

TEMA: PENSION DE JUBILACION EPM - Por un mismo tiempo de servicio no pueden pretenderse dos pensiones, así una se llame de jubilación y otra de vejez, pues ambas protegen la misma contingencia, esto es, la seguridad social como derecho constitucional, el que está diseñado bajo principios de solidaridad y equidad (art. 48 CP), los cuales se verían afectados con el enriquecimiento injustificado del patrimonio del trabajador al obtener doble pensión, máxime si ese dinero es público.

HECHOS: El actor pretende con la demanda de manera principal, que se condene a EPM a reconocerle y pagarle la pensión vitalicia de jubilación voluntaria consagrada en el Decreto 3 de 1976 y las actas número 1115 de diciembre 11 de 1986 y 1122 del 6 de abril de 1987, de la junta directiva de EPM, por contar con más de 20 años de servicio y más de 50 años de edad, pensión que debe ser calculada con el 75% del promedio de todo devengado en el último año de servicios. También solicita que se declare la ilegalidad de la desafiliación por parte de EPM en su calidad de empleador al ISS hoy COLPENSIONES, y que como consecuencia de lo anterior, se declare que EPM se encuentra en mora u omisión en el pago de los aportes para los riesgos de IVM. La oficina judicial de la primera instancia despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, argumentando que para el 30 de junio de 1995, el demandante era beneficiario del régimen de transición, ya que constaba con más de 15 años de servicios, además de tener 44 años cumplidos, lo que le permitió obtener la pensión jubilatoria de la Ley 33 de 1985 a cargo del ISS. Los problemas jurídicos a abordar en la presente sentencia, consisten en determinar: i) 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 y como consecuencia de lo anterior, la demandada está en la obligación de reconocer la pensión de jubilación a su cargo; ii) Si EPM, debe pagar al demandante la pensión de jubilación en su condición de servidor municipal, 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 en aplicación del Decreto 758 de 1990; junto con el pago de los intereses moratorios o la indexación.

TESIS: (...) es importante memorar lo dispuesto en el Acta 1115 de 1986 en su numeral 9.2 denominado "Desafiliación del ISS y reconocimiento de pensión vitalicia de jubilación" plasmó (...): "Desafiliación del ISS y reconocimiento de pensión vitalicia de jubilación. La administración informó a la Junta acerca de la situación que se presenta en la Entidad y que tiene que ver con la afiliación de sus trabajadores al Seguro Social. (...) 1º. Desvincular del Instituto de los Seguros Sociales a los servidores de la Entidad afiliados a partir del 18 de julio de 1977. 2º. Autorizar al Gerente General para solicitar ante la Junta Administradora del ISS, o ante el funcionario a quien corresponda, la desafiliación de dicho instituto por los riesgos diferentes a los de IVM, de los servidores inscritos al mismo con anterioridad al 18 de julio de 1977 y en caso de que tal autorización sea concedida, proceda a hacerla efectiva. 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. (...) Y el Acta 1122 de 1987 en el numeral 10.1 denominado Desafiliación ISS se estableció (...):"(...) 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." (...) En relación con lo anterior, la Junta directiva de EPM mediante el Decreto 3 de 1976, estableció la pensión de jubilación a cargo de la

entidad, para el empleado oficial que prestara sus servicios durante 20 años, en forma continua o discontinua, al cumplir 55 años de edad, previa demostración del retiro definitivo del servicio público, en un equivalente al 75% del promedio mensual de los salarios percibidos en el último año, con la posibilidad de acumular los tiempos en forma sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, de conformidad con la ley, generándose la prestación de jubilación con los primeros 20 años, además, este Decreto también dispuso lo siguiente (...) Visto lo anterior, se concluye que, tal y como lo indicó la juez de primera instancia, existe una incongruencia frente a las pretensiones invocadas como principales, toda vez que, solicita el actor que se condene a EPM al reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación voluntaria consagrada en el Decreto 3 de 1976 y las actas número 1115 de diciembre 11 de 1986 y 1122 del 6 de abril de 1987 de la junta directiva de la entidad, pero a su vez, pretende que se declare la ilegalidad de la desafiliación por parte de EPM en su calidad de empleador al ISS, lo que implicaría que, en caso de prosperar la ilegalidad de la afiliación, el Sr. CANO ÁLVAREZ permaneció afiliado al ISS hoy Colpensiones, y sería la entidad encargada de reconocer la prestación económica solicitada y no EPM como lo pretende, de manera que, de ser declarada la ilegalidad de la desafiliación, se ordenaría a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. realizar el pago del cálculo actuarial del periodo que dejó de pagar y en ese sentido, correspondería a Colpensiones reconocer la prestación económica, lo que conllevaría a la imposibilidad de ordenar a EPM el reconocimiento de la prestación pensional.(...) Con este panorama, queda claro que por un mismo tiempo de servicio no pueden pretenderse dos pensiones, así una se llame de jubilación y otra de vejez, pues ambas protegen la misma contingencia, esto es, la seguridad social como derecho constitucional, el que está diseñado bajo principios de solidaridad y equidad (art. 48 CP), los cuales se verían afectados con el enriquecimiento injustificado del patrimonio del trabajador al obtener doble pensión, máxime si ese dinero es público. Corolario de lo indicado, no se puede predicar la ilegalidad de la desafiliación del trabajador, se itera, porque antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, no era obligatoria la cotización al ISS por parte del empleador público cuanto este asumía las contingencias pensionales, lo que ocurrió con EPM hasta el 30 de junio de 1995, siendo la Ley 100 de 1993 de obligatorio acatamiento para EPM, razón por la cual se vio conminado a realizar nuevamente cotizaciones como correspondía al Instituto de Seguros Sociales y a favor del demandante, quedando a cargo de esta entidad –ISS-, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, y a EPM como empleador, el pago del bono pensional tipo B por el tiempo no cotizado, como en efecto ocurrió, otorgándole al demandante la prestación por vejez bajo la regulación de la Ley 33 de 1985 como beneficiario del régimen de transición. (...) Bajo esas orientaciones, las peticiones dirigidas a obtener la pensión de Jubilación que en su momento EPM por medio de su Junta Directiva decidió conceder de manera potestativa, no tienen razón de prosperidad ni por la senda de la aplicación simple del Decreto 3 de 1976, ni por el camino de la omisión en el pago de aportes de cuenta de la desafiliación que ocurrió desde el 01 de julio de 1987, pues debe agregarse que ella ocurrió con la autorización del ISS mediante el oficio OJS-00396 del 06 de febrero de 1987 plasmada en el Acta 1122 de 1987 (...) bajo la responsabilidad discrecional de asumir EPM el riesgo pensional de sus empleados, además que como se dijo, fueron ciclos que finalmente se reconocieron por vía del bono pensional, con el que se contribuyó al financiamiento de la prestación que hoy disfruta el accionante.

M.P. FRANCISCO ARANGO TORRES

FECHA: 23/02/2024

PROVIDENCIA: SENTENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN LABORAL

El veintitrés (23) de febrero de dos mil veinticuatro (2024), la SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN, procede a resolver el recurso de APELACIÓN contra la sentencia de primera instancia, proferida en el presente proceso ordinario laboral promovido por el señor **JORGE ALBERTO CANO ÁLVAREZ**, contra **EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN - E.S.P.** (en adelante EPM) y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** (en adelante COLPENSIONES), tramitado bajo el radicado No. **05001-31-05-013-2021-00520-01**.

AUTO

De conformidad con el memorial allegado a través de correo electrónico, el abogado FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, quien funge como representante legal de la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S., presenta renuncia al mandato conferido por COLPENSIONES. Teniendo en cuenta que con dicho escrito adjunta las constancias mediante las cuales se evidencia que la entidad está enterada de dicha decisión y que con ello se cumple lo estipulado en el artículo 76 del CGP, se acepta la renuncia al poder presentada por FABIO ANDRÉS VALLEJO CHANCI, en calidad de representante legal de la sociedad PALACIO CONSULTORES S.A.S.

El Magistrado del conocimiento, Dr. FRANCISCO ARANGO TORRES, declaró abierto el acto y previa deliberación sobre el asunto, la Sala adoptó el proyecto presentado por el ponente, el cual quedó concebido en los siguientes términos:

1. ANTECEDENTES:

El actor pretende con la demanda de manera principal, que se condene a EPM a reconocerle y pagarle la pensión vitalicia de jubilación voluntaria consagrada en el Decreto 3 de 1976 y las actas número 1115 de diciembre 11 de 1986 y 1122 del 6 de abril de 1987, de la junta directiva de EPM, por contar con más de 20 años de servicio y más de 50 años de edad, pensión que debe ser calculada con el 75% del promedio

de todo devengado en el último año de servicios. También solicita que se declare la ilegalidad de la desafiliación por parte de EPM en su calidad de empleador al ISS hoy COLPENSIONES, y que como consecuencia de lo anterior, se declare que EPM se encuentra en mora u omisión en el pago de los aportes para los riesgos de IVM, por lo que constituye una renuncia a la subrogación pensional. También solicita que se condene a EPM a reconocer intereses moratorios o en subsidio la indexación sobre las sumas adeudadas desde el momento de su causación y hasta que se verifique el pago efectivo de la obligación.

De manera subsidiaria, solicita que se condene a EPM a pagarle la pensión vitalicia de jubilación en su condición de servidor municipal, de conformidad con el Decreto 3 de 1976 y las actas número 1115 de diciembre 11 de 1986 y 1122 del 6 de abril de 1987, desde el retiro del servicio, momento para el cual tenía más de 20 años de servicio y más de 50 años de edad; calculada con el 75% del promedio de todo devengado en el último año de servicios, prestación que solicita sea cancelada hasta el momento en que la pensión sea asumida por el sistema general de pensiones que es administrado por COLPENSIONES, de conformidad con sus reglamentos, es decir, a partir del cumplimiento de los 60 años de edad y hacia futuro, la que solicita sea reconocida con el carácter de compartida, continuando a cargo de EPM solo el mayor valor si lo hubiere. También solicita que se condene a COLPENSIONES, a pagar la pensión 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, los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre el importe de las mesadas pensionales, o en subsidio la indexación y las costas procesales debidamente indexadas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, relata el demandante que nació el 27 de septiembre de 1950, y que a la vigencia de la Ley 100 de 1993, que para su caso lo fue el 30 de junio de 1995, tenía más de 40 años de edad y ostentaba la calidad de servidor público vinculado a EPM. También indica que prestó sus servicios a la demandada desde el 5 de marzo de 1973 hasta el 27 de noviembre de 2005.

Aduce que EPM se inscribió como empleador al ISS en virtud de lo establecido en el Decreto 433 de 1971 artículo 2, numeral b) y como consecuencia de ello, afilió a todos sus trabajadores a dicha entidad.

Refiere que EPM por medio del Decreto 3 de 1976 emanado de la Junta Directiva, adopta el estatuto del pensionado y comienza a reconocer pensión plena de jubilación

a todos los trabajadores que hayan prestado servicio durante 20 años continuos o discontinuos a partir de los 50 años de edad, en cuantía equivalente al 75% del promedio mensual de los salarios percibidos en el último año de servicio.

Indica que EPM en virtud de las actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987, tomó la decisión unilateral de desvincular a su personal activo y con efectos retroactivos al ISS, a partir del 1 de julio de 1987 y reconocer a todo su personal, una pensión vitalicia de jubilación, decisión que fue compartida a todos sus empleados mediante boletín extraordinario del 16 de diciembre de 1986, de manera que la entidad, 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 sobreremuneración.

Expone, 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 el Decreto 3 de 1976 y las Actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987, pues había tomado 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, ello en aplicación del artículo 25 del Decreto 692 de 1994.

Afirma que los empleadores están obligados a solicitar a los trabajadores que se vinculen a la respectiva empresa a partir del 1 de abril de 1994, que les informen por escrito sobre el régimen de pensiones que desean seleccionar y la respectiva administradora, sin embargo, dice el actor, que era un trabajador activo desde el año 1973 y no se vinculó a la empresa a partir del 1° de abril de 1994, razón por la cual considera que EPM está desconociendo las directrices de la Junta Directiva, donde se determinó que EPM reconocería la pensión vitalicia de Jubilación a todo su personal.

Por lo anterior, afirma que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación a cargo de EPM, en virtud del Decreto 3 de 1976 y las actas Acta 1115 de 1986 y 1122 de 1987 y artículo 5 del Decreto 813 de 1994, de la misma manera en que se la viene reconociendo a todos su servidores, es decir desde los 50 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.

En cuanto a los fundamentos que acompañan las pretensiones subsidiarias, dice que EPM al ser un empleador inscrito del sector público y al haber afiliado a todo su personal al ISS, se asimila a un empleador del sector privado, por lo tanto, frente al

reconocimiento y pago de pensiones, les es aplicable el artículo 5º del Decreto 813 de 1994, y no hay lugar a la expedición de bono tipo B, siendo a cargo del empleador el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación quien continua cotizando al ISS hasta que el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por dicho instituto para otorgarle pensión de vejez de acuerdo con sus reglamentos.

Dice que EPM no traslado el cálculo actuarial o título pensional al ISS por el tiempo laborado con omisión en la afiliación y que el mismo 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 debe continuar en su totalidad a cargo del empleador.

De otro lado, indica que le fue reconocida la pensión de vejez a cargo del ISS mediante la resolución 21754 del 25 de septiembre de 2006, con una mesada pensional inicial de \$923.624 para el año 2006, prestación que fue dejada en reserva hasta tanto se acreditara el retiro definitivo del servicio.

Expone, que el ISS hoy COLPENSIONES, con una hermenéutica errada reconoció la pensión de vejez antes del cumplimiento de la edad prevista en sus reglamentos, que en su caso es de 60 años, reconocimiento que se hizo sin tener en cuenta las normas especiales en materia de régimen de transición de los servidores públicos cuanto tiene la obligación de reconocérseles pensiones legales, pues las normas definen claramente 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, pensión que considera asciende a \$1'222.163 para el año 2005, de conformidad con la certificación laboral expedida por EPM, en la que se demuestra que, en el último año de servicios devengó un salario promedio mensual equivalente a la suma de \$1'629.551.

Conforme lo anterior, afirma que es COLPENSIONES la entidad encargada de reconocer y pagar la pensión de vejez, teniendo en cuenta todo el tiempo cotizado y servido, sea con o sin cotización, público o privado, de conformidad con las normas del Decreto 758 de 1990, que establece un 90% del IBL.

Finalmente, refiere que EPM suspendió las cotizaciones al sistema de seguridad social a partir del 30 de septiembre de 2005, pese a que continuó prestando sus servicios a la empresa.

2. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La oficina judicial de la primera instancia despachó de manera desfavorable las pretensiones de la demanda, argumentando que para el 30 de junio de 1995, el demandante era beneficiario del régimen de transición, ya que constaba con más de 15 años de servicios, además de tener 44 años cumplidos, lo que le permitió obtener la pensión jubilatoria de la Ley 33 de 1985 a cargo del ISS.

Aduce la *a quo*, que no es posible acceder a la pretensión relacionada con el reconocimiento de la pensión de jubilación consagrada en el Decreto 3 de 1976 y las actas número 1115 de diciembre 11 de 1986 y 1122 del 6 de abril de 1987, porque uno de los presupuestos de la norma, es que al 29 de enero de 1985, fecha en que entró en vigencia la Ley 33 de 1985, el trabajador tuviera 15 años de servicios o más, que no es el caso del actor, ya que solo contaba con 14.31 años de servicios al sector público, además, afirma que debía haber acreditado 50 años antes del 30 de junio de 1995, para poder acceder a la pensión de jubilación para dicha data.

Argumenta que EPM antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, tenía a su cargo el riesgo pensional del demandante, pero con la incorporación de los servidores públicos al sistema general de pensiones, el demandante pasó a ser un afiliado obligatorio por el expreso mandato del art. 15 de la Ley 100 de 1993, y no voluntario como antes se consideraba, contexto en el cual la tesis de la demanda presenta confusión, en lo relativo a la incorporación obligatoria del demandante como servidor público al sistema general de pensiones, máxime que al 30 de junio de 1995, él no cumplía los requisitos de edad para el reconocimiento y pago de la pensión del Decreto 3 de 1976 y las actas número 1115 de diciembre 11 de 1986 y 1122 del 6 de abril de 1987.

Señala, que el demandante al solicitar de manera concomitante una pensión de jubilación a cargo de EPM sin susceptibilidad de ser compartida y solicitar al mismo tiempo la ilegalidad de su desvinculación en el sistema de reparto simple que administraba el ISS, incurre en impresiones respecto si EPM tenía la posibilidad de subrogarse o no con la vinculación, no obstante, advierte que, conforme las normas que han regido el riesgo pensional para el servidor público antes del sistema general de pensiones, de manera principal quien asumía el riesgo era la entidad pública empleadora y la situación de afiliación en el sistema de reparto simple del ISS era discrecional, y a partir de esta circunstancia se consideraba o no la subrogación en el riesgo, por eso es que en relación con la pretensión principal de ilegalidad de desafiliación por parte del EPM del sistema de reparto simple que administraba el ISS, no es viable predicar tal ineficacia, porque para la época en que ello ocurrió, la

pertenencia al sistema era voluntaria o discrecional, siendo únicamente obligatoria la vinculación a partir del 30 de junio de 1995, como fecha límite para los servidores públicos del nivel territorial y bajo este presupuesto, EPM optó por asumir directamente los riesgos pensionales con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, y solo en virtud de la nueva Ley de seguridad social, incorporó a los servidores como afiliados obligatorios, momento en el cual el accionante fue afiliado nuevamente a la entidad de seguridad social.

Dice que no encuentra estimación en la prosperidad de las pretensiones principales, porque para el 30 de junio de 1995 el demandante no cumplió el requisito de edad que le permitía tener derecho a la pensión de jubilación que deprecia y porque ninguna ilegalidad se puede advertir en la desafiliación que EPM hizo en relación con su pertenencia en el sistema de reparto simple que administró el ISS.

Indica en relación con las pretensiones subsidiarias que hacen referencia al reconocimiento de la pensión de jubilación a cargo de EPM pero susceptible de ser compartida con COLPENSIONES, que en este caso es evidente que según el numeral 3 del art. 1 del D. 2527 de 2000, el reconocimiento de la pensión de jubilación procedería si para el 30 de junio de 1995 el demandante hubiere cumplido los requisitos para el reconocimiento de la pensión de jubilación o la densidad de 20 años de servicios, presupuesto que considera sí se cumple en este caso, pues para dicha data el demandante tenía 22.31 años de servicios al sector público, por lo que también hubiera tenido derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación a cargo de EPM, susceptible de ser compartida con el ISS una vez cumpliera los requisitos del sistema general de pensiones, con una tasa de reemplazo del 75% del IBL que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio devengado por el demandante, y pagando por parte de EPM el mayor valor si lo hubiera una vez tuviera derecho a la pensión de vejez a cargo del ISS por el fenómeno de subrogación pensional, sin embargo, afirma que, una vez fue liquidado por el Despacho la mesada pensional a la que hubiera tenido derecho el actor, teniendo en cuenta los factores devengados en el último año de servicios, conforme lo dispone el Decreto 1158 de 1994, no se encontró ningún mayor valor a cargo de EPM, ya que halló que para el año 2005, le hubiera asistido derecho a una pensión en cuantía de \$866.298 pesos, pero el ISS reconoció a partir de la citada calenda, una pensión en cuantía de \$880.900 pesos, por lo que al no existir un mayor valor a reconocer por parte de EPM, no hay obligación alguna para imponerle a la entidad codemandada.

En relación con la otra pretensión subsidiaria, que es la reliquidación de la pensión cancelada por COLPENSIONES, pero aplicando el Acuerdo 049 de 1990 y en específico la tasa de reemplazo del 90%, dice que a la luz de la jurisprudencia de las altas Cortes, ello no es posible en razón a que el actor fue beneficiario del régimen de transición, aplicando en su caso la ley 33 de 1985, lo que le permitió acceder a la pensión de vejez a los 55 años de edad y no a los 60 años que dispone el Acuerdo 049 de 1990, máxime que se demostró en el proceso, que fue el mismo actor quien solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la citada prestación antes de cumplir los 60 años de edad, por lo que acceder a la solicitud de reliquidación pensional para tener en cuenta lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, sería desnaturalizar el régimen de transición del que es beneficiario.

3. DEL RECURSO DE APELACIÓN:

La anterior decisión fue apelada por el apoderado judicial del demandante, quien presenta inconformidad en lo que tiene que ver con las inconsistencias de la pretensión de solicitar la pensión a cargo del empleador y la ilegalidad de la desafiliación.

Dice que la ilegalidad de la desafiliación tiene sustento en que el gerente general de EPM no tenía autorización para solicitar al ISS desafiliación alguna por parte de esa entidad, lo que implica que la persona debería haber continuado realizando los aportes al mismo instituto con la finalidad de que la pensión de vejez fuera reconocida por esa entidad y no la pensión de jubilación que fue reconocida por el ISS, porque la pensión de jubilación era a cargo del empleador.

Refiere, que el hecho que haya una desafiliación al sistema, implica que se deben aportes, es decir, hay una omisión porque se negó la posibilidad que existiera una subrogación pensional, siendo el empleador quien debía haber reconocido inicialmente la pensión, para después ser reconocida la pensión de vejez, entonces, considera que la consecuencia de la desafiliación al sistema por parte del empleador, genera que éste deba reconocer la pensión plena, máxime que debe existir una continuidad en las cotizaciones para las personas que ya se encontraban afiliadas y que ya venían como trabajador o como empleadores inscritos al ISS.

En ese sentido, señala que el 18 de julio de 1977 se expidió el decreto 1650 de 1977 que convirtió en facultativa la inscripción inicial del empleador a ese Instituto, por lo que la desafiliación de los trabajadores de EPM, se dio con anterioridad a esta fecha, es decir, que si el empleador se inscribió al ISS, no podría tomar la decisión unilateral

de estar afiliando y desafiando sus trabajadores, de manera que la decisión inicial de vincular a los trabajadores sí fue facultativa, pero con ello se obligó con el sistema, pues debía continuar con las cotizaciones, no siendo posible convalidar o no esa desafiación por parte de EPM, ya que la consecuencia es que el empleador omiso, deba pagar las pensiones vitalicias de jubilación, mismas que se calculan con base a las normas legales.

Reitera que hay una ilegalidad por parte del gerente general de desafiación a los trabajadores del sistema pensional y que la consecuencia de dicha desafiación, es que deba asumir el reconocimiento de la pensión de jubilación, máxime que se acreditó que EPM sí es administrador del sistema, porque continúa pagándole pensiones a sus afiliados.

Frente a la pretensión subsidiaria, dice que en este caso se acredita la aplicación del Decreto 2527 del 2000, que dispone la subrogación parcial por parte de EPM, y que si bien es cierto que la empresa debía reconocer pensión de jubilación, no está de acuerdo con la tesis de la juez, en el sentido de que por un lado si acredita que EPM debía reconocer una pensión de jubilación porque el actor cumplió más de 20 años de servicio, pero luego aduzca que no hay una diferencia a reconocer por parte de EPM en cuanto al mayor valor de la pensión, pues por el contrario, considera que EPM era quien debía pagar la pensión entre los 55 y los 60 años de edad, para que el sistema no tuviera que cargar con la obligación de pagar una pensión de jubilación antes de cumplir los requisitos del sistema general de pensiones dispuesto en el Decreto 758 de 1990.

Alega, que si bien el actor tuvo el beneficio de pensionarse por jubilación desde los 55 años de edad por parte del ISS; también lo es que dicha pensión de jubilación debía correr a cargo el empleador, es decir, que el beneficio de los 5 años no es del sistema, sino porque fue la ley quien obligó al empleador a reconocer ese periodo de tiempo por 5 años anteriores, lo que implica entonces que en el reglamento del ISS se debía reconocer la pensión a los 60 años con el 90% del IBL.

Seguidamente, expone que la expedición del bono tipo B, por expresa disposición de la Ley, no está hecho para asumir el pago de una pensión de jubilación entre los 55 y los 60 años de edad, sino que por el contrario, existe un bono especial que debió haber sido expedido por las entidades si se quería hacer una subrogación total del riesgo al ISS, para que el sistema reconociera la pensión a los 55 años y no existiera esa subrogación parcial que se está solicitando en el proceso, en el que se deba reconocer

primero como se dijo inclusive por la juez, esto es, con una pensión inicial por parte de EPM, aunque no existiera una diferencia en el monto pensional, pero la diferencia sí sería al momento en que el ISS fuera a reconocer la pensión de vejez, pero con fundamento en el Decreto 758 de 1990.

Dice que también puede haber un foco de discusión respecto de la expedición del bono pensional tipo b, porque ese bono es el que habilita la subrogación total o parcial de las obligaciones con el sistema, principalmente porque el sistema no debe cargar jubilados antes de sus reglamentos, sino que se debe realizar el procedimiento idóneo por parte de las administradoras para poder descargar de la manera adecuada las obligaciones en el sistema, situación que no se dio en este caso.

4. LAS ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA:

COLPENSIONES a pesar de haber presentado escrito de alegatos, quien los suscribe invocando su calidad de apoderada, no demostró tener poder que la facultara para tales fines, por lo que los mismos no serán tenidos en cuenta.

También presentaron alegatos en esta instancia, los apoderados del DEMANDANTE y EPM, en los que anotaron resumidamente lo siguiente:

ALEGATOS DEL DEMANDANTE.

La obligación con el sistema general de pensiones se da como consecuencia de la inscripción del empleador y no con afiliación de los trabajadores, situación que aconteció antes de 1971, dado que la entidad encargada del pago es propiamente el empleador y frente a este es quien recae las obligaciones para con el sistema.

La inscripción al ICSS – ISS - Colpensiones es única (art 25 Decreto 1650 de 1977), es decir 1 sola vez situación que aconteció con la entidad incluso después de la expedición del Decreto 1650 de 1977 en donde EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P convalido su voluntariedad de pertenecer al sistema general de pensiones, 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 art 57 del Decreto 3063 de 1989

Artículo 57. EXONERADOS TOTALES. Están incluidos totalmente del régimen de los Seguros Sociales Obligatorios:

b) Los empleados oficiales y los funcionarios de la defensa nacional, con excepción de los inscritos por entidades registradas antes del 18 de julio de 1977, de conformidad con el artículo 134 del Decreto - ley 1650 de 1977;" (negrillas y subrayas propias)

Dicho de otro modo: 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.

¿Qué implicaciones tiene que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P haya realizado aportes al ICSS-ISS antes de la Ley 100 de 1993?

La respuesta está en el Decreto 1748 de 1995 reglamentario de la ley 100 de 1993 que se encargó de regular los BONOS pensionales.

En el art 45 de la sección 4 que desarrolla el tema de los BONOS TIPO B, hace referencia a los empleadores del sector público afiliados al ISS como lo fue EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P

“ARTÍCULO 45. Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado. Por tanto, les será aplicable el Artículo 5o. del Decreto 813 de 1994 y no habrá lugar a la expedición de bono tipo B.” (subrayas y negrillas propias)

La norma determinó que cuando una empresa se encontraba afiliada al ISS tendría el mismo tratamiento que las empresas del sector privado, no que cambiaran su naturaleza, sino que por el contrario le es aplicable, el régimen de transición consagrado en el artículo 5° del Decreto 813 de 1994, reglamentario del art 36 de la ley 100 de 1993, que, frente a las pensiones de jubilación cita lo siguiente:

“ARTICULO 5. TRANSICIÓN DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN A CARGO DE EMPLEADORES DEL SECTOR PRIVADO. <Artículo modificado por el artículo 2 del Decreto 1160 de 1994. El nuevo texto es el siguiente:> Transición de las pensiones de jubilación a cargo de los empleadores del sector privado. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición, se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador. (negrillas propias)

Reconocida la pensión de jubilación por el empleador, éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida, establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En ese momento el ISS procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta el empleador

únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

Implica lo anterior que al ser EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P 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.

JURISPRUDENCIA APLICABLE

Esta tesis ha venido siendo recurrente en varias sentencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia sobre los trabajadores oficiales afiliados al ISS pero no a una caja de previsión la pensión legal de jubilación debe ser reconocida en principio por la última entidad empleadora.

Sentencia del 29 de julio de 1998 – MP. José Roberto Herrera Vergara – Expediente 10803, que se anexa a los presentes alegatos

"Ya se anotó que el conjunto normativo aplicable al I.S.S., permite colegir que dicho Instituto, creado por la Ley 90 de 1946, está facultado para afiliar empleados oficiales (Decreto 433 de 1971, Decreto 1650 de 1977, Acuerdo 044 de 1989 y Acuerdo 049 de 1990), en los casos específicos mencionados con antelación. Mas, para los efectos del artículo 1° de la Ley últimamente invocada, si bien un trabajador oficial de una empresa, como la aquí demandada, pudo haber estado inscrito en el seguro social, no debe entenderse afiliado a una caja de "previsión social", con la connotación específica que esta expresión tiene en la seguridad social y en la Ley 33 de 1985.

"Adicionalmente, mal podría el Instituto de Seguros Sociales, como lo entendió equivocadamente el Tribunal, pagar pensiones a trabajadores oficiales a una edad distinta a la contemplada en sus propios reglamentos (art. 8° Decreto 1650 de 1977). Sólo a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es ello posible respecto de quienes estén amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la misma.

"En consecuencia, es equivocada la hermenéutica y conclusión del ad quem, pues en casos de trabajadores oficiales amparados por la Ley 33 de 1985, afiliados al I. S.S., pero no a una caja o entidad de previsión social, la pensión legal de jubilación contemplada en el artículo 1° de esta Ley, debe ser reconocida y pagada en principio por la última entidad empleadora, como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969; pero como tanto el trabajador como el Estado efectuaron los aportes respectivos al I. S.S., para el seguro de invalidez, vejez y muerte, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones estatuidos en los reglamentos del Instituto, debe este organismo otorgar la correspondiente pensión de vejez, y desde ese momento en adelante estará

a cargo del empleador oficial sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación primigenia, con sus reajustes, y el monto de la prestación pagada por el seguro social."

Sentencia del 15 de agosto de 2006 – MP. Carlos Isaac Nader – Rad. 29210 – Anexa al proceso - Tema: "PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE TRABAJADORES OFICIALES - Entidad obligada a su pago - Recuento normativo"

Sentencia del 15 abril de 2008 – MP. Gustavo José Gnecco Mendoza - Rad. 33126 – Tema: PENSIÓN DE JUBILACIÓN DE TRABAJADORES OFICIALES - Entidad obligada a su pago - Recuento normativo - El empleador oficial no se exonera de pagar la pensión de jubilación de Ley 33 de 1985 por el mero hecho de afiliar a los trabajadores oficiales al ISS

Sentencia del 6 de diciembre de 2008 – MP. Gustavo José Gnecco Mendoza Rad. 35796 Tema: PENSIONES > PENSIONES LEGALES > PENSIÓN DE JUBILACIÓN, LEY 33 DE 1985 > RECONOCIMIENTO Y PAGO > El empleador oficial no se exonera de pagar la prestación por el mero hecho de afiliar a los trabajadores oficiales al ISS

Sentencia del 21 de octubre de 2008 – MP. Gustavo José Gnecco Mendoza - Rad. 3203 - Tema: PENSIONES > PENSIONES LEGALES > PENSIÓN DE JUBILACIÓN, LEY 33 DE 1985 > RECONOCIMIENTO Y PAGO - Corresponde al último empleador hasta tanto el ISS otorgue la pensión de vejez.

Sentencia del 08 de febrero de 2011 – MP. Francisco Javier Ricaurte Gómez - Rad. 41534.

Sentencia del 07 de febrero de 2012 – MP. Rigoberto Echeverri Bueno - Rad. 47476 – Tema: PENSIONES > SUBROGACIÓN PENSIONAL > SUBROGACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN, LEY 33 DE 1985, POR PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DEL ISS - La afiliación de los trabajadores oficiales al ISS no les impedía acceder a la pensión de jubilación

Sentencia del 20 de julio de 2012 – MP. Carlos Ernesto Molina Monsalve – Rad: 48043 – En los siguientes términos:

"Ahora, con relación a quién debe ser obligado en estos eventos a reconocer al trabajador oficial su derecho pensional, en sentencia del 29 de julio de 1998, radicada con el número 10803, que se reiteró, entre otras, en la del 20 de octubre de 2009, radicado 36908 y del 27 de enero del 2010, radicado 39993, esta Corporación puntualizó lo siguiente:

"(...) En consecuencia, es equivocada la hermenéutica y conclusión del ad quem, pues en casos de trabajadores oficiales amparados por la Ley 33 de 1985, afiliados al I.S.S.,

pero no a una caja o entidad de previsión social, la pensión legal de jubilación contemplada en el artículo 1º de esta Ley, debe ser reconocida y pagada en principio por la última entidad empleadora, como lo dispone el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969; pero como tanto el trabajador como el Estado efectuaron los aportes respectivos al I.S.S., para el seguro de invalidez, vejez y muerte, una vez reunidos los requisitos de edad y cotizaciones estatuidos en los reglamentos del Instituto, debe este organismo otorgar la correspondiente pensión de vejez, y desde ese momento en adelante estará a cargo del empleador oficial sólo el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión de jubilación primigenia, con sus reajustes, y el monto de la prestación pagada por el seguro social...”.

Sentencia SL 9669-2017 del 05 de julio de 2017 – MP. Rigoberto Echeverri Bueno -
Tema: PENSIONES > PENSIONES LEGALES > PENSIÓN DE JUBILACIÓN, LEY 33 DE 1985 > RECONOCIMIENTO Y PAGO - Corresponde al último empleador el reconocimiento de la prestación de jubilación a los servidores públicos afiliados al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, hasta cuando el instituto reconozca la pensión de vejez, sin perjuicio que aquel asuma el mayor valor

Sentencia SL1502-2018 del 09 de mayo de 2018 – MP. Fernando Castillo Cadena –
Tema:

PENSIONES > NATURALEZA JURÍDICA DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
- El ISS no se asimila a las Cajas de Previsión PENSIONES > PENSIONES LEGALES > PENSIÓN DE JUBILACIÓN, LEY 33 DE 1985 > RECONOCIMIENTO Y PAGO - Corresponde al último empleador el reconocimiento de la pensión de jubilación hasta tanto el ISS otorgue la pensión de vejez, sin perjuicio que aquel asuma el mayor valor
PENSIONES > FINANCIACIÓN > BONOS O TÍTULOS PENSIONALES - Los empleadores del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado, para efectos de los bonos pensionales PENSIONES > FINANCIACIÓN > BONOS O TÍTULOS PENSIONALES - El empleador público no tiene que pagar temporalmente la pensión de jubilación y seguir cotizando hasta que el servidor satisfaga el requisitos de edad para acceder a la pensión de vejez, sino que una vez el ISS le reconozca la prestación la entidad debe pagar anticipadamente el valor de las cotizaciones que debía cubrirle hasta que el trabajador alcanzara la edad requerida
-bono especial tipo T-

“Con fundamento en la postura citada de la Corte, se exhibe insoslayable el efecto de la afiliación facultativa y las correspondientes cotizaciones por parte de la empleadora, respecto de su trabajador que no es otro que generar de un lado la existencia de una obligación compartida entre ella y el Instituto de Seguros Sociales, en la medida en que cuando aquel cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando tendrá derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación oficial por el empleador

(Ley 33 de 1985), quien continuaría cotizando a dicho instituto, entidad que procederá a cubrir la pensión de vejez cuando se cumplan los requisitos exigidos en la ley de seguridad social, siendo de cargo del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el instituto y la que venía cubriendo al pensionado.

También, se torna ineludible el otro efecto contemplado en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, que al regular lo referente a la emisión de bonos pensionales, dispuso que los empleadores del sector público afiliados al Instituto de Seguros Sociales se asimilan a empleadores del sector privado y, por ello, les resulta aplicable el artículo 5º del Decreto 813 de 1994, razón por la cual no habrá lugar a la expedición de bono pensional, al haber efectuado los aportes respectivos.”

Sentencia SL826-2019 del 20 de febrero de 2019 – MP. Fernando Castillo Cadena –
Tema:

PENSIONES > PENSIONES LEGALES > PENSIÓN DE JUBILACIÓN, LEY 33 DE 1985 > RECONOCIMIENTO Y PAGO - Corresponde al último empleador el reconocimiento de la prestación de jubilación a los servidores públicos afiliados al ISS antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, hasta cuando el instituto reconozca la pensión de vejez, sin perjuicio que aquel asuma el mayor valor
PENSIONES > SUBROGACIÓN PENSIONAL > SUBROGACIÓN DE PENSIÓN DE JUBILACIÓN, LEY 33 DE 1985, POR PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DEL ISS - Error jurídico del ad quem al estimar que el ISS subrogó en su totalidad la pensión de jubilación oficial a cargo del empleador, pues la asunción total o parcial del riesgo por parte de aquel cuando el trabajador cumple los requisitos para la pensión de vejez se determina en cada caso conforme al tiempo de servicios prestado por este, en concordancia con la fecha de su afiliación al ISS y en perspectiva de la vigencia de la Ley 100 de 1993, además de la cobertura territorial de dicho régimen prestacional
PENSIONES > FINANCIACIÓN > BONOS O TÍTULOS PENSIONALES > TIPOS > TIPO T - El bono tipo T es un bono especial que deben emitir las entidades públicas a favor del ISS, o quien haga sus veces, para cubrir y trasladar el mayor valor de la diferencia existente entre las condiciones previstas en los regímenes legales aplicables a los servidores públicos antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para que ese reconocimiento pueda ser efectuado por el ISS
PENSIONES > RÉGIMEN PENSIONAL APLICABLE A LOS TRABAJADORES DEL BANCO CAFETERO POR CAMBIO DE NATURALEZA JURÍDICA DE LA ENTIDAD - Dado el cambio de naturaleza jurídica del Banco Cafetero es inviable contabilizar el periodo entre el 5 de julio de 1994 y el 27 de septiembre de 1999 para determinar el

cumplimiento de los requisitos de la pensión de jubilación oficial -solo mantienen derecho pensional quienes a 1994 completaron el tiempo de servicios, o lo hicieron después de 1999 al servicio de dicha entidad-

Sentencia SL 3740 del 11 de septiembre de 2019 – MP. Rigoberto Echeverri Bueno – Radicación 61678

...la Corte debe comenzar por reiterar que es verdad que, en el ámbito de su jurisprudencia, ha estimado tradicionalmente que los servidores públicos beneficiarios del régimen de transición que venían afiliados al Instituto de Seguros Sociales con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como es el caso del actor, en los términos de los artículos 45 del Decreto 1748 de 1995 y 5 del Decreto 813 de 1994, tenían derecho a que su empleador oficial les reconociera la pensión de jubilación del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, si cumplían con los requisitos legamente establecidos para ello, con la posibilidad de que, posteriormente, se compartiera dicha prestación con la que otorga el Instituto de Seguros Sociales de acuerdo con sus propios reglamentos.

Asimismo, para dar cuenta de esa orientación, ha explicado la Corte que, con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la afiliación de los servidores públicos al sistema de pensiones no era obligatoria sino facultativa y que, en ese sentido, el hecho de que se realizara la respectiva inscripción no impedía que el trabajador obtuviera la pensión oficial, pero, eso sí, a cargo del empleador, porque el Instituto de Seguros Sociales no era asimilable a una caja de previsión social de las reseñadas en la Ley 33 de 1985 y, como consecuencia, solo estaba obligado a reconocer las prestaciones concebidas en sus propios reglamentos.

También ha aclarado la Corte que, a diferencia de los trabajadores particulares, los servidores públicos no contaban con un principio de transitoriedad del régimen pensional a cargo del empleador, a partir del cual pudiera derivarse de la afiliación una asunción total del riesgo por parte del Instituto de Seguros Sociales, y que, con todo y ello, un ejercicio de armonización de los principios de la seguridad social, sumado a lo previsto en los artículos 45 del Decreto 1748 de 1995 y 5 del Decreto 813 de 1994, permitía aceptar una subrogación solamente parcial del riesgo, a través de la figura de la compartibilidad pensional, de manera que la pensión de jubilación oficial debía ser reconocida por el empleador, con la posibilidad de compartirla con la del Instituto de Seguros Sociales.

Implica lo anterior, como bien lo ha sostenido la Corte que EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P debía reconocer la pensión de jubilación mientras que el trabajador cumpliera con los requisitos de la pensión de vejez del sistema general de pensiones, para que una vez le sea reconocida, sea el empleador quien cubre el mayor valor entre

la pensión de jubilación reconocida por el empleador y la de vejez reconocida por el ISS.

Nada impide que sobre una misma persona puedan concurrir diferentes regímenes pensionales, la diferencia radica en los requisitos para acceder al derecho en cada una de ella y principalmente la entidad encargada de reconocerla.

En estos términos dejamos planteado los aspectos de la litis esenciales para obtener las pretensiones principales y subsidiarias en forma estimatoria. Por tanto, solicitamos a la honorable Tribunal que:

PRIMERO: SE PRONUNCIE de las actas emitidas por la Honorable Junta Directiva de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P donde se reconoce una pensión extralegal voluntaria de jubilación por parte de la entidad, su 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.

SEGUNDO: SE CONDENE a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P como empleador inscrito y cotizante al Sistema general de seguridad social antes de la ley 100 de 1993 al reconocimiento de la pensión de jubilación hasta el reconocimiento de la pensión legal de vejez por parte del sistema de conformidad con las actas de su junta directiva, tal como lo indicó la jueza de primera instancia.

TERCERO: SE PRONUNCIE si el tribunal se aparta de la jurisprudencia unánime de la Honorable Corte suprema de Justicia sea sustentado en debida forma por tratarse de doctrina probable que comprende más de 3 sentencias que versan sobre la misma temática.

CUARTO: SE PRONUNCIE sobre la expedición de bonos pensionales, sus efectos y consecuencias.

Solicito a la Sala 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.

Con base en los argumentos anteriores solicitamos que la decisión de primera instancia sea revocada y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE EPM:

Frente a una pensión de jubilación vitalicia a cargo de EPM, con fundamento en el Decreto 03 de 1976 y en las actas expedidas por la Junta Directiva, a partir de la

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 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. Recalcando que, para entidades territoriales, la fecha de entrada del sistema de pensiones fue diferente, en particular en Medellín, y en EPM, inició su vigencia el 30 de junio de 1995, trasladándose todos los riesgos al ISS hoy Colpensiones.

En el mismo sentido, con el Acto Legislativo 1 de 2005, se prohibieron todos los pactos, convenciones colectivas, laudos o actos jurídicos que contenían condiciones pensionales diferentes a las legales supeditando todos los reconocimientos a las disposiciones legales contenidas en el Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias.

Sobre el particular, resulta pertinente traer colación dos sentencias de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín del 23 de septiembre y 16 de diciembre de 2022, en los procesos con radicado 021-2021-00306 y 019-2021-00434, casos de similares contornos al expediente que ahora ocupa la atención del Tribunal, como la vigencia del Decreto 03 de 1976 y las actas 1115 de 1986 y 1122 de 1987 de la Junta Directiva de EPM, confirmando la absolución a EPM.

La Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín en la sentencia del 23 de septiembre de 2022 dentro del proceso con radicado -021-2021-00306, señaló:

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”

A su vez, la Sala Tercera del Tribunal Superior de Medellín en sentencia del 16 de diciembre de 2022 en el proceso con radicado 019-2021-00434, indicó:

Así las cosas, y descendiendo al caso concreto, se tiene frente a la pretensión principal, que no hay lugar al otorgamiento de pensión vitalicia voluntaria de jubilación, con

fundamento en el Decreto 03 de 1976 y las actas de Junta Directiva números 1115 de diciembre de 1986 y 1122 de abril de 1987, toda vez que como se infiere de los artículos de tales estatutos transcritos en párrafos precedentes, la vigencia del Decreto 3 en cuanto a requisitos para adquirir pensión se condicionó a la modificación por normas internas o de carácter nacional aplicables a Empresa Públicas de Medellín, aunque fueran más desfavorables, e igualmente, en forma expresa se previó que cuando la pensión o el riesgo correspondiente debiera ser asumido por el Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la Ley y teniendo en cuenta los reglamentos que dicte el mismo instituto, no regirá el presente Decreto y se aplicará la legislación del seguro social, y en efecto, como se explica al dar respuesta a los hechos, en los fundamentos de derecho del escrito de contestación y en la etapa de alegaciones en primera instancia, la Ley 100 de 1993 fue norma de obligatorio acatamiento para EPM, manteniendo esta entidad cobertura del riesgo de vejez hasta el 30 de junio de 1995, y a partir del 1º de julio siguiente, afiliando al demandante, como correspondía al Instituto de Seguros Sociales, quedando a cargo de esta entidad –ISS-, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, y a EPM como empleador el pago del bono pensional tipo B por el tiempo no cotizado, como en efecto ocurrió, otorgándole al demandante la prestación por vejez bajo la regulación de la Ley 33 de 1985, norma que amparaba su situación, pues para el 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia del sistema para entidades del orden territorial, tenía 47 años de edad, y no alcanzaba los 20 años de servicio, inició labores el 27 de septiembre de 1978, luego al remitir las normas sustento de la pensión voluntaria a la regulación legal, y no contemplarse esta en forma expresa, y tampoco tener el señor Hernando Antonio para el 30 de junio de 1995, satisfechos los requisitos para acceder a la pensión a cargo de la empresa, 50 años de edad y 20 de servicios, habrá de confirmarse la decisión en este apartado.

Frente a la declaración de ilegalidad del acto de desafiliación al régimen pensional de EPM y la afiliación al de prima media con prestación definida, administrado hoy por Colpensiones, bajo el supuesto de que el afiliado podía decidir mantenerse amparado en el régimen anterior a la Ley 100 de 1993 y que el reconocimiento pensional se encontraría en cabeza de su ex empleador, debemos indicar nuevamente que con la expedición de Ley 100 de 1993, se da un carácter de obligatorio a la afiliación al Sistema General de Pensiones para las entidades públicas, concretamente en el artículo 11, así como en el artículo 151 parágrafo único que determinó los plazos de incorporación obligatoria a las entidades públicas de nivel Departamental, Municipal y Distrital, del que fuimos integrados de conformidad con el Artículo 6º del Decreto 1068 del 23 de junio de 1995 al Sistema General de Pensiones, el 30 de junio de 1995.

Así las cosas, se tiene que, a partir del 30 de junio de 1995, todos los servidores de EPM debían seleccionar el régimen pensional al cual querían estar afiliados, lo que significaría que, las pensiones siguieran siendo reconocidas exclusivamente por las Administradoras de Pensiones, bien sea del Régimen de Prima Media con Prestación Definida o del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, situación fue contemplada en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, donde además, se estableció un

régimen de transición en favor de una población específica, consistente en la conservación de las condiciones de edad, tiempo de servicio y monto, exigida en la normativa anterior, para poder gozar de su pensión de vejez.

Sobre la competencia pensional, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 4963 de 2018, Magistrada Ponente Ana María Muñoz Segura, precisamente con un extrabajador de EPM, señaló que:

Distinto es el escenario para aquellos trabajadores que, como en el sub examine, la vinculación al ISS se produjo en el momento en que empezó a regir la Ley 100 de 1993 o con posterioridad a ella. En estos casos, la Corte en la sentencia CSJ SL, 8 de agosto de 2007, radicado 29446, al resolver un caso semejante al presente, también contra EPM E.S.P., explicó que:

[...] en tales eventos, ha considerado la Sala, se aplica el artículo 5 del Decreto 1068 de 1995 y es el Seguro o la entidad administradora de pensiones elegida, quien debe asumir la pensión, con la obligación correlativa de la entidad territorial o de previsión de emitir el bono pensional.

Respecto a la ilegalidad de la desafiliación realizada por EPM al entonces ISS, y particularmente con el actor, a partir de diciembre de 1986, resulta pertinente traer nuevamente a colación, lo dicho por la Sala Segunda de Tribunal Superior de Medellín, en sentencia del 23 de septiembre de 2022, en el proceso radicado 021-2021-00306, donde se refirió a un asunto de similares hechos y pretensiones a las acá debatidas, así:

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.

Ahora, en cuanto a la aplicación de dos regímenes pensionales, es necesario indicar que no es posible fraccionar las normas y aplicar lo que más le favorece de cada una, para determinar el monto de la pensión. De la lectura de la demanda y sus pretensiones se visualiza que se busca el reconocimiento de la pensión de jubilación a cargo de EPM a pesar de aplicar los mismos parámetros de edad, tiempo de servicios y monto de la prestación reconocidos en la Ley 33 de 1985 para que se reconozca con

el promedio de lo devengado en el último año de servicios; y, por otro lado, con la declaratoria de ilegalidad de la afiliación al ISS que se sumen los tiempos cotizados con los tiempos públicos no cotizados al ISS (una reforma del Decreto 758 de 1990) para finalmente obtener una pensión de vejez con el 90% como tasa de remplazo, generando de tal forma la creación de una tercera norma, que por cierto nunca fue planteada por el legislador.

En sintonía con esta postura se encuentra también como referente la sentencia proferida por la Sala de casación laboral Corte Suprema de Justicia, sentencia SL 317-2019, radicación 60346 del 13 de febrero de 2019, en donde el Corte, destaca el acertado razonamiento realizado por el Tribunal Superior de Medellín, cuando indica que:

Así las cosas, resaltó que no era posible como el actor pretendía que se le aplique por un lado la Ley 33 de 1985 en cuanto a los factores salariales para liquidar el bono pensional y por el otro el acuerdo 049 de 1990 en lo que tiene que ver con la tasa de reemplazo que dice debe ser del 90%; advirtió que ello no era posible, puesto que si bien no se discutía que el accionante era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y podía acudir a los regímenes anteriores que lo cobijaban, como quedo visto, solamente era permitido aplicar uno solo en su integridad, el más favorable....

Finalmente, corresponde señalar que el accionante y su apoderado hacen una errada interpretación y comparación con los casos de exservidores a quienes EPM reconoció prestaciones de jubilación, puesto que estos cumplieron requisitos pensionales antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y fueron reconocidas bajo la normativa vigente para la época.

Conviene anotar que el Decreto 2527 de 2000 no es aplicable a Empresas Públicas de Medellín ESP, por cuanto no es una entidad estatal de seguridad social o cajas de previsión social o fondos que tengan como su función exclusiva el reconocimiento de prestaciones sociales, entre ellas pensiones, así lo señaló la Sala de Casación Laboral en la sentencia con Radicación No.29459 del 11 de diciembre de 2007. M.P. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza, al precisar:

Según lo discurrido en la sentencia transcrita, en casos como el que ahora ocupa la atención de la Corte, quien debe reconocer la pensión es el Instituto de Seguros Sociales, sin que, en este evento particular, esa regla pueda entenderse modificada por las disposiciones del Decreto 2527 de 2000. Aunque esta Sala en asuntos similares al presente ha considerado que el citado Decreto 2527 no era aplicable para resolver esas controversias dada la fecha en que se causó la pensión, por las razones que más adelante se expondrán es del criterio de que en ese asunto específico tal normatividad no era pertinente, en los términos suscritos por el censor. Es pertinente la anterior precisión porque construye el impugnante el cargo sobre su entendimiento según el cual de conformidad con el artículo 1 de ese decreto, las empresas públicas

demandadas deben reconocerle la pensión al actor, por cuanto son entidades pagadoras de pensiones. En efecto, aparte el discernimiento propuesto en el ataque no lo comparte la Corte porque la aludida disposición no se refiere a empresas estatales, que como la aquí demandada, eventualmente puedan llegar a tener a su cargo el otorgamiento de pensiones, sino a entidades de seguridad social o cajas de previsión social o fondos que tengan como su función exclusiva el reconocimiento de prestaciones sociales, entre ellas pensiones, y que por esa razón, mientras existan, sean administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida.

Y ello es así porque esa norma establece que "Las cajas, fondos o entidades públicas que reconozcan o paguen pensiones, continuarán reconociéndolas o pagándolas mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones..." (Resaltado fuera del texto). Por lo tanto, es claro que la norma alude a entidades que tienen afiliados, esto es, personas vinculadas a ellas para ser beneficiarias de las prestaciones sociales que como entidades de seguridad social o de previsión social reconocen, y como lo pone de presente con acierto la replicante, la aquí demandada no tiene afiliados sino trabajadores a su servicio, lo que, desde luego, es distinto.

De acuerdo con en las consideraciones fácticas, probatorias, normativas y jurisprudenciales, no le asiste derecho al demandante en sus pretensiones.

5. PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER:

Conforme quedó sustentado el recurso de apelación, considera la Sala que los problemas jurídicos a abordar en la presente sentencia, consisten en determinar: i) 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 y como consecuencia de lo anterior, la demandada está en la obligación de reconocer la pensión de jubilación a su cargo; ii) Si EPM, debe pagar al demandante la pensión de jubilación en su condición de servidor municipal, 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 en aplicación del Decreto 758 de 1990; junto con el pago de los intereses moratorios o la indexación.

Tramitado el proceso en legal forma, y por ser competente esta Corporación Judicial para conocer de la apelación de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el Art. 10 de la Ley 1149 de 2007, se pasa a resolver, previas las siguientes.

6. CONSIDERACIONES:

La decisión del recurso de apelación de la parte demandante, se proferirá atendiendo lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, referente al principio de

consonancia, en virtud del cual la actividad de la segunda instancia se restringe a los puntos concretos de inconformidad al sustentarse el referido recurso.

Antes de abordar el problema jurídico, encuentra acreditada la Sala que el demandante nació el 27 de septiembre de 1950 (fl. 33 del archivo N°2 del expediente digital de primera instancia), que tuvo una vinculación laboral a EPM, entre el 05 de marzo de 1973 y el 27 de noviembre de 2005 (fl. 39 del archivo N°2 del expediente digital de primera instancia). que EPM pagó al ISS bono pensional tipo B para convalidar el tiempo sin cotización, con sustento en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, concordado con el 7° del Decreto 510 de 2003, por el lapso comprendido entre el 02 de julio de 1987 y el 30 de junio de 1995 (fl. 115 del archivo N°13 del expediente digital de primera instancia). A partir de 30 de junio de 1995 EPM afilió al actor al sistema de pensiones del ISS hoy COLPENSIONES. Que mediante Resolución 21754 del 25 de septiembre de 2006, se le reconoció al demandante pensión de vejez con fundamento en la Ley 33 de 1985 como beneficiario de régimen de transición, computándose para el efecto un total de 11.649 días, sumado el tiempo laborado en el sector público sin cotización al ISS, con las semanas directamente cotizadas, para un total de 1.664.14 semanas, equivalentes a 32.36 años, obteniéndose IBL de \$1.231.499 con monto porcentual de 75% para una mesada inicial de \$923.624 para el año 2006, más los reajustes de ley, prestación que se dejó en reserva hasta la acreditación del retiro del servicio, lo que ocurrió el 28 de noviembre de 2005, por lo que le fue reconocida la prestación de manera retroactiva.

Encontrándose por fuera de discusión los anteriores supuestos fácticos, se pasa al estudio del recurso de apelación, en los siguientes términos:

i) Pretensiones principales de ilegalidad de la desafiliación al ISS por parte de Empresas Públicas de Medellín E.S.P. y reconocimiento de la pensión voluntaria

Aduce el apoderado del accionante en el recurso de alzada, que el gerente general de EPM no tenía autorización para solicitar al ISS desafiliación alguna por parte de esa entidad, lo que implica que debía haber continuado realizando los aportes al mismo instituto, por lo que si el empleador se inscribió al ISS, no podría tomar la decisión unilateral de estar afiliando y desafiliando sus trabajadores, de manera que la consecuencia para el empleador omiso, es que deba pagar la pensión vitalicia de jubilación.

Para resolver el recurso interpuesto, es importante memorar lo dispuesto en el **Acta 1115 de 1986 en su numeral 9.2** denominado “Desafiliación del ISS y reconocimiento de pensión vitalicia de jubilación” plasmó (fls. 133 a 161 del archivo N°2 del expediente digital de primera instancia):

“Desafiliación del ISS y reconocimiento de pensión vitalicia de jubilación. La administración informó a la Junta acerca de la situación que se presenta en la Entidad y que tiene que ver con la afiliación de sus trabajadores al Seguro Social.

En la reunión se hicieron presentes los doctores Luis Alfonso Díaz, Jefe de la División Jurídica, Gilberto González, Jefe de Relaciones Industriales y Alfredo Herrera, Jefe del Departamento de Personal.

Este último hizo un recuento histórico de la afiliación de los trabajadores desde que ella se dispuso y explicó en detalle todas las situaciones que se presentan, así como los tratamientos legales y jurisprudenciales que el asunto ha tenido, lo que se refleja en una diversidad de situaciones que hacen administrativamente bastante difícil su tratamiento, ya que en algunos casos ellas se configuran como ilegales.

Después de escuchar la explícita y vasta exposición del doctor Herrera y previo un amplio intercambio de ideas sobre el asunto, que, además, ya había sido estudiado en detalle, en oportunidad diferente, con los doctores Rodrigo Puyo, Darío Londoño y Benjamín Higuera, abogados que forman parte de la Corporación, la Junta dispuso lo siguiente:

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

2º. Autorizar al Gerente General para solicitar ante la Junta Administradora del ISS, o ante el funcionario a quien corresponda, la desafiliación de dicho instituto por los riesgos diferentes a los de IVM, de los servidores inscritos al mismo con anterioridad al 18 de julio de 1977 y en caso de que tal autorización sea concedida, proceda a hacerla efectiva.

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.

4º. Autorizar a la Administración para adoptar las medidas administrativas y reglamentarias tendientes a la efectividad de lo dispuesto en los puntos 1 y 3, tales como ampliación de la planta de personal de I Departamento Médico y modificación de su estructura, adecuación y dotación de instalaciones, reglamentación de las normas legales que se relacionen con los riesgos que se reasumen, etc.

Y el **Acta 1122 de 1987 en el numeral 10.1** denominado Desafiliación ISS se estableció (fls. 162 a 188 del archivo N°2 del expediente digital de primera instancia):

“El Gerente General informó a la Junta que en cumplimiento de lo dispuesto por ella en la sesión del 11 de diciembre pasado, tal como consta en el Acta 1.115 de esa fecha, hizo ante el Instituto de Seguros Sociales las gestiones que fueron encomendadas y que esta entidad por medio del oficio 00345 del 23 de febrero de

este año comunicó el concepto emitido por su Oficina Jurídica , en el cual, luego de un análisis de la s normas legales que determinan el régimen y la administración de los Seguros Sociales, expresa: "... Sí en el presente caso las Empresas Públicas de Medellín desea la desafiliación para todos los riesgos esta es procedente y para todo su personal.", lo qu e consta en el oficio OJS-00396 del 6 de febrero del año en curso.

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)*

En ilación con lo anterior, la Junta directiva de EPM mediante el Decreto 3 de 1976, estableció la pensión de jubilación a cargo de la entidad, para el empleado oficial que prestara sus servicios durante 20 años, en forma continua o discontinua, al cumplir 55 años de edad, previa demostración del retiro definitivo del servicio público, en un equivalente al 75% del promedio mensual de los salarios percibidos en el último año, con la posibilidad de acumular los tiempos en forma sucesiva o alternativamente a distintas entidades de derecho público, de conformidad con la ley, generándose la prestación de jubilación con los primeros 20 años, además, este Decreto también dispuso lo siguiente (fls. 123 a 132 del archivo N°2 del expediente digital de primera instancia):

Artículo 26º. Vigencia de Normas Futuras de Orden Nacional. Lo dispuesto en el presente Decreto en cuanto a los requisitos para adquirir 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 27º. 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 dicte el mismo Instituto, no regirá el presente Decreto y se aplicará la legislación del Seguro Social.

Visto lo anterior, se concluye que, tal y como lo indicó la juez de primera instancia, existe una incongruencia frente a las pretensiones invocadas como principales, toda vez que, solicita el actor que se condene a EPM al reconocimiento de la pensión vitalicia de jubilación voluntaria consagrada en el Decreto 3 de 1976 y las actas número 1115 de diciembre 11 de 1986 y 1122 del 6 de abril de 1987 de la junta directiva de la entidad, pero a su vez, pretende que se declare la ilegalidad de la desafiliación por parte de EPM en su calidad de empleador al ISS, lo que implicaría que, en caso de

prosperar la ilegalidad de la afiliación, el Sr. CANO ÁLVAREZ permaneció afiliado al ISS hoy Colpensiones, y sería la entidad encargada de reconocer la prestación económica solicitada y no EPM como lo pretende, de manera que, de ser declarada la ilegalidad de la desafiliación, se ordenaría a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. realizar el pago del cálculo actuarial del periodo que dejó de pagar y en ese sentido, correspondería a Colpensiones reconocer la prestación económica, lo que conllevaría a la imposibilidad de ordenar a EPM el reconocimiento de la prestación pensional.

No obstante lo anterior, de la lectura de la Resolución 21754 del 25 de septiembre de 2006 (fls. 103 a 108 del archivo N°2 del expediente digital de primera instancia), se evidencia que el reconocimiento de la prestación económica fue realizada precisamente por Colpensiones y aunado a ello, la liquidación de la pensión de vejez se hizo con base en el tiempo no cotizado por EPM desde el 02 de julio de 1987 al 30 de junio de 1995, periodo frente al cual se requirió a Empresas Públicas de Medellín para realizar el pago del bono pensional Tipo B, razón por la cual, tampoco habría lugar a que se declare la mora u omisión de EPM en el pago de aportes, porque finalmente la entidad empleadora, cumplió con el mandato legal de pagar el bono pensional, para financiar la pensión de vejez que le fue reconocida al accionante por parte de la AFP COLPENSIONES, y además tal tiempo laborado por el actor a EPM sin cotizaciones al ISS, finalmente le fue tenido en cuenta para otorgare la pensión.

Ahora bien, a pesar de la incongruencia en la pretensión de solicitar la ilegalidad de la desafiliación, considera la Sala que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, era potestativa la vinculación al ISS de los trabajadores oficiales, ya que la obligatoriedad de la vinculación para el caso del actor, se generó a partir del 30 de junio de 1995 con la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993, ello de conformidad con los artículos 11, 15 y 151 de la citada disposición, pues antes de la vigencia de la citada norma, era posible que los empleadores tanto del sector público como del privado, asumieran las prestaciones del sistema, tal y como ocurría en el caso de EPM, que a pesar de tener una naturaleza de entidad encargada de la prestación de servicios públicos domiciliarios, tenía a su cargo hasta ese momento, el reconocimiento de las pensiones de jubilación de sus servidores, no obstante, con la afiliación forzosa realizada al ISS al momento de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, la entidad de seguridad social se subrogó, para el caso de EPM, en la atención del riesgo de vejez.

Así mismo, con la prueba documental allegada al plenario, como es la historia laboral del demandante, se comprueba que EPM realizó aportes al ISS desde el 05 de marzo

de 1973 al 01 de julio de 1987, reanudando las cotizaciones con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 30 de junio de 1995, como lo consagrada el artículo 151 de la ley 100 de 1993; así mismo, en consideración a la fecha de nacimiento del demandante el 27 de septiembre de 1950, claramente que contaba con más de 40 años de edad a la fecha de la vigencia de la Ley 100, lo que lo hacía beneficiario del régimen de transición, y en tal virtud, le fue reconocida la pensión de vejez por parte del ISS, hoy COLPENSIONES.

Con este panorama, queda claro que por un mismo tiempo de servicio no pueden pretenderse dos pensiones, así una se llame de jubilación y otra de vejez, pues ambas protegen la misma contingencia, esto es, la seguridad social como derecho constitucional, el que está diseñado bajo principios de solidaridad y equidad (art. 48 CP), los cuales se verían afectados con el enriquecimiento injustificado del patrimonio del trabajador al obtener doble pensión, máxime si ese dinero es público.

Corolario de lo indicado, no se puede predicar la ilegalidad de la desafiliación del trabajador, se itera, porque antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, no era obligatoria la cotización al ISS por parte del empleador público cuando este asumía las contingencias pensionales, lo que ocurrió con EPM hasta el 30 de junio de 1995, siendo la Ley 100 de 1993 de obligatorio acatamiento para EPM, razón por la cual se vio conminado a realizar nuevamente cotizaciones como correspondía al Instituto de Seguros Sociales y a favor del demandante, quedando a cargo de esta entidad –ISS–, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de los servidores públicos, conforme a las disposiciones del régimen que se venía aplicando, y a EPM como empleador, el pago del bono pensional tipo B por el tiempo no cotizado, como en efecto ocurrió, otorgándole al demandante la prestación por vejez bajo la regulación de la Ley 33 de 1985 como beneficiario del régimen de transición.

Conforme lo dicho, tampoco procede el reconocimiento de la pensión voluntaria de jubilación, porque el Decreto N° 3 de 19765, proferido por la junta directiva de EPM, por medio del cual se adoptó el estatuto del pensionado, dispuso en el artículo 9° que dicha prestación se causaría si el empleado oficial laboraba durante 20 años y alcanzara los 50 años de edad, no obstante, dichos requisitos debían ser cumplidos por el actor antes del 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigencia del sistema para entidades del orden territorial, momento para el cual, el accionante a pesar de tener más de 20 años de servicios por haber empezado a laboral desde el 05 de marzo de 1973, solo contaba con 44 años de edad, no teniendo satisfechos los requisitos para acceder a la pensión a cargo de la empresa y por ende en ese sentido, habrá de

confirmarse la decisión de primer grado, en cuanto absolvió de las pretensiones principales de la demanda.

ii) Pretensiones subsidiarias de pensión de vejez compartida y reliquidación pensional con fundamento en el Decreto 758 de 1990

Como pretensión subsidiaria, solicitó el demandante condenar a EPM, a pagarle la pensión de jubilación desde el retiro del servicio, hasta el momento en que la pensión sea asumida por Colpensiones y que esta sea reconocida con fundamento en el Decreto 758 de 1990.

En este aspecto, es importante recordar que la juez de instancia adujo que al demandante le asistía derecho a la pensión de jubilación, conforme el Decreto 2527 del año 2000, que en su numeral 3 del artículo 1, dispone que la pensión de jubilación se causa a cargo de cajas, fondos o entidades públicas que pagaran pensiones antes del sistema general, si para el 30 de junio de 1995 tuviera una densidad de 20 años de servicios, presupuesto que encontró acreditado, pues para dicha data, el actor contaba con 22.31 años de servicios al sector público.

Pese a lo señalado, absolvió del reconocimiento de la pensión, tras considerar que luego de realizado el cálculo a pagar por mayor valor de la pensión a cargo de EPM, no existía ninguno, al ser la mesada pensional calculada por el Despacho, inferior a la reconocida por el ISS, aspecto que no fue objeto de reproche en la apelación, por lo que no se abordará su estudio en esta instancia.

Ahora, es relevante, que el demandante solicitó la pensión de jubilación en su condición de servidor municipal, de conformidad con el Decreto 3 de 1976 y las actas número 1115 de diciembre 11 de 1986 y 1122 del 6 de abril de 1987 emanadas de la Junta Directiva de EPM y no en el Decreto 2527 del año 2000, por lo que en este sentido, se estaría vulnerando el derecho de contradicción y defensa de la entidad pública, más aun, cuando no como lo decidió el juez, sin posición del actor, no hay un mayor valor a pagar por parte de EPM de la pensión de vejez que ya le fue reconocida por el ISS hoy COLPENSIONES al accionante.

Corolario de lo indicado, tampoco es procedente declarar próspera dicha pretensión subsidiaria, porque el ISS se subrogó en la obligación del empleador, sin la posibilidad para el actor de optar en igual momento por la prestación extralegal, cuya compatibilidad no fue pactada; y no puede arribarse a conclusión distinta, ya que de darse cabida a la posibilidad de percibir las dos prestaciones, en este evento, implicaría

que se utilice el mismo tiempo de servicio público como fuente de financiación y estructuración para distintas prestaciones de carácter pensional a cargo de diferentes Instituciones, lo que va en contravía del principio de eficiencia en el sistema integral de seguridad social, por manera que se hace inviable habilitar doblemente el tiempo servido para efectos de sendas pensiones.

En igual sentido, no hay lugar a que COLPENSIONES reconozca la prestación económica con fundamento en el Decreto 758 de 1990, en tanto que el demandante al ser un trabajador oficial por haberse desempeñado en el cargo de Oficial Mantenimiento Acueducto y Alcantarillado (fl. 112 del archivo N°13 del expediente digital de primera instancia), la norma aplicable por la transición del Art. 36 de la ley 100 de 1993, es la Ley 33 de 1985, que fue con la cual COLPENSIONES reconoció la pensión de vejez, haciendo la advertencia que ésta fue disfrutada por el demandante desde los 55 años de edad, por lo que de otorgarse la pensión con fundamento en el Decreto 758 de 1990, se estaría vulnerando el principio de la inescindibilidad de la ley, al querer darle aplicación a los requisitos de una norma (edad de la Ley 33 de 1985) con tasa de reemplazo del 90% del Decreto 758 de 1990, máxime que en este caso se evidencia que demandante fue quien solicitó al ISS el reconocimiento de la prestación antes del cumplimiento de los 60 años de edad que estipula el Decreto 758 de 1990, así se evidencia del Auto proferido por el ISS hoy COLPENSIONES el 21 de marzo de 2007, que da cuenta que el accionante presentó certificación por parte de EPM, en la cual consta su renuncia a partir del 28 de noviembre de 2005, fecha a partir de la cual se le empezó a reconocer la pensión de vejez al asegurado (Fl. 113 del archivo N°13 del expediente digital de primera instancia).

Bajo esas orientaciones, las peticiones dirigidas a obtener la pensión de Jubilación que en su momento EPM por medio de su Junta Directiva decidió conceder de manera potestativa, no tienen razón de prosperidad ni por la senda de la aplicación simple del Decreto 3 de 1976, ni por el camino de la omisión en el pago de aportes de cuenta de la desafiliación que ocurrió desde el 01 de julio de 1987, pues debe agregarse que ella ocurrió con la autorización del ISS mediante el oficio OJS-00396 del 06 de febrero de 1987 plasmada en el Acta 1122 de 1987 (Fl. 185 del archivo N°2 del expediente digital de primera instancia) bajo la responsabilidad discrecional de asumir EPM el riesgo pensional de sus empleados, además que como se dijo, fueron ciclos que finalmente se reconocieron por vía del bono pensional, con el que se contribuyó al financiamiento de la prestación que hoy disfruta el accionante.

Finalmente, en lo que respecta a la inconformidad del actor respecto del **bono pensional** que debe ser reconocido por EPM 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 peticiones de la demanda y que solo fue mencionado en los hechos 13 y 14 de la demanda, manifestando resumidamente, que *“el tiempo laborado por el demandante con omisión en la afiliación por parte de EPM, no puede ser convalidado con bono pensional tipo B por mandato expreso del Art. 45 del Decreto 1748 de 1995, por lo que la pensión de jubilación debe continuar 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, incluso, el demandante no está legitimado en la causa para reclamar al respecto, pues su único interés es que tal tiempo le fuera tenido, en cuenta para reconocerle la pensión lo que en efecto ocurrió, como ya se explicó.

En consecuencia, no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y en ese sentido, se deberá confirmar la decisión absolutoria de primer grado.

Costas en esta instancia a cargo del demandante por haber resultado vencida en el recurso de apelación. Las agencias en derecho, conforme al Nral. 3 del Artículo 366 del CGP, las estima el ponente en la suma de \$1.300.000, suma que será dividida en partes iguales para las codemandadas.

7. DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 07 de marzo de 2023, proferida por el JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, en el presente proceso adelantado por el señor **JORGE ALBERTO CANO ÁLVAREZ**, contra **EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN - E.S.P.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, según las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$1.300.000, suma que será dividida en partes iguales para las codemandadas.

La anterior sentencia se notifica a las partes en EDICTO.

Oportunamente devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

No siendo otro el objeto de esta diligencia se declara culminada y se firma por quienes en ella han intervenido, los magistrados,

Firmado Por:

Francisco Arango Torres
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Jaime Alberto Aristizabal Gomez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

John Jairo Acosta Perez
Magistrado
Sala Laboral
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **89aab01ff86d13ce2f240d9751e83797c10546bbb8d2f3ba025dfb7b40af6d27**

Documento generado en 23/02/2024 02:55:25 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>