la prestación económica con la norma vigente, que lo era la Ley 100 de 1993, cuando cumpliera los requisitos, lo cual tuvo lugar el 21 de octubre de 2009 oportunidad en que cumplió los 55 años de edad y tenía más de 20 años de servicio a Empresas Públicas de Medellín E.S.P.

Decisión que será CONFIRMADA en esta instancia, teniendo en cuenta que **el Acta 1115 de 1986 en su numeral 9.2** denominado “Desafiliación del ISS y reconocimiento de pensión vitalicia de jubilación” plasmó (fls. 109 a 110 del expediente digital 03):

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

2º. ...

*3º. 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**” (Resalto de la Sala)*

Y el **Acta 1122 de 1987 en el numeral 10.1** denominado Desafiliación ISS se estableció (fl. 136 y 137 del expediente digital 03):

“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 1º 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 1º 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.**” (Resalto de la Sala)*

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.

Bajo ese entendido se encuentra acreditado en el plenario lo siguiente:

- Empresas Públicas de Medellín E.S.P realizó aportes al ISS desde el 10 de octubre de 1983 al 28 de diciembre de 1986 y con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (30 de junio de 1995), nuevamente realizó aportes al Sistema General de Pensiones, según se extrae de la resolución 17.701 de 2010 de fls. 70 a 75.
- El Sr. Hernando López Orozco nació el 21 de octubre de 1954, lo que genera que al 30 de junio de 1995 contara con 40 años de edad, siendo

beneficiario del régimen de transición. El actor cumplió los 55 años de edad el 21 de octubre de 2009, laboró al servicio de Empresas Públicas de Medellín E.S.P desde el 10 de octubre de 1983 al 29 de mayo de 2010, que corresponde a un total de 26 años, 7 meses y 20 días, lo que genera que cumpla los requisitos de la Ley 33 de 1995, normatividad con la que le fue reconocida la prestación económica por Colpensiones, según se refleja en la resolución 17.701 de 2010 (fls. 70 a 75).

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.

2. Frente a la ilegalidad de la desafiliación al ISS por parte de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y la solicitud que Empresas Públicas de Medellín E.S.P reconozca la pensión jubilación

Le asiste razón a A Quo, cuando invoca incongruencia de la pretensión, toda vez que, en caso de prosperar la ilegalidad de la afiliación, implicaría que el Sr. Hernando López Orozco haya permanecido afiliado al ISS hoy Colpensiones, y que esta fuera la entidad encargada de reconocer la prestación económica solicitada y no Empresas Públicas de Medellín E.S.P como lo pretende.

En consecuencia, en el caso hipotético de ser declarada la ilegalidad de la desafiliación, se ordenaría a Empresas Públicas de Medellín E.S.P a realizar el pago del cálculo actuarial del periodo que dejó de pagar y que corresponde al periodo transcurrido de 1986 a 1995, y correspondería a Colpensiones reconocer la prestación económica. Sin embargo, de la lectura de la resolución 17.701 de 2010, se evidencia que el reconocimiento de la prestación económica fue realizada por Colpensiones y aunado a ello, la liquidación de la pensión de vejez se hizo con base en el tiempo no cotizado por Empresas Públicas de Medellín E.S.P desde el 29 de diciembre de 1986 al 30 de junio de 1995, periodo frente al cual se requirió a Empresas Públicas de Medellín E.S.P para realizar el pago del bono pensional Tipo B, y en este sentido, tampoco habría lugar a que se declare la mora u omisión de Empresas Públicas de Medellín E.S.P en el pago de aportes.

Frente a las afirmaciones realizadas por la parte demandante en los alegatos de conclusión, cuando señala que al tratarse Empresas Públicas de Medellín E.S.P de un empleador inscrito a los seguros sociales en virtud de lo establecido en la Ley 90 de 1946, Decreto Ley 433 de 1971 y Decreto 1650 de 1977, sus trabajadores se asimilan a empleados del sector privado, no se puede pasar por alto que la naturaleza de Empresas Públicas de Medellín E.S.P es público, y sus servidores, por regla general, tiene la calidad de trabajadores oficiales, y así se dijo en la sentencia SL 3146 de 2020 donde se señaló *“Las Empresas Públicas de Medellín E.S.P. (EPM) son una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden Municipal, con patrimonio 100% de naturaleza pública (Acuerdo 069 de 1997 del Concejo Municipal). Esto implica que, por regla general, todos sus servidores son Trabajadores Oficiales con vinculación contractual y, por excepción, existen empleados públicos con vinculación legal o reglamentaria cuyos cargos son definidos por la Ley y los estatutos dispuestos por la Junta Directiva de EPM. (Dcto. 3135 de 1968)”*.

Cuando asegura que Empresas Públicas de Medellín E.S.P no estaba facultada para desafiliar al demandante del ISS y en consecuencia, la entidad se encuentra en mora. Esta Sala concuerda con lo manifestado en primera instancia cuando asegura que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 era potestativa la vinculación al ISS y la obligatoriedad de la vinculación se generó a partir del 30 de junio de 1995, como fecha límite para los servidores públicos del nivel territorial y bajo ese entendido, Empresas Públicas de Medellín E.S.P en para beneficio de sus trabajadores optó por asumir los riesgos de IVM con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y en cumplimiento de esta ley Empresas Públicas de Medellín E.S.P afilió al hoy demandante ante la obligatoriedad impuesta por la Ley 100 de 1993. En consecuencia, no le asiste razón a la parte activa, al señalar que Empresas Públicas de Medellín E.S.P se encuentre en mora en el pago de las mesadas pensionales, pues se repite, con anterioridad al 30 de junio de 1995 no era obligatorio realizar la afiliación del demandante al ISS.

En lo que respecta a la inconformidad del bono pensional que debe ser reconocido por Empresas Públicas de Medellín E.S.P y que considera debe ser el bono Tipo T y no el bono Tipo B, se trata de un hecho nuevo que no fue presentado dentro de las pretensiones de la demanda en tanto en los hechos 12 y 13 de la demanda se manifestó: **“DÉCIMO SEGUNDO: EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P 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, (art 2. Decreto 433 de 1971 y art. 45 Decreto 1748 de 1995) por lo tanto frente al reconocimiento y pago de pensiones les será aplicable el Artículo 5º del Decreto 813 de 1994 y no habrá 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 mínimo-exigidos por dicho instituto para otorgarle pensión de vejez de acuerdo a sus reglamentos. DÉCIMO TERCERO: EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P no traslado el cálculo actuarial o título pensional al ISS por el tiempo laborado con omisión en la afiliación, el cual no puede ser convalidado con bono pensional tipo B por mandato expreso del Art. 45 del Decreto 1748 de 1995, por lo tanto, la pensión de jubilación continuara en su totalidad a cargo del empleador.”, por lo tanto, hacer un pronunciamiento al respecto, vulnera el derecho de defensa y contradicción de la parte demandada. Aunado a ello, considera la Sala que el demandante no está legitimado en la causa para solicitar el pago del bono pensional diferente al reconocido por Empresas Públicas de Medellín E.S.P, a sabiendas que fue Colpensiones quien en resolución 17.701 de 2010 requirió a Empresas Públicas de Medellín E.S.P para realizar el pago del bono pensional Tipo B.

Tampoco le asiste razón al demandante cuando sustenta la invalidez de la desvinculación porque tenía un derecho adquirido que causó la pensión legal de jubilación de la Ley 33 de 1985 con el tiempo de servicio, el cual acredito en el año 2003 antes de la reforma constitucional, bajo el entendido que la pensión se causa por el cumplimiento de los requisitos legales, y como la Ley 33 de 1985 exige para su reconocimiento 55 años de edad y 20 años de servicios, si bien es cierto, el demandante cumplió los 20 años de servicio el año 2002 aproximadamente, no se puede olvidar que los 55 años de edad solo los alcanzó el 21 de octubre de 2009.

En consecuencia, no hay lugar a que prospere esta pretensión subsidiaria y se deberá confirmar la decisión absolutoria de primera instancia.

3. En cuanto a la pensión de vejez compartida

Como pretensión subsidiaria, solicitó el demandante condenar a Empresas Públicas de Medellín E.S.P., a pagarle al demandante la pensión de jubilación desde el 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.

Pretensión que tampoco saldrá avante, por considerar la Sala que al no existir pensión de jubilación voluntaria a cargo de Empresas Públicas de Medellín E.S.P y en consecuencia, no hay lugar que dicha entidad entre a reconocer un mayor valor ante el reconocimiento de la pensión de vejez que llegara a realizar Colpensiones.

Aunado a ello, tampoco hay lugar que Colpensiones reconozca la prestación económica en aplicación del Decreto 758 de 1990, en tanto que el Sr. Hernando López Orozco al ser un trabajador oficial por haberse desempeñado en el cargo de Ayudante de Mantenimiento de Aguas, la norma aplicable corresponde a la Ley 33 de 1985 y fue con ella que Colpensiones reconoció la pensión de vejez en la resolución 17.701 de 2010 (fls. 70 a 75).

4. En lo que respecta a los factores prestacionales

En primera instancia, haciendo una interpretación de la demanda, se analizó si el demandante tenía derecho a la reliquidación de la pensión de vejez con base en los factores prestaciones invocados. Para lo que concluyó el A Quo que no había lugar a ser tenido en cuenta porque el IBL debía ser calculado con el art. 21 de la ley 100 de 1993 pro faltarle más de 10 años para cumplir la edad pensional. Decisión que se CONFIRMARÁ toda vez que la norma aplicable al demandante para liquidar el IBL era el art. 21 de la Ley 100 de 1993 que reza:

“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

*Quando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador **podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.**” (Resalto de la Sala)*

Dicha aplicación se determina, teniendo en cuenta que en el plenario se encuentra probado lo siguiente:

- El demandante nació el 21 de octubre de 1954, siendo beneficiario del régimen de transición por tener 40 años de edad al 30 de junio de 1995.
- A la vigencia del sistema general de pensiones, al Sr. Hernando López Orozco le faltaban más de 10 años para adquirir la edad mínima pensional, que tuvo lugar el 21 de octubre de 2009.
- En la resolución 17.701 de 2010 se determinó que el Sr. Hernando López Orozco alcanzó un total de 1.337 semanas entre el tiempo laborado en el sector público sin cotizaciones al ISS y las semanas cotizadas al ISS a través de entidades del sector público. (fl. 73 del expediente digital 03)

Debiéndose aclarar, que el régimen de transición al que tiene derecho el demandante, respetó la edad, tiempo y monto de la norma anterior, ello es, de la Ley 33 de 1985, pero el IBL aplicable es el establecido en la Ley 100 de 1993, conforme a lo expresado anteriormente.

Por lo anterior lo legal y pertinente será CONFIRMAR en su integridad la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín.

Sin costas en esta instancia por ser conocido el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, EN SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia emitida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, según lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Radicado Único Nacional 05-001-31-05-021-2021-00306-01
Radicado Interno 204-22

TERCERO: Las anteriores decisiones se notifican por EDICTO, conforme lo dispuesto en la providencia AL 2550, radicación 89628 del 23 de junio de 2021 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados.



HUGO ALEXANDER BEDOYA DÍAZ



GUILLERMO CARDONA MARTÍNEZ



CARMEN HELENA CASTAÑO CARDONA



SECRETARÍA SALA LABORAL
EDICTO VIRTUAL

La secretaría de la Sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín notifica a las partes la sentencia que a continuación se relaciona:

DEMANDANTES : HERNANDO LÓPEZ OROZCO
DEMANDADOS : EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P Y
COLPENSIONES
LITISCONSORCIO NECESARIO: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
TIPO DE PROCESO : ORDINARIO
RADICADO NACIONAL : 05-001-31-05-021-2021-00306-01
RADICADO INTERNO : 204-22
DECISIÓN : CONFIRMA SENTENCIA

Magistrado Ponente
HUGO ALEXANDER BEDOYA DIAZ

El presente edicto se fija en la página web institucional de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-medellin-sala-laboral/126> por el término de un (01) día hábil. La notificación se entenderá surtida al vencimiento del término de fijación del edicto.

CONSTANCIA DE FIJACIÓN

Fijado el 26 de septiembre de 2022 a las 8:00am

CONSTANCIA DE DESFIJACIÓN

Se desfija el 26 de septiembre de 2022 a la 5:00pm


RUBÉN DARÍO LÓPEZ BURGOS

SECRETARIO