



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4



OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL5487-2019

Radicación n.º 69473

Acta 044

Bogotá, DC, diez (10) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

Decide la sala el recurso de casación interpuesto por la **ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA ESP, ELECTRICARIBE SA ESP**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 8 de julio de 2013, en el proceso que **NEIDA ISABEL MARTÍNEZ PACHECO** instauró contra la impugnante.

I. ANTECEDENTES

Neida Isabel Martínez Pacheco llamó a juicio a la Electrificadora del Caribe SA ESP, en adelante Electricaribe, con el fin de que se le reconociera y pagara las sumas de dinero descontadas de las mesadas de la pensión de jubilación convencional o voluntaria reconocida por la Electrificadora de Bolívar SA ESP y asumida por Electrocosta, luego Electricaribe, por aplicación errónea de la figura de la compartibilidad de dicha pensión con la de vejez que le paga el ISS, desde que fue compartida por la accionada, según carta del 30 de noviembre de 2005, incluyendo primas, mesadas convencionales, legales y demás erogaciones a las que tuviera derecho.

Pidió también:

[...] la suma de dinero que le viene siendo descontada de la mesada de su pensión de jubilación convencional por la demandada, a partir del mes de DICIEMBRE DE 2005, (sic) sin desconocer la solicitud de devolución de fecha 30 de noviembre de 2005 que ordena devolución de (sic) 34.480.800 pesos desde diciembre hasta noviembre de 2005), por concepto de la figura conocida con el nombre de pensión compartida, ya que dicha COMPARTIBILIDAD no se aplica a mi poderdante, teniendo en cuenta que convencionalmente su pensión VITALICIA se reconoció en una suma equivalente al 100% del salario promedio devengado en su último año de servicio, sin tener en cuenta la pensión de vejez que le reconoce el ISS, porque así lo consagra la convención colectiva 1976 - 1978 y 1982 - 1983. En (sic) sus artículos 5to y 20 respectivamente. -

Sobre esas sumas de dinero reclamó el reajuste de acuerdo con el IPC más los intereses moratorios, además de la devolución de las sumas descontadas por pago excesivo de la mesada, según carta del 30 de noviembre de 2005, en

la que se solicitó la devolución de \$34.480.000. Además, reclamó la indemnización moratoria del artículo 65 del CST al haberse aplicado unilateralmente la compartibilidad de la pensión, o en caso de no prosperar esta última, el pago de los intereses corrientes legales. Finalmente, solicitó las costas del proceso.

En lo que en rigor interesa al recurso extraordinario, planteó como fundamentos fácticos que laboró al servicio de Electrificadora de Bolívar, hoy Electricaribe, desde el 1 de abril de 1968 hasta el 16 de mayo de 1998, fecha en que adquirió la pensión convencional; que mediante la Resolución n.º 1152 del 24 de julio de 1998 le fue reconocida la pensión de jubilación convencional a partir del 17 de mayo de la misma anualidad, y se le informó que el reconocimiento de esta prestación se haría hasta cuando el ISS le concediera la pensión de vejez, fecha desde la cual la empresa pagaría únicamente el mayor valor, si lo hubiere.

Sostuvo que a través de la Resolución n.º 003490 de 2003, el ISS le concedió la pensión de vejez, a partir del 19 de octubre de 2002, y que la demandada, desde el mes de diciembre de 2005 decidió, unilateralmente, deducir del valor de la pensión convencional lo correspondiente al monto que le fue reconocido de la pensión de vejez; luego dijo que la pensión empezó a ser compartida por la empleadora desde el «[...] mes de Abril de 2010», violando el artículo 5º de la convención colectiva de trabajo 1976 – 1978.

Aseveró que, de conformidad con lo establecido en el artículo 5º de la convención colectiva celebrada en los años de 1976-1978, así como en el artículo 20 del texto convencional pactado en 1982-1983, la pensión convencional cancelada por Electricaribe SA ESP era compatible con la de vejez otorgada por el ISS, en concordancia con lo establecido en el parágrafo del artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

La entidad demandada, al contestar, se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra. Frente a los hechos, manifestó que eran ciertos los relacionados con los extremos temporales de la relación laboral, el reconocimiento pensional convencional, la obtención de la pensión de vejez por parte del ISS, y la disminución de que fue objeto el monto del derecho prestacional reconocido por la empresa. Frente a los demás, dijo que no eran ciertos, o que eran pretensiones o juicios valorativos del promotor del proceso.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de causa para pedir y falta de legitimación tanto por activa como por pasiva.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, mediante fallo del 19 de septiembre de 2012, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR no probadas las EXCEPCIONES DE FONDO DE FALTA DE LEGITIMACIÓN TANTO POR ACTIVA COMO POR PASIVA E INEXISTENCIA DE CAUSA PARA PEDIR interpuestas por a (sic) demandada ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA ESP-ELECTRICARIBE SA ESP, previas las motivaciones de la sentencia.

SEGUNDO: CONDÉNESE a la demandada ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA ESP-ELECTRICARIBE SA ESP, a seguir pagando la totalidad de la mesada pensional de jubilación convencional reconocida a la demandante NEYDA ISABEL MARTÍNEZ PACHECO identificada con CC N° 33.124.615, a partir de diciembre 1° de 2005, en cuantía inicial de \$1.519.540, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENESE (sic) a la demandada a pagar a el (sic) demandante las mesadas pensionales retroactivas, en la cuantía de CIENTO TREINTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS NOVENTA Y DOS MIL SETECIENTOS UN MIL PESOS MCTE (\$136.992.701), generadas en el periodo de diciembre 1° de 2005 hasta los efectos fiscales de septiembre 31 de 2012, y a continuar con el pago de las mismas hasta que cese la compartibilidad, previas las motivaciones de este proveído.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar al demandante la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS MCTE (\$344.388.241, por concepto de INDEXACIÓN.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

SEXTO: CONDENAR a la demandada ELECTRIFICADORA DEL CARIBE SA ESP en costas a favor de la parte demandante. Señálese como agencias en derecho el 5%, sobre la condena, la cual se incluirá en la liquidación del crédito que hará la secretaria (sic) de conformidad con el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante fallo del 8 de julio de 2013,

confirmó la decisión de primer grado y se abstuvo de condenar en las costas del recurso.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el tribunal consideró como fundamento de su decisión:

[...] el problema jurídico sería establecer [...] las disposiciones aplicables a la situación pensional del actor, y [...] examinar si es o no compatible la pensión de vejez otorgada por el ISS y la convencional reconocida por el empleador.

La tesis de la sala [...] la actora tiene derecho a que se declare la compatibilidad de la pensión convencional otorgada por el empleador y la de vejez reconocida por el ISS, en razón a que le es aplicable el artículo 5º del Decreto 2879 de 1985 y no el Decreto 813 de 1984, que fue sustituido por el Decreto 1160 de la misma anualidad, como lo señala el demandante, por lo tanto, el fallo será confirmado.

[...] los fundamentos, tanto normativos como jurisprudenciales: el artículo 5º del Decreto 2878 de 1985; artículo 16, 17 y 18 del Acuerdo 049 de 1990; artículo 26 de la Ley 100 de 1991 (sic); artículo 12 de la Ley 6ª del 45, artículo 193 y 259 CST [...]; Acuerdo 029 de 1985; sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de fecha 22 de agosto del 2007, la radicación es 29543.

[...] se encuentra acreditado que a la demandante le fue reconocida pensión de jubilación convencional mediante resolución de fecha 27 de julio de 1988, por parte de la entidad demandada y que en aquel entonces era la Electrificadora de Bolívar, con fundamento en la convención colectiva 1976-1987 (sic), en su artículo 5º (folio 11 al 12); que mediante resolución del 24 de noviembre 2003 el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del primero de diciembre de 2003; se encuentra acreditado (sic) convención colectiva, con constancia de depósito en el término legal, 1976-1978 (folios 181 al 192) e igualmente convención colectiva 1982-1983, con su constancia de depósito, igualmente se hizo dentro del término legal, así aparece el folio 234-249.

Para resolver entonces tenemos que el apelante nos dice que el actor (sic) no es beneficiario del Decreto 758 de 1990 para efectos de colegir la compatibilidad de la pensión convencional otorgada por ellos y la de vejez, por el ISS, puesto que por ser servidor estatal la disposición aplicable es el artículo segundo del Decreto 1160 de 1994; se debe precisar que la implantación del régimen

de prestaciones sociales a cargo de empleadores fue previsto como un amparo transitorio o provisional por el artículo 12 de la Ley 6ª de 1945, regulado por la Ley 90 de 1946 y el artículo 193 y 259 del CST; tales normatividades disponen que las prestaciones sociales comunes dejarían de estar a cargo de los patrones y empresarios cuando el Instituto de Seguros Sociales asumiera los respectivos riesgos laborales; es así como el ISS se convierte en subrogatorio (sic) de los empleadores en la atención de los riesgos propios de los empleados.

A juicio de esta sala no tienen asidero jurídico los argumentos esgrimidos por el apoderado de la entidad demandada, consistente en que la pensión reconocida por la Electrificadora de Bolívar, como se llamaba en aquel entonces, al actor, es incompatible con la de vejez que le fue reconocida por el ISS, teniendo en cuenta la calidad de servidor público del actor, pues si bien el ISS se convierte en subrogatorio (sic) de los empleados en atención de los riesgos propios de los empleadores, tal situación es [...] en el caso de los trabajadores oficiales. Es cierto que para el caso de los trabajadores oficiales no operó la subrogación prevista para los trabajadores particulares; considera esta sala que ello no es obstáculo para que se dé la compatibilidad de pensiones para esta clase de trabajadores, sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral se ha pronunciado, así tenemos la sentencia de fecha agosto 18 del 2004, se plasman apartes de la misma y se abren comillas [...].

Atendiendo lo anterior, surge como normatividad (sic) aplicable el artículo 5º del Decreto 2879 de 1985 y los artículos 16, 17 y 18 del Acuerdo 049 de 1990, y no el Decreto 813 de 1994, derogado por el Decreto 1160 de 1994, como lo sugiere el apelante, pues tal norma reguló el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no derogó, ni expresa ni tácitamente, ni modificó lo relacionado con la compatibilidad de las pensiones convencionales reguladas en los acuerdos citados y por ello siguen vigentes, en este orden de ideas el Decreto 2879 de 1995, expresamente sobre el tema consagra lo siguiente [...].

Posteriormente el Acuerdo 049 de 1990, que fue aprobado por el Decreto 789 (sic) del mismo año, relativo a la compartibilidad de pensiones extralegales, no introdujo modificaciones sobre el mismo (sic), sobre las pensiones consagradas en el Acuerdo 029 de 1985 y ambas consagran la subrogación total o parcial, según el caso, de la presión extralegal o voluntaria de jubilación que el empleador otorgue a sus trabajadores, por la de vejez que reconozca El ISS; así las cosas, el tema de las pensiones compartidas entre empleador y el Instituto de Seguros Sociales tiene distintos tratamientos según el ámbito temporal de su presencia, es decir, según la situación planteada o sometida a estudio haya ocurrido antes o después del Acuerdo 029 de 1985, y más específicamente a partir del 17 de octubre de 1985, fecha

en que fue publicado el Decreto 2879 de 1985 en el Diario Oficial, el cual aprobó el citado Acuerdo 029 de 1988 (sic).

De acuerdo con lo anterior, las pensiones extralegales reconocidas con anterioridad a la vigencia del citado precepto, o sea antes del 17 de octubre 1985, por regla general son compatibles con las de vejez reconocidas por el ISS al beneficiario de aquella, a menos que por voluntad de las partes se haya acordado la incompatibilidad de pensiones. En cambio, son [...] compartibles las pensiones extralegales cuando se causan con posteridad al Decreto 2879 de 1985, es decir, desde el 17 de octubre de dicho año en adelante, si el trabajador continúa afiliado al ISS en vejez, invalidez o muerte, salvo cuando las partes acuerden que la pensión voluntaria otorgada por el empleador sea concurrente con la [...] del Seguro Social

De acuerdo al acervo probatorio, la Electrificadora de Bolívar fue la que reconoció la pensión convencional al actor, a partir del 17 de mayo de 1988, así aparece en los folios documentales 11 y 12, y lo hizo con fundamento en el artículo 5º de la convención colectiva 1976-1977, articulado que fue establecido en la convención colectiva 1982-1983, rezando su tenor de la siguiente manera: [...]. De suerte que la pensión convencional de la actora también se encuentra cobijada por esta disposición convencional, por tanto, al reconocerle el ISS, mediante Resolución 003490 del 24 de noviembre de 2003, pensión de vejez a la señora Neida Martínez Pacheco (folio 14), ambas pensiones gozan del carácter de compatibilidad, conforme a lo anteriormente señalado, por ende, el sustento del apelante dirigido a que la pensión otorgada por el demandado es compatible con la reconocida por el ISS, no lleva a revocar los puntos que hace alusión el demandante.

Se insiste de que lo que buscaba el apelante era que se considerara de que las pensiones, tanto la convencional que reconocieron ellos, como la del ISS, eran compartidas, y esta sala ha considerado que no, que son compatibles, hay que pagar ambas, y bajo eso, entonces, buscaba que se revocarían todos los puntos que tenían una consecuencia de la primera declaración, que la primera instancia hizo en su sentencia.

Teniendo cuenta la línea jurisprudencial, es fácil inferir que no tiene razón el apoderado de la parte demandada, ya que la pensión de jubilación que Electrificadora de Bolívar le reconoció al actor no fue de carácter legal, sino convencional, como quedó establecido anteriormente, y siendo así, resultaba indiferente que al momento en que le fue reconocida la misma, ostentaba la calidad de trabajador oficial para establecer si esta pensión era o no compatible; de esta manera entonces la sala le ha dado respuesta a las sustentaciones hechas por la parte demandada, cuando interpuso recurso de apelación, razón por la cual considera esta judicatura que fue atinada la decisión de la juez de primera instancia al determinar qué son compatibles dichas

pensiones y en consecuencia, confirma la sentencia de la juez natural. Sin costas en esta segunda instancia porque no se causaron.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandada, concedido por el tribunal y admitido por la corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la corte case la sentencia impugnada, en cuanto confirmó las condenas impuestas por el *a quo*, para que, en sede de instancia, revoque los ordinales 1º, 2º, 3º, 4º y 6º de la parte resolutive del fallo de primera instancia, y, en su lugar, absuelva a la parte impugnante de todas las pretensiones.

Con tal propósito formuló tres cargos, por la causal primera de casación, que fueron objeto de oposición, y que se resolverán de manera conjunta, dado que comparten finalidad, elenco jurídico demandado y se complementan en sus argumentos.

VI. CARGO PRIMERO

Acusó la sentencia impugnada, por la vía directa, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 21 del Acuerdo 155 de 1963, aprobado por el Decreto 3170 de 1964, 8º del Decreto 433 de 1971, 5º del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el artículo 1º del Decreto 2879 de 1985,

18 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el artículo 1º del Decreto 758 de 1990, 11 y 60 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 de 1966, 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, al igual que los artículos 259, 260 y 467 del CST, artículo 13 literal j) de la Ley 100 de 1993; artículo 42 del Decreto 2665 de 1988, artículo 10 de la Ley 776 de 2002, artículo 8º de la Ley 153 de 1887, lo que dio lugar a incurrir en infracción directa del artículo 48 de la CN, en lo tocante con la modificación introducida por el Acto Legislativo 01 de 2005.

En la demostración del cargo dijo que no estaba en duda que la demandante obtuvo el reconocimiento, tanto de la pensión de jubilación a cargo del empleador, como de la de vejez de origen legal que correspondía al ISS.

Según el recurrente, el tribunal dedujo que, a pesar de la subrogación de la entidad demandada en el riesgo pensional, eran aplicables el artículo 5º del Decreto 2897 de 1985 y los pertinentes del Acuerdo 049 de 1990, por estar acreditado que en la convención colectiva de trabajo se acordó que la pensión de origen extralegal se reconocería sin tener en cuenta la pensión de vejez del ISS.

Luego explicó que las pensiones de origen extralegal no eran susceptibles de existir indefinidamente, en forma independiente, como lo definió el tribunal, porque el Acto Legislativo 01 de 2005 ordena *«[...] contextualizar la realidad de esas pensiones a cargo del empleador, prestaciones cuya negociación en su momento obedeció a unas medidas de*

emergencia transitoria, destinadas a desaparecer gradualmente», cuando el riesgo pensional fuera subrogado en el ISS, esto es, cuando el trabajador reuniera los requisitos exigidos por los acuerdo que regían a esa entidad en materia pensional.

Explicó que, como el empleador cumplió con la obligación legal de afiliar a sus trabajadores y pagó sus aportes, la carga pensional a favor de estos quedó a cargo de las entidades de sistema, pues la Ley 90 de 1946 concibió el reemplazo de la pensión de jubilación por el seguro de vejez, de manera que la primera era una obligación que quedaba subrogada en el segundo y así lo reafirmó el Acuerdo 224 de 1966, luego, cumplidos los requisitos para la pensión legal de vejez, dicho patrono puede dejar de pagar la pensión jubilatoria, en cuanto la administradora pensional asuma su carga pensional.

Por el contrario, si una prestación extralegal tuvo razones distintas a las de la cobertura del riesgo de vejez, evento en el cual podría admitirse la dualidad pensional, pero si las dos pensiones cubren la misma contingencia, como en el caso bajo estudio, *«[...] no es posible legalmente desde ninguna arista, el pago simultáneo de las dos pensiones, es decir, el 100% de la que paga el empleador, y el 100% de la que reconoce la entidad pertinente del Sistema»*, pues la idéntica cobertura del riesgo de la pensión legal elimina la posibilidad de la compatibilidad pensional.

Argumentó que ni en la Ley 90 de 1946, ni en el Acuerdo 244 de 1966 quedó excluida la figura de la compartibilidad pensional; agregó que el soporte de las pensiones extralegales *«[...] no es jurídico, sino histórico, pues se ubica en la desmesurada lentitud del ISS en implementar el cubrimiento del riesgo de vejez»* e indicó que el Acto Legislativo 01 de 2005 fulminó las pensiones extralegales, incluidas las de origen convencional, de manera que al presente asunto se puede aplicar la compartibilidad pensional, para dar cumplimiento al mandato constitucional que eliminó las pensiones especiales o excepcionales, y que tiene efecto inmediato.

Precisó que, si bien existía una etapa de transición en cuanto a la operatividad de la enmienda constitucional indicada, ello obedeció a expresiones de pensiones puntuales no extensibles a otras y porque *«[...] no es posible argumentar el efecto del derecho adquirido, si entre los elementos de causación y la norma superior hay discrepancia»*, pues en ese caso se está en presencia de la inconstitucionalidad sobreviniente.

Finalmente, aunque convino en que solo a partir del 17 de octubre de 1985 se inició la compartibilidad de las pensiones extralegales, ello solo resultaría aplicable únicamente a aquellas pensiones que no corresponden a una prestación dirigida a cubrir el riesgo de vejez, pero como la de la actora tiene esa característica, quedó cobijada por la subrogación prevista en la Ley 90 de 1946, que por

ser anterior a los acuerdos del ISS de 1985 y 1990, debe ser aplicada en este evento.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusó la sentencia de violar por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, los artículos 60 y 61 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966; 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, 50 del Acuerdo 29 de 1985 del ISS, aprobado por el artículo 10 del Decreto 2879 del mismo año; 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad; 42 del Decreto 2665 de 1988, 13 literal j) de la Ley 100 de 1993 y 10 de la Ley 776 de 2002, al igual que los artículos 259, 467, 468, 470, 480 del CST, 21 del Acuerdo 155 de 1963, aprobado por el Artículo 10 del Decreto 3170 de 1964, 80 de la Ley 153 de 1887 y 48 de la CN.

Dijo que el tribunal consideró que la actora merecía las dos pensiones, convencional y legal, dado que eran compatibles a la luz del artículo 5 de la convención colectiva de trabajo 1976 – 1977, lo que develaba un error, por las siguientes razones:

Pues bien, el desatino del Tribunal arranca de considerar solo la normatividad anterior a la ley 100 de 1993 para colegir que eran compatibles la pensión con apoyo convencional reconocida por la Electrificadora de Bolívar a la demandante en el presente asunto y la pensión por riesgo de vejez que el Instituto de Seguros Sociales le otorgó a la misma demandante en este proceso, sin que el sentenciador de la alzada tuviera en cuenta que al expedirse el sistema general de pensiones por la ley 100 de 1993, el tema pensional adquirió una nueva dimensión que parte desde los mismos postulados y se concretiza en una regulación

de contenidos diferentes a la precedente, en la que en principio si (sic) era posible arribar a conclusiones como la vertida en el fallo del sentenciador de segundo grado.

En gracia de discusión, podría decirse que antes de la expedición de la ley 100 de 1993, en principio, las pensiones de jubilación de carácter voluntario incluidas las convencionales, en las que no se había fijado plazo ni condición resolutoria, otorgadas antes del 17 de octubre de 1985, cuando se expidió el Acuerdo 029 de dicha anualidad, aprobado por el artículo 10 del Decreto 2879 de 1985, eran compatibles con la pensión que pudiera otorgar el Instituto de Seguros Sociales. Y aun después de esa fecha es dable pensar en la posibilidad de la mencionada compatibilidad al tratarse de derechos causados a favor de un trabajador y esa es la consecuencia que surgió del Acuerdo 29 de 1985. Sin embargo, otro pensamiento es el que se presenta referente a las pensiones reguladas por la ley 100 de 1993, especialmente lo previsto por el artículo 13 – J de dicha normativa, partiendo del hecho admitido según el cual la demandante fue pensionada a partir de 17 de mayo de 1998, es decir, con posterioridad a la expedición y vigencia de la ley 100 de 1993.

En efecto, desde el punto de vista teleológico es viable argumentar que entre los objetivos primordiales de la mencionada Ley 100 de 1993 al concebir el “Sistema General” de pensiones, están los de unificar el régimen pensional, evitar la duplicidad de pensiones y regular integralmente la materia. Tales propósitos dejarían de producir efecto, si aún después de la vigencia de la mencionada ley 100 de 1993, se continúa aplicando con criterios atávicos como el pretender la compatibilidad absoluta e indefinida de pensiones creadas con el mismo objetivo, cual es el de amparar a los trabajadores que por su avanzada edad o por quebrantos de salud o por riesgos generales o profesionales, no les es posible prestar el servicio personal para el cual han sido contratados por los respectivos empleadores o patronos.

En ese orden, en armonía con lo dispuesto por el Acuerdo 029 de 1985 del ISS, aprobado por el decreto 2879 de la misma anualidad y de lo previsto por el artículo 13 – J de la ley 100 de 1993, junto con su modificación por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, la pensión de jubilación extralegal reconocida por la Empresa a la demandante pasó a ser compartida con la pensión de vejez que le otorgó el Instituto de Seguros Sociales a aquella, según hecho admitido, dado que a partir de la vigencia de la mencionada ley, se cumplió con uno de sus objetivos, cual era la extinción de la duplicidad pensional, que corresponde al sentido teleológico que necesariamente debe imprimirse al nuevo Sistema de seguridad social integral frente a esta clase de pensiones extralegales, dado que tanto la pensión reconocida por el empleador como la pensión otorgada por el Instituto de Seguros

Sociales, se insiste, cubren sin duda alguna, el riesgo de vejez del trabajador subordinado o independiente.

VIII. CARGO TERCERO

Endilgó a la sentencia impugnada la infracción directa del artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el 1 del Decreto 2879 de 1985, y como consecuencia de ello, la interpretación errónea del artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el 1 del Decreto 758 de ese año.

Para dar sustento a este embate, indicó que el tribunal no aplicó la primera norma indicada, respecto de la compartibilidad de la pensión, por cuanto la prestación reconocida por el empleador debía ser asumida por el ISS, cuando ella reuniera los requisitos legales exigidos por dicho instituto para acceder a la pensión de vejez, de manera que la recurrente solo debía pagar el mayor valor entre la pensión extralegal y la del ISS, en caso de existir.

Explicó así su disenso:

En ese orden, partiendo del hecho admitido de que la demandante era afiliada al Instituto de Seguros Sociales, y que aquella reunió los requisitos legales para el otorgamiento de la pensión por parte de dicho Instituto, independientemente de que se tratara de prestación por vejez o por invalidez por riesgo común o profesional, es evidente y no queda duda alguna de que el sentenciador de la alzada incurrió en el desatino jurídico que se le atribuye, desacierto del Tribunal que incidió en la forma como decidió el asunto debatido, pues acreditado que la demandante recibía pensión del I.S.S., se insiste, independientemente de que se tratara de la de vejez o de invalidez por riesgo común o profesional, no debió el Tribunal condenar a la Electrificadora del Caribe a continuar pagando completa la pensión convencional de manera indefinida, ya que lo que correspondía era aplicar la limitación temporal y

económica al punto, pues se insiste, es evidente que Electricaribe quedó subrogada por el I.S.S. en el pago de la pensión reconocida inicialmente, quedando como se anotó anteriormente, a cargo de la Electrificadora del Caribe el valor mayor, si lo hubiere, entre la pensión que venía pagando ésta Empresa y la pensión que viene pagando el I.S.S. a la demandante en el presente asunto.

Por ello, al proferir el Tribunal la señalada condena, desconoció que, partiendo del hecho admitido que la demandante era afiliada al I.S.S., esa afiliación debía legalmente producir algún efecto frente a las obligaciones prestacionales en cabeza de la Electrificadora del Caribe, y más exactamente frente a la pensión extralegal que esta empresa venía pagando a la actora. Es decir, que esa afiliación al I.S.S. tiene implicaciones jurídicas de cara al eventual derecho que tales servidores tengan al reconocimiento de la pensión por las entidades que conforman

IX. RÉPLICA

Alegó que la pensión de jubilación convencional que la recurrente reconoció a su trabajadora nació con vocación de no ser compartida y fue contenida en la convención colectiva de trabajo antes del 17 de octubre de 1985, por lo que las disposiciones que regulan la compartibilidad pensional no tienen aplicación.

Recordó que esta corte ha definido que, si una pensión convencional fue reconocida antes de la última fecha aludida, y en el acto que le dio origen no se consignó su compartibilidad, esta última no puede aplicarse.

Luego se refirió a los derechos adquiridos en materia pensional, generados por acuerdos celebrados antes del Acto Legislativo 01 de 2005, para enmarcar el caso en ese precepto, conforme a citas jurisprudenciales de esta corporación.

Finalizó haciendo un recuento del caso y se limitó a establecer las razones por las cuales considera que debe obtener el reconocimiento de la compatibilidad pensional y pidió las costas a cargo de la entidad impugnante.

X. CONSIDERACIONES

Dada la vía directa por la que se dirigen los cargos, se admiten como supuestos fácticos no controvertidos, que la sociedad Electrificadora de Bolívar SA ESP, reconoció una pensión de jubilación de origen convencional a la actora mediante la Resolución n.º 1152 del 27 de julio de 1998, a partir del 17 de mayo del mismo año, la cual tuvo como fundamento el artículo 5 de la convención colectiva de trabajo 1976 – 1977, y que el ISS, hoy Colpensiones, a través de la Resolución n.º 003490 del 24 de noviembre de 2003, le reconoció la de vejez, a partir del 1 de diciembre de esa misma anualidad.

Establecida esa base, conforme a las pruebas recaudadas, la sala no puede pasar por alto que la parte recurrente no atacó, a través de la vía indirecta, los fundamentos fácticos de la sentencia del tribunal, lo que significa que dichos pilares quedaron libres de cualquier embate, de manera que, por sí solos, sostendrían la decisión de segunda instancia. Recuérdese que la corte ha estimado necesario refutar todos y cada uno de los argumentos de la sentencia impugnada, y en tal sentido, la corte ha dicho, en providencias como la CSJ SL351-2019:

[...], en la sentencia CSJ SL13058-2015, ha explicado la Sala lo siguiente:

La Sala reitera que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, exige el despliegue de un ejercicio dialéctico dirigido puntualmente a socavar los pilares de la sentencia gravada, porque en caso contrario permanecerá incólume, soportada sobre los cimientos que resultaron útiles al Tribunal para resolver el caso sometido a su consideración.

Corresponde entonces al censor identificar los soportes del fallo que controvierte y, consecuente con el resultado que obtenga, dirigir el ataque por la senda fáctica o la jurídica, o por ambas, en cargos separados, desde luego, si es que el fundamento de la decisión es mixto.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico, propio de las acusaciones, el tribunal no incurrió en yerro alguno al sostener que las pensiones convencionales reconocidas con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, son, en principio, compartidas con las que reconoce el ISS, salvo que se exprese en ellas mismas que son compatibles. Tal orientación es la que se deriva expresamente de lo plasmado en el artículo 5 de la referida normativa y es la que ha mantenido de manera invariable esta corporación, a través de su jurisprudencia (Ver las sentencias CSJ SL13190-2015 y CSJ SL498-2016, memoradas en la CSJ SL4437-2019, entre otras).

En este caso, el tribunal advirtió que la pensión de la demandante se había concedido con posterioridad al 17 de octubre de 1985, por lo que, en principio, debía ser compartida con la reconocida por el ISS, sin embargo, también observó que las propias partes, a través del artículo 20 de la convención colectiva de trabajo vigente

para los años 1982-1983, que respetó lo acordado en la anterior, esto es, la vigente entre 1976-1977, habían pactado la *compatibilidad* al disponer que la pensión se otorgaría «[...] *sin perjuicio de las reconocidas por el seguro social*».

Al respecto, cabe destacar que esta sala ha analizado el artículo 20 de la convención colectiva vigente en la Electrificadora de Bolívar para los años 1982-1983, y ha concluido que la única interpretación razonable que de allí se deriva, es que las partes pactaron libremente la «*compatibilidad*» de las pensiones convencionales con las de vejez otorgadas por el ISS, de manera que excluyeron la condición de «*compartibilidad*» que se preveía en el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año. En la sentencia CSJ SL798-2013, reiterada en la SL498-2016, la corte adoctrinó:

Ahora bien, el artículo 20 de la Convención Colectiva de Trabajo de 1982-1983, que estimó aplicable el ad quem para el reconocimiento de la pensión de jubilación de los demandantes, establece; “Para efectos de la liquidación de la pensión de jubilación, de acuerdo al Artículo 5° de la Convención Colectiva 1976 – 1978, la Empresa reconocerá el ciento por ciento del salario promedio devengado por el trabajador en el último año de servicio, sin tener en cuenta la pensión de vejez que reconoce el I.S.S.”. (Resalta la Sala).

Examinada la norma transcrita, para la Sala es evidente que no surge un desatino fáctico ostensible capaz de generar el quiebre de la sentencia impugnada, toda vez que el discernimiento que refiere que “la pensión concedida por el ISS tiene carácter de compatible con la de Electricaribe s.a.”, conforme a lo allí enfocado, es la única interpretación que está acorde con el tenor literal de la cláusula convencional. En efecto, resulta claro que al incluirse la premisa de que la pensión de jubilación se reconocería y liquidaría “(...) sin tener en cuenta la pensión de vejez que reconoce el ISS (...)”, las partes que suscribieron el

acuerdo excluyeron la compartibilidad que se estatuyó como regla general a partir de la vigencia del A. 029/1985, aprobado por el D. 2879/1985.

De otro lado, en relación con la infracción directa de los artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, la corte ha sostenido que si bien en ellos se contemplaron los principios para lograr que el ISS asumiera los riesgos provenientes de las pensiones de jubilación, también lo es que ni siquiera en el Acuerdo 224 de 1966 se estableció alguna regla en virtud de la cual las pensiones voluntarias o extralegales reconocidas por el empleador debían ser compartidas con las de vejez que reconoce esa entidad, lo que solo ocurrió, como ya quedó dicho, y lo entendió el tribunal, con el Acuerdo 029 de 1985. La corte, en las sentencias CSJ SL 7960, 15 dic. 1995 y CSJ SL 46538, 8 jun. 2011, así se pronunció:

[...] “Una de las finalidades de la ley 90 de 1946 fue establecer un sistema de seguros sociales que reemplazara las prestaciones patronales de origen legal y que liberara al empleador del pago de determinados riesgos laborales para que fueran asumidos por el Seguro Social, sin que en el articulado de esa ley se consagrara disposición alguna que le impusiera al Seguro Social el pago de prestaciones surgidas del acto voluntario del patrono o del acuerdo individual o colectivo celebrado con sus trabajadores. La misma regulación legislativa está en las normas transitorias sobre subrogación de las prestaciones patronales por las del Seguro Social (CST, arts. 193 y 259; L. 6ª/45, arts. 12 y 13). En consecuencia, nada hay en la Ley 90 de 1946 o en el Acuerdo 224 de 1966 que la reglamentó, que permita deducir la existencia de un principio general sobre compartibilidad de la pensión de origen contractual o voluntaria con la pensión de vejez. De ahí que la jurisprudencia haya tenido en cuenta que si en las relaciones laborales el patrono se obliga de manera pura y simple por un acto o declaración de voluntad, asume esa carga prestacional de manera indefinida y sin restricciones o posibilidades de subrogación no estipuladas o no precisadas por quien se obliga, pues las modalidades que afectan el derecho, o sea la condición o el plazo extintivo o su resolución, son situaciones que exigen declaración expresa del obligado”.

En lo relacionado con el Acto Legislativo 01 de 2005, con el que, en sentir de la censura, «*se fulminaron las pensiones extralegales, incluidas las de origen convencional, pensiones que son consecuencia como antes se precisó, del absurdo de considerar que el cubrimiento del riesgo de vejez es función del empleador y no del Sistema de seguridad social Integral*», debe advertir la corte que si bien, en principio, dicho instrumento prohibió el pacto de pensiones en los convenios colectivos, dejó a salvo los derechos adquiridos antes de su vigencia, e igualmente reguló un régimen de transición en materia contractual convencional, frente a lo cual no se hizo esfuerzo argumentativo alguno en orden a demostrar la alegación que se hizo.

A más de lo dicho en precedencia, debe recordarse que esta corte ha sostenido que, aun cuando la regla general es que las prestaciones pensionales extralegales, otorgadas con posterioridad al 17 de octubre de 1985, comportan el carácter de compartibles, con ocasión de lo previsto por el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de igual anualidad, y el Acuerdo 049 de 1990, dicha circunstancia no obsta para que las partes pacten su compatibilidad, pues no existe restricción alguna frente a un acuerdo de voluntades de tal connotación. Así lo asentó esta sala en la sentencia CSJ SL5529-2018, traída a colación en el fallo CSJ SL4927-2019, en la que dijo:

No sobra precisar que si bien los artículos 5 y 6 del Decreto 813 de 1994 y 45 del Decreto 1748 de 1995, establecen la compatibilidad de las pensiones de jubilación a cargo del

empleador con la vejez por cuenta del ISS, la norma inicialmente mencionada, establece que el primero deberá cotizar al ISS hasta tanto el trabajador cumpla con los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de vejez, quedando por su cuenta únicamente el mayor valor, si lo hubiera, entre la pensión otorgada por el instituto y la de jubilación que venía percibiendo, y que, además, para la financiación de la prestación que llegase a conceder el ISS, el empleador debe trasladar el valor correspondiente al bono pensional, ello, per se, no impedía que las partes en forma voluntaria, como en este caso a través de la convención colectiva de trabajo, dispusieran que la pensión a cargo del empleador fuera compatible con la de vejez.

En el mismo sentido, puede consultarse lo expuesto en el proveído CSJ SL4080-2018.

En ese orden, dentro de la presente controversia, según se dijo, no se suscita divergencia respecto de las motivaciones expuestas por el tribunal en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de jubilación extralegal a la actora, acorde con lo dispuesto en los artículos 5 y 20 de las convenciones colectivas vigentes para los años 1976-1978 y 1982-1983, siendo pertinente hacer alusión al criterio reiterado de la sala frente a esta preceptiva, según el cual el único y adecuado entendimiento que de ella se deriva, es la compatibilidad de las prestaciones deprecadas en atención al acuerdo libre y voluntario de las partes, a este respecto, excluyendo de tal modo la subrogación del empleador en el ISS, acorde a lo dispuesto en el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese año (ver CSJ SL4080-2018 y CSJ SL498-2016).

Finalmente, de cara a los argumentos expuestos respecto del Acto Legislativo 01 de 2005, es menester señalar que las previsiones allí estipuladas frente a las

prestaciones extralegales no cobijan la situación de la promotora, en tanto que su derecho a la pensión de jubilación se consolidó o se causó antes de la entrada en vigencia de dicha enmienda constitucional, y en esa medida, se generó para ella un derecho adquirido, en los términos del inciso 4º de la mencionada normativa. En ese sentido, en la sentencia CSJ SL6116-2017, iterada en la CSJ SL3244-2019, la sala sostuvo:

[...] Por último, en lo concerniente al reparo jurídico consistente en la infracción directa del Acto Legislativo 001 de 2005, sustentado en que se impuso una obligación con fundamento en la norma convencional cuando la reforma constitucional ordenó que las reglas pensionales previstas en la convención perderían vigencia el 31 de julio de 2010, no le asiste razón al recurrente, toda vez que las modificaciones introducidas por el mencionado Acto Legislativo en modo alguno aparejan la pérdida de los derechos adquiridos en vigencia de acuerdos colectivos y leyes anteriores, como lo es la compatibilidad pensional. Al respecto, la Sala en sentencia CSJ SL 29907, 3 abr. 2008, reiterada en CSJ SL34044, 20 oct. 2009, y CSJ SL13267-2016, dijo:

«Una vez más, la Corte precisa que los derechos adquiridos al abrigo de acuerdos jurídicos vigentes cuando entró a regir el Acto Legislativo 01 de 2005, permanecen indemnes y, por tanto, no pueden ser negados o transgredido. Entonces, la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones colectivas de trabajo, en pactos colectivos de trabajo, en laudos arbitrales y en acuerdos válidamente celebrados, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor.

Dicho de otra manera: los derechos adquiridos legítimamente continúan en cabeza de sus titulares, siguen formando parte de su patrimonio, así los actos jurídicos, a cuyo abrigo nacieron, hubiesen desaparecido del mundo jurídico.

En conclusión, aquí se trata de un pensionado que adquirió el derecho antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo No. 1 de 2005, cuyo parágrafo transitorio 2 lo protegió, como también lo hace el artículo 58 de la Constitución Política, lo que no puede ser de otra manera ni afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, circunstancias todas éstas que conducen a la improsperidad del cargo planteado por la recurrente».

Por lo dicho, en el presente caso, la pensión de jubilación a cargo de la enjuiciada es compatible con la de vejez que le otorgó el ISS, hoy Colpensiones, y en ese sentido, al no encontrar la sala razones para cambiar su pacífico y reiterado criterio jurisprudencial, se concluye que el tribunal no cometió los dislates jurídicos que se le endilgan, en cuanto determinó, conforme a las normas legales aplicables, que la pensión de jubilación convencional de la accionante era compatible con la de vejez reconocida por el ISS, al haber quedado establecida la expresa disposición de las partes en la convención colectiva, fuente del derecho pensional reconocido a ella por la impugnante.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la entidad recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de ocho millones de pesos (\$8.000.000), que se incluirán en la liquidación que el juez de primera instancia haga, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el ocho (8) de julio de dos mil trece (2013) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **NEIDA ISABEL**

MARTÍNEZ PACHECO contra **ELECTRIFICADORA DEL
CARIBE SA ESP, ELECTRICARIBE SA ESP.**

Costas, como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ