

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI  
SALA PRIMERA DE DECISIÓN LABORAL

M.P. DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO

|                    |   |
|--------------------|---|
| <b>PROCESO:</b>    | Ordinario Laboral                                   |
| <b>RADICADO:</b>   | 76001-31-05-005-2014-00900-02                       |
| <b>DEMANDANTE:</b> | FELIPE MONTENEGRO                                   |
| <b>DEMANDADOS:</b> | COLPENSIONES y EMSIRVA ESP en liquidación           |
| <b>ASUNTO:</b>     | Apelación sentencia No. 189 del 24 de julio de 2018 |
| <b>JUZGADO:</b>    | Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali         |
| <b>TEMA:</b>       | Retroactivo pensión compartida                      |

**APROBADO POR ACTA No. 29**  
**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO No. 235**

Hoy, veintidós (22) de octubre de dos mil veinte (2020), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santiago de Cali, Sala Primera de Decisión Laboral integrada por los magistrados **Dr. CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA, Dra. MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA** y como ponente **Dr. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**, se constituye en audiencia pública de juzgamiento, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia N° 189 del 24 de julio de 2018, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad dentro del proceso ordinario promovido por **FELIPE MONTENEGRO** contra **COLPENSIONES y EMSIRVA ESP en liquidación**, radicado **76001-31-05-005-2014-00900-02**.

Seguidamente se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, la cual se traduce en los siguientes términos,

**S E N T E N C I A No. 234**

**1) ANTECEDENTES**

El señor FELIPE MONTENEGRO instauró demanda ordinaria laboral de primera instancia contra COLPENSIONES y EMSIRVA ESP en liquidación, con el fin de obtener el retroactivo por valor de \$47.992.739 que fue reconocido por el Instituto de Seguros Sociales en la Resolución No. 001096 de 2010, mediante la cual le otorgó la pensión de vejez, además pretende el pago de los intereses moratorios y las costas del proceso.

En virtud del principio de la economía procesal no se estima necesario reproducir los antecedentes fácticos relevantes y procesales, los cuales se encuentran a folios 9-11 demanda, 16-30 contestación de la demanda de Emsirva ESP en liquidación, y 134 a 137 contestación de Colpensiones.

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali decidió la primera instancia mediante sentencia No. 189 del 24 de julio de 2018, en la que resolvió absolver a Colpensiones de las pretensiones incoadas por el demandante; ordenó a Colpensiones a pagar el retroactivo pensional por valor de \$47.992.739 a favor de la empresa Emsirva ESP en liquidación, sin imponer condena en costas.

La *a quo* para fundamentar la decisión señaló que al haberse reconocido al demandante la pensión de jubilación por parte de Emsirva ESP en liquidación, después del 17 de octubre de 1985, la misma es compartible con la pensión de vejez que le fue reconocida por el entonces Seguro Social, y que al haber sido la pensión de vejez inferior a la que venía pagando el empleador, el retroactivo le corresponde a este último, por venir sufragando el pago íntegro de la obligación, por lo que ordenó el pago del retroactivo que había dejado en suspenso la administradora de pensiones en favor del empleador.

## **2) RECURSO DE APELACIÓN**

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, señalando que no se tuvo en cuenta que la pensión que tenía el demandante era una pensión convencional, y no legal, además, que en la Circular VP502 del Seguro Social se estipuló que el retroactivo sería girado en principio al trabajador, excepto que haya autorizado el giro al empleador o se presente controversia entre empleador y trabajador, por lo que señala no comparte la decisión adoptada, precisando que si no fuera en esas condiciones, el trabajador no tendría nada que autorizar frente a la empresa.

## **3) ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Mediante auto del 17 de septiembre de 2020, se ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión.

Dentro de la oportunidad, la parte demandante sostiene que el *A quo* no tuvo en cuenta que venía disfrutando de una jubilación de carácter convencional y mucho tiempo después el ISS le otorga la pensión de vejez, por ello, asegura que tiene derecho a recibir la totalidad del retroactivo pensional, más cuando es necesaria su aprobación para el pago del ISS a la empleadora.

Por su parte, la entidad demandada Emsirva, argumenta que la pensión otorgada al actor tiene carácter de compartida, debido a que le fue reconocida la pensión de jubilación en virtud de la convención colectiva 1997-1999 y continuó cotizando al sistema hasta obtener la pensión de vejez por parte del ISS hoy Colpensiones. Por lo anterior, concluye que, el retroactivo, los intereses moratorios y la indexación deben ser girados en favor de la empleadora.

Finalmente, Colpensiones advierte que no es posible efectuar la suma de tiempos laborados en el sector público con las semanas cotizadas al ISS. Respecto al pago del retroactivo, señala que no obra documento idóneo para realizar el reconocimiento y consignación por dicho concepto dejado en suspenso por cuanto debe existir declaración por parte del patrono Emsirva ESP.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde, previas las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

La sentencia apelada debe **CONFIRMARSE** son razones:

## 1. COMPARTIBILIDAD PENSIONAL

Atendiendo lo establecido el artículo 5° del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, las pensiones de jubilación reconocidas por los empleadores a partir del 17 de octubre de 1985, por regla general son compartibles con las pensiones que reconoce el ISS hoy Colpensiones.

En igual sentido el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, estableció en sus artículos 16 y 18 la compartibilidad de las pensiones legales y extralegales, respectivamente, ratificando lo dispuesto en el Acuerdo 029/85 sobre la obligación del empleador de cancelar el mayor valor entre la pensión otorgada por el ISS hoy Colpensiones, y la que venía cancelando el patrono.

Así pues, la compartibilidad se origina cuando el empleador continúa con la obligación de pagar el mayor valor de la pensión, ya que la subrogación total por parte del ISS- Colpensiones, solo se produce cuando el monto de la pensión de vejez supera el valor de la pensión de jubilación.

## 2. CASO EN CONCRETO

En el presente asunto se observa que al demandante le fue reconocida pensión de jubilación por parte de Emsirva ESP mediante Resolución No. 002581 del 22 de octubre de 1997, en cuantía mensual de \$455.263, a partir del 17 de septiembre del mismo año (fl.74-75); así mismo, que el entonces Seguro Social, le reconoció pensión de vejez mediante Resolución No. 001096 de 2010, a partir del 24 de agosto de 2004 en monto de \$534.048, sin embargo, dejó en suspenso el pago del retroactivo causado hasta el 28 de febrero de 2010, por valor de \$47.992.739, hasta tanto la justicia ordinaria dirimiera la controversia entre el afiliado y la empresa jubilante (fl.2-4).

Conforme a lo expuesto, estima esta colegiatura que la pensión de jubilación que disfruta el demandante es compartible con la pensión de vejez reconocida por el Seguro Social, dado que i) fue reconocida con posterioridad al 17 de octubre de 1985 -1997-, y ii) así lo estimó el empleador, nótese que Emsirva ESP estipuló en la resolución que reconoció la prestación *“ARTICULO TERCERO: Cuando al jubilado se le reconozca o tenga Pensión por el ISS, EMSIRVA sólo cancelará el excedente de esta, hasta completar el 100% de la Pensión de jubilación que viene o va a devengar”* (fl.74).

Así las cosas, y dado que la pensión de vejez reconocida por el Seguro Social, resultó inferior a la que venía pagando el empleador (fl.4 y 62) -conforme al anexo-, considera esta Colegiatura que el demandante no tiene derecho al reconocimiento del retroactivo pretendido, si se tiene en cuenta que el mayor valor venía siendo asumido por Emsirva ESP en virtud de la pensión de jubilación, por ende, el pensionado no sufrió afectación, pues se reitera esa parte de la mesada ya la había recibido en exceso por parte del patrono.

### Anexo

| AÑO  | % REAJUSTE | MESADA EMSIRVA | MESADA ISS |
|------|------------|----------------|------------|
| 1997 |            | \$ 455.263     |            |
| 1998 | 17,68%     | \$ 535.753     |            |
| 1999 | 16,70%     | \$ 625.224     |            |

|      |       |    |           |            |
|------|-------|----|-----------|------------|
| 2000 | 9,23% | \$ | 682.933   |            |
| 2001 | 8,75% | \$ | 742.689   |            |
| 2002 | 7,65% | \$ | 799.505   |            |
| 2003 | 6,99% | \$ | 855.390   |            |
| 2004 | 6,49% | \$ | 910.905   | \$ 534.048 |
| 2005 | 5,50% | \$ | 961.005   | \$ 563.421 |
| 2006 | 4,85% | \$ | 1.007.614 | \$ 590.747 |
| 2007 | 4,48% | \$ | 1.052.755 | \$ 617.212 |
| 2008 | 5,69% | \$ | 1.112.656 | \$ 652.331 |
| 2009 | 7,67% | \$ | 1.197.997 | \$ 702.365 |
| 2010 | 2,00% | \$ | 1.221.972 | \$ 716.412 |

Ahora, en lo que se queja el recurrente, relativo a que la juez no tuvo en cuenta que la pensión de jubilación reconocida era convencional, estima la Sala que para este caso en particular, en nada cambia la decisión adoptada pues, en efecto, la prestación se reconoció en virtud de la aplicación de la Convención Colectiva 1997-1998 que se encontraba vigente (fl.69), sin embargo, en el texto de la misma (fl.436) no se estipuló la prohibición de la compartibilidad -situación que tampoco invocó el demandante-, caso en el cual, sí procedería el pago del retroactivo al demandante, conforme al parágrafo del art. 18 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Las consideraciones expuestas resultan suficientes para confirmar la sentencia proferida por el juez de primera instancia, debiéndose imponer costas en esta instancia a la parte recurrente.

Por lo expuesto la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

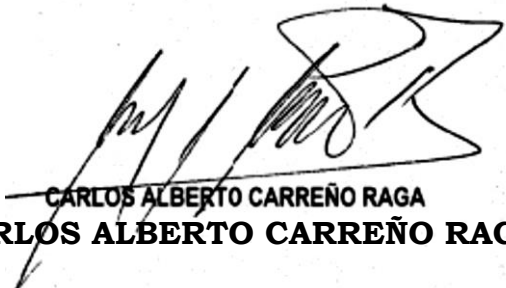
### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia apelada.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante. Fijense en esta instancia como agencias en derecho la suma de \$200.000.

Los Magistrados,

  
**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

  
**CARLOS ALBERTO CARREÑO RAGA**

  
**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
**MARÍA NANCY GARCÍA GARCÍA**  
Se suscribe con firma escaneada por salubridad pública  
(Art. 11 Dcto 491 de 2020)