



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

PROCESO	ORDINARIO
DEMANDANTE	MELQUICEDEC GAVIRIA ALBAN
DEMANDANDO	EMSIRVA ESP y COLPENSIONES
PROCEDENCIA	JUZGADO QUINCE LABORAL DEL CIRCUITO DE CALI
RADICADO	760013105 015201900405 01
INSTANCIA	SEGUNDA – APELACIÓN
PROVIDENCIA	SENTENCIA No. 171 del 8 de agosto de 2023
TEMAS Y SUBTEMAS	COMPATIBILIDAD PENSIÓN JUBILACIÓN Y VEJEZ- pacto laudo arbitral PRESCRIPCIÓN FRENTE A MAYOR VALOR PAGADO POR EMSIRVA- excepción rogada, competencia y consonancia.
DECISIÓN	REVOCA PARCIALMENTE

Hoy, ocho (8) de agosto de dos mil veintitrés (2023), conforme lo previsto en el Art. 13 de la Ley 2213 de 2022, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, Sala Cuarta de Decisión Laboral y como magistrada ponente ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA, proceden a resolver el recurso de apelación de la sentencia No. 208 del 20 de septiembre de 2021, proferida por el juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora **MELQUICEDEC GAVIRIA ALBAN** en contra de **COLPENSIONES Y EMSIRVA S.A.**, bajo la radicación **760013105 015 201900405 01**.

ANTECEDENTES PROCESALES

El señor **MELQUICEDEC GAVIRIA ALBAN** demandó a **COLPENSIONES Y EMSIRVA ESP** pretendiendo que se declare que la pensión de jubilación reconocida por EMSIRVA es compatible con la pensión de vejez que reconoció el otrora ISS; en consecuencia, que ambas entidades paguen de manera completa las prestaciones debidamente indexadas.

Como hechos indicó que, mediante resolución No. 1502 del 19 de agosto de 1970 EMSIRVA le reconoció pensión de jubilación a partir del 1 de agosto de 1970, conforme lo dispuesto en el laudo arbitral y la Ley 171 de 1961.

Que posteriormente el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, le otorgó pensión de vejez mediante resolución No. 976 del 23 de abril de 1987, a partir del 18 de agosto de 1986, en cuantía inicial de \$16.812.

Indica que por oficio del 3 de noviembre de 2015 EMSIRVA le comunicó que a través de la resolución No. 100.0.27.081 del 4 de junio de 2015 se compartió la pensión de jubilación con la de COLPENSIONES y se ordenó aplicar los descuentos a la pensión de jubilación por concepto de los mayores valores recibidos desde el 18 de agosto de 1986 hasta el 30 de junio de 2015.

Expone que presentó solicitud de revocatoria directa del anterior acto administrativo, la que fue atendida en la resolución No. 100.0.27.036 del 13 de abril de 2016, negando la revocatoria y confirmando el cobro.

COLPENSIONES S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones indicando que el laudo arbitral de los años 1968 y 1970 estipulaba la compartibilidad de la pensión de jubilación reconocida por EMSIRVA ESP.

Asevera que no es posible percibir mensualmente dos asignaciones con cargo de los recursos del estado (art. 128 C.N.).

Propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, innominada y prescripción.

EMSIRVA ESP contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que la pensión de jubilación reconocida al demandante tiene carácter de compartida debido a que fue reconocida dando cumplimiento a lo dispuesto en laudo arbitral del año 1968, el cual estipuló en el numeral 9.1.1.7 de la cláusula decimo primero que *"cuando el ICSS asuma el pago de las pensiones de jubilación, EMSIRVA solamente completará el ciento por ciento (100%) de ellas"*.

Agrega que, conforme la disposición mencionada, la compartibilidad de la pensión se da por el sólo hecho que el actor se le otorgue la pensión de vejez sin condición, es decir, independiente de que la prestación sea otorgada con fundamento en cotizaciones adicionales efectuadas por el trabajador con otros empleadores o por cotizaciones realizadas por EMSIRVA después de pagar la jubilación.

Dijo además que, conforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es viable la compartibilidad de las pensiones voluntarias otorgadas antes del 17 de octubre de 1985 cuando el acto fuente así lo expresa.

Propuso las excepciones que denominó: prescripción, cobro de lo no debido, buena fe,

inexistencia de la obligación, compensación e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali** decidió el litigo en sentencia No. 208 del 20 de septiembre de 2021, en la que resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación y absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas con relación a la compatibilidad pensional.

Indicó igualmente que en el eventual caso que EMSIRVA ESP EN LIQUIDACIÓN haya descontado al demandante una suma superior a \$13.421.600 por concepto de devolución de mayores valores pagados desde el 30 de abril de 2012 al 30 de abril de 2015, deberá efectuar la devolución de los valores excedentes en favor del actor, junto con la indexación a la fecha efectiva de reembolso.

No emite condena en costas.

Para arribar a la decisión el *a quo* sostuvo que, el laudo arbitral conforme el cual se reconoció la pensión de jubilación al demandante estipuló que la prestación sería compartida con la de vejez, resaltando que dicho carácter lo da puntualmente el acuerdo y no la ley, la jurisprudencia o los aportes hechos por EMSIRVA.

Expone igualmente que respecto de los cobros que efectuó EMSIRVA por los valores que pagó como mesada pensional al actor debe aplicarse la prescripción, en consecuencia, únicamente debe hacerse el requerimiento al demandante de los valores pagados por el periodo de abril de 2012 a abril de 2015, que sólo ascendería a \$13.421.600.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la **PARTE DEMANDANTE** interpone recurso de apelación indicando que declarar la compartibilidad de las pensiones enunciadas configura un enriquecimiento sin causa.

Asimismo, expone que la compartibilidad es que el empleador aporte al sistema para así liberarse, aunque sea parcialmente, de la carga pensional, situación que aduce no se dio en el asunto dado que EMSIRVA no continuó cotizando, sino que vino a realizar aportes en el año 2004, cuando el actor ya se encontraba pensionado por las cotizaciones que realizó con el Club de Cazadores.

El apoderado de **EMSIRVA ESP** apeló inconforme con la decisión del juez de primera instancia en cuanto a la devolución de los valores descontados al demandante, indicando que la entidad actúa conforme la norma y en tanto el accionante percibió dos asignaciones con cargo a los

recursos del estado, es procedente el recobro de dichos rubros.

Por lo anterior solicita se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto al retorno de las mesadas pagadas por la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

No encontrando vicios que puedan generar la ineficacia de lo actuado en primera instancia y surtido el término previsto en el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007 se profiere la

SENTENCIA No. 171

PROBLEMAS JURÍDICOS

En atención al recurso de apelación interpuestos por la parte demandante y EMSIRVA ESP EN LIQUIDACIÓN, el **PROBLEMA JURÍDICO PRINCIPAL** que deberá dirimir esta Sala gira en torno a establecer si es compatible la pensión de jubilación otorgada por EMSIRVA con la pensión de vejez reconocida al actor por el otrora ISS hoy COLPENSIONES.

Asimismo, se estudiará si es procedente declarar la prescripción en este asunto frente a las mesadas cobradas administrativamente por EMSIRVA al señor MELQUICEDEC GAVIRIA ALBAN.

La sala defiende la tesis que: (i) atendiendo lo pactado en el laudo arbitral, base de la pensión de jubilación reconocida al actor por EMSIRVA, la naturaleza de dicha prestación es compartida y no compatible, (ii) No hay lugar a declarar en esta sede judicial la prescripción de los mayores valores que canceló EMSIRVA al demandante, dado que dicha excepción es rogada y la misma no fue propuesta por la parte activa, no fue materia del litigio tal conflicto y no es esta la jurisdicción competente para resolver tal asunto.

CONSIDERACIONES

Compatibilidad pensión de vejez y pensión de jubilación anterior al 17 de octubre de 1985

En el caso bajo estudio se encuentra probado que al señor MELQUICEDEC GAVIRIA ALBAN se

le reconoció por parte de EMSIRVA ESP EN LIQUIDACIÓN pensión de jubilación a través de la resolución No. 1502 del 19 de agosto de 1970 (fl. 11-12 PDF1 cuaderno juzgado), a partir del 1 de agosto de 1970, en cuantía inicial de \$1.199,40, atendiendo lo dispuesto en la ley 171 de 1961 y el laudo arbitral.

Asimismo, se evidencia que el otrora ISS a través de la resolución No. 976 del 23 de abril de 1987 (fl. 14-15 PDF1 cuaderno juzgado), le otorgó al actor la pensión de vejez a partir del 18 de agosto de 1986 en cuantía de \$16.812.

Además, se extrae de la historia laboral emitida por COLPENSIONES que el señor MELQUIACEDEC GAVIRIA ALBAN cotizó un total de 1236 semanas, así:

[2] Nombre o Razón Social	[3] Desde	[4]Hasta	[5] Último Salario	[6]Semanas	[7]Lic	[8]Sim	[9]Total
EMSIRVA	23/06/1967	31/12/1970	\$ \$1.290	184,00	0,00	0,00	184,00
CORP C DE CAZADORES	01/11/1974	31/12/1994	\$ \$98.700	1052,29	0,00	0,00	1.052,29
EMSIRVA E S P	01/02/2004	31/07/2006	\$ \$0	0,00	0,00	0,00	0,00
EMSIRVA ESP	01/09/2006	31/05/2015	\$ \$0	0,00	0,00	0,00	0,00
[10] TOTAL SEMANAS COTIZADAS:							1.236,29

Igualmente se encuentra resolución No. 100.0.27.081 del 4 de junio de 2015 (fl. 81-82 PDF6 cuaderno juzgado), mediante la cual EMSIRVA procedió a compartir la pensión de jubilación con COLPENSIONES, ordenando que se aplicara los descuentos a la prestación por concepto de los mayores valores recibidos desde el 18 de agosto de 1986 hasta el 30 de junio de 2015. Contra este acto administrativo se presentó revocatoria directa, la que fue resuelta en la resolución No. 100.0.27.036 del 13 de abril de 2016 (fl. 20-23 PDF1 cuaderno juzgado), que confirmó la decisión.

Sobre la compatibilidad de las pensiones de jubilación otorgadas con anterioridad al 17 de octubre de 1985, debe precisarse que, al tratarse precisamente de una prestación voluntaria o negociada por las partes, ellas mismas tienen la facultad de disponer su compatibilidad o no. Así las cosas, serán compatibles, pero si empleador y trabajador disponen lo contrario a ello deberán atenerse.

Al respecto se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 705-2023 en la que se dijo:

*"esta Corporación de forma uniforme, pacífica y reiterada ha sostenido que las pensiones extralegales causadas antes del 17 de octubre de 1985 son, por regla general, compatibles con la de vejez que otorga el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, **a menos que las partes hayan dispuesto lo contrario a través de convención colectiva de trabajo o laudo arbitral**. Así lo señaló, entre otras en sentencia CSJ SL4365-2016, en la que rememoró la CSJ SL, 9 ago. 2005 rad. 26035, reiterada en CSJ SL, 25 may. 2010, rad. 37217, así como en la CSJ SL, 17 may. 2005, rad. 252512". (negrita de la Sala)*

En el caso concreto se tiene que la pensión de jubilación otorgada al actor por EMSIRVA se rigió por lo dispuesto en el laudo arbitral del 20 de diciembre de 1968 (fl. 95- PDF6 cuaderno juzgado), que dispone frente a la prestación lo siguiente:

"9.1.1.7 Cuando el ICS asuma el pago de las pensiones de jubilación, Emsirva solamente completará el ciento por ciento (100%) de ellas".

Lo anterior denota con claridad que la pensión de jubilación fue creada con carácter compartido y no compatible, como pretende el recurrente activo se decrete, pues quedó pactado que una vez el Instituto de Seguros Sociales reconociera la pensión, EMSIRVA únicamente pagaría el mayor valor existente.

Es preciso señalar que en el *sub lite* no nos encontramos ante una prestación reconocida con posterioridad al **17 de octubre de 1985**, a la cual se aplica las disposiciones del artículo 5 del Acuerdo 029 del ISS – aprobado por el decreto 2879 de 1985 y el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 -aprobado por el Decreto 780 de 1990-, que puntualmente reglamentó la compartibilidad y dispuso la subrogación de la prestación otorgada por empleador que se encontraban registrados al otrora ISS, en virtud de la cual sí se exige que continuarán cotizando para los riesgos de invalidez, vejez y muerte hasta cuando el asegurado reuniera los requisitos exigidos para acceder a las pensiones por los diferentes riesgos. (Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, Sección Segunda. Expediente No. 7.481 del 26 de mayo de 1995, acta No. 34, Magistrado José Roberto Herrera Vergara).

De ahí que no sea exigible en el *sub lite* a EMSIRVAR ESP que continuara realizando aportes a pensión al accionante con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación con el fin que aquel consolidara su derecho a la pensión de vejez y en consecuencia el empleador pudiera subrogarse la prestación a su carga parcial o totalmente, pues como se ha reiterado, la compatibilidad de la pensión de jubilación y vejez viene dada desde la regulación de la prestación por jubilación en el laudo arbitral.

Reintegro de mesadas pagadas por EMSIRVA ESP al demandante

Pues bien, en este punto indica la recurrente pasiva que debe revocarse la decisión del juez de primera instancia dado que las resoluciones 100.0.27.081 del 4 de junio de 2015 (fl. 81-82 PDF6 cuaderno juzgado) y 100.0.27.036 del 13 de abril de 2016 (fl. 20-23 PDF1 cuaderno juzgado), tuvieron sustento en la ley.

Por su parte, el juez de primera instancia expuso que era procedente dar aplicación al fenómeno de la prescripción y por tanto se exigiría únicamente el retorno de aquellas mesadas que no estuvieran amparadas por el fenómeno extintivo.

Al remitirse la Sala al libelo introductor encuentra que una de las pretensiones de la demanda

fue:

"TERCERO: Condenar a la EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ASEO DE CALI-EMSIRVA EPS EN LIQUIDACIÓN representada legalmente por la Dra. YAHAIRA INDIRA DIAZ QUESADA o por quien haga sus veces, a la devolución de los valores descontados al señor MELQUISEDEC GAVIRIA ALBAN debidamente indexados".

Esta pretensión estaba ligada a que se reconociera la compatibilidad de la pensión de jubilación y la pensión de vejez, sin embargo, de la misma no se desprende en modo alguno que el accionante solicitara la prescripción de lo descontado por EMSIRVA por mayor valor pagado en virtud a que no se había aplicado la compartibilidad pensional.

Adicionalmente, considera esta Sala de decisión que no es la jurisdicción ordinaria laboral la competente para conocer respecto de la decisión que administrativamente tomó EMSIRVA a través de las resoluciones 100.0.27.081 del 4 de junio de 2015 (fl. 81-82 PDF6 cuaderno juzgado) y 100.0.27.036 del 13 de abril de 2016 (fl. 20-23 PDF1 cuaderno juzgado), pues la competencia para ello radica en la jurisdicción contencioso administrativa y es a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que podría obtenerse un pronunciamiento de la legalidad de las decisiones administrativas, en consecuencia, se determinaría la procedencia de la caducidad y adicionalmente de la existencia o no de buena fe por parte del pensionado al recibir dichas mesadas, llegándose incluso a que se exonere al demandante de los pagos imputados en sus mesadas de jubilación.

Se precisa que la determinación del juez de primera instancia de declarar la prescripción respecto de los mayores valores pagados por EMSIRVA con anterioridad al 30 de abril de 2012 extralimita las facultades del operador judicial dado que como lo ha reiterado la jurisprudencia constitucional y laboral, para que el juez laboral pueda hacer uso de las facultades *ultra y extra petita*, los hechos que las originen deben haber sido discutidos dentro del proceso, esto con el fin de que la parte contraria pueda hacer uso de su derecho de contradicción, y adicionalmente que tales hechos se encuentren debidamente probados en juicio¹, aspectos estos que no se cumplen en el *sub lite* pues no surgió como materia del litigio tal situación.

Por otro lado, se precisa que se acreditó por parte de EMSIRVA la legalidad de los argumentos en que sustentó la decisión de las resoluciones 100.0.27.081 del 4 de junio de 2015 (fl. 81-82 PDF6 cuaderno juzgado) y 100.0.27.036 del 13 de abril de 2016 (fl. 20-23 PDF1 cuaderno juzgado), pues en efecto como se dilucidó en líneas anteriores la pensión de jubilación por dicha entidad reconocida no es compatible con la de vejez otorgada por el otrora ISS, ello sin perjuicios de las acciones contencioso administrativas que pueda iniciar el señor MELQUICEDEC GAVIRIA ALBAN con el fin de definir si debe o no retornar los valores pagados por EMSIRVA.

¹ Ver entre otras, sentencia C-986 de 2003 y SL-4028 del 22 de febrero de 2017.

Corolario, habrá de revocarse parcialmente la sentencia de primera instancia respecto a la devolución de mayores valores pagados al actor por parte de EMSIRVA.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por haberle sido resuelto desfavorablemente el recurso de apelación y haber salido avante la alzada en favor de EMSIRVA, se fija como agencias en derecho en esta instancia el equivalente a UN (1) SMLMV.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR el numeral TERCERO de la sentencia No. 208 del 20 de septiembre de 2021 proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Cali y en su lugar ABSOLVER a EMSIRVA de la devolución de los valores excedentes en favor del actor.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, se fija como agencias en derecho el equivalente a UN (1) SMLMV.

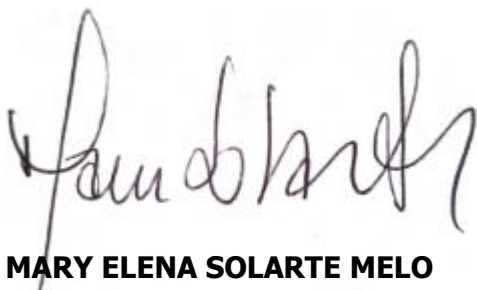
La anterior providencia se profiere de manera escrita y será publicada a través de la página web de la Rama Judicial en el siguiente enlace:
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-007-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/Sentencias>.

En constancia se firma.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA ALZATE VERGARA
Magistrada Ponente



MARY ELENA SOLARTE MELO



GERMAN VARELA COLLAZOS