



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Referencia: Expediente No. 42849

Acta No. 09

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil doce (2012).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado judicial de **SIGIFREDO DE JESÚS OSORIO GIRALDO** contra la sentencia de 16 de julio de 2009, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario laboral promovido por el recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Previamente se reconoce personería al abogado Orlando Becerra Gutiérrez identificado con c.c. 4'216.880 y T.P. 60.784 del C. S. de la J., para actuar como apoderado del Instituto demandado de conformidad con el poder obrante a folio 34 del cuaderno de la Corte.

I.- ANTECEDENTES.-

1.- SIGIFREDO DE JESÚS OSORIO GIRALDO demandó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, con el fin de que fuera condenado al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, desde el 1° de marzo de 2006 fecha del retiro definitivo del sistema, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la indexación.

Como apoyo de su pedimento indicó en lo que interesa al recurso extraordinario, que nació el 3 de julio de 1935, por lo que cumplió 60 años de edad en la misma fecha de 1995. Laboró para el Ministerio de Defensa Nacional como Soldado entre el 28 de julio de 1956 y el 29 de abril de 1958. Cotizó al Instituto para los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el 1° de enero de 1967 y hasta el 1° de marzo de 2006, fecha de su retiro definitivo del sistema de pensiones. Mediante Resoluciones números 014268 de 2006 y 025978 de 2007, la entidad demandada le negó la prestación con el argumento de que no cumplía el número mínimo de cotizaciones, puesto que tenía en su haber 788 semanas de aportes en toda la vida laboral, de las cuales 50 correspondían a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida. No obstante, el Instituto no tuvo en cuenta 34 cotizaciones vertidas entre el 1° de julio de 2005 y el 1° de marzo de 2006, ni las 90 semanas de tiempo servido en el sector público sin cotizar al I.S.S., las cuales de haber sido contabilizadas le habrían permitido acumular 1.006 semanas en toda la vida laboral suficientes para acceder a la prestación

conforme al Decreto 758 de 1990 como beneficiario del régimen de transición.

2.- El Instituto frente a la mayoría de los hechos manifestó la necesidad de ser probados; se opuso a las pretensiones y adujo en su defensa que el demandante no acreditó el número mínimo de semanas exigido para acceder a la pensión de vejez, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación por falta de requisitos legales para el reconocimiento de la pensión, inexistencia de la obligación de reconocer mesadas adicionales, imposibilidad de condena en costas, prescripción y compensación, entre otras.

3.- Mediante sentencia de 16 de febrero de 2009, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín, absolvió al Instituto de todos los cargos.

II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL.-

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al conocer en segunda instancia en virtud de la apelación de la parte demandante, confirmó el fallo del Juzgado en su integridad.

En lo que interesa a los efectos de esta decisión, el Juzgador de segundo grado señaló que el problema jurídico en este caso se centraba en determinar si el demandante cumplió o no con los requisitos de la edad y semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, a la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto

758 del mismo año. Luego de copiar dicha disposición, sostuvo:

"Aunque la única manera de demostrar la edad es el registro civil de nacimiento, el cual no se trajo, la Sala entiende que conforme la resolución 025978 de 2007 emanada del ISS, el actor nació el 3 de julio de 1935 (fl. 14) por ende cumplió los 60 años en la misma data pero en 1995.

"Pretende la parte accionante demostrar 1.006 semanas cotizadas, allegando el reporte de semanas aportadas (fl. 17) en donde obran 882, lo cual no se ve claramente por cuanto la densidad de semanas se presenta de manera condensada, pero en gracia de discusión se aceptan, pretende igualmente que se le tenga un acumulado de 34 semanas por efectos del pago de las autoliquidaciones cotizadas entre el 1 de julio de 2005 hasta el 01 de marzo de 2006 (fls. 20 a 28) y finalmente 90 semanas del sector público sin cotización al ISS, por haber laborado el demandante en el Ministerio de defensa (fls. 18 y 19).

"Igualmente se confiesa por parte del demandante que se retiró de manera definitiva el 1 de marzo de 2006.

"La acumulación de tiempos públicos sin cotización al ISS y privados con cotización al instituto, no es posible para el decreto 758 de 1990, específico para las pensiones con cotización al ISS".

III.- RECURSO DE CASACIÓN.-

Interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver previo estudio de la demanda del recurso extraordinario. No hubo réplica.

Pretende el impugnante la casación total de la sentencia del Tribunal, y en sede de instancia que la Corte revoque el

fallo de primer grado y en su lugar se disponga el reconocimiento de las súplicas de la demanda inicial.

Con tal fin formula dos cargos, así:

CARGO PRIMERO.- Acusa la sentencia por vía directa, por *"interpretación errónea de los artículos 7, 10, 13 literales c), f), h), 33, 34, 36 inciso 2º, 50, 141, 142, de la ley 100 de 1993 y la consecuente aplicación indebida del artículo 7 de la ley 71 de 1988 y de 4 del decreto 2709 de 1994. Artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Nacional"*.

En la demostración sostiene el impugnante que el Tribunal negó la prestación económica porque estimó que no era procedente la sumatoria de tiempos del sector público y privado para aplicar el régimen de transición; sin embargo, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y concretamente el párrafo, prevé la posibilidad de la *"suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicios como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio"*. Ello se colige de manera diamantina de la literalidad de la norma, y enseña el artículo 27 del Código Civil que cuando la ley es clara no le es dado al intérprete desconocer su texto a pretexto de consultar su espíritu.

Posteriormente el censor transcribe los artículos 7º, 10 y 13 de la Ley 100 de 1993 y dice que el objetivo del sistema general de pensiones es garantizar a la población el amparo

sobre las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que determine la ley, y para ese efecto se deben tener en cuenta todas las cotizaciones y tiempo de servicios prestados independientemente de la entidad a la cual se hayan sufragado los aportes, o de si los servicios se prestaron en el sector público o privado.

El cargo segundo es muy similar al anterior, aunque propuesto en la modalidad de infracción directa de los artículos 7, 10, 13 literales c), f), h), 33, 36 inciso 2°, 50, 141, 142 de la ley 100 de 1993. Artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Nacional. Como la sustentación es muy similar a la primera acusación, por economía se hace remisión a lo allí señalado.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

La Corte procederá al estudio conjunto de estos dos cargos que se elevan contra la sentencia de segundo grado, en atención a que se orientan por la vía jurídica, acusan similares disposiciones y persiguen idéntico objetivo, en aplicación del artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998.

Estima la Sala que no se equivocó el Tribunal al no contabilizar para efectos de la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, el tiempo servido por el actor al Ministerio de Defensa sin

cotizaciones, toda vez que para efectos de adquirir esa prestación periódica con arreglo a los reglamentos del Instituto o en aplicación de los mismos en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sólo pueden contabilizarse las semanas efectivamente cotizadas a esa Administradora de pensiones, bien sea por los servidores estatales o privados.

Ahora bien, la previsión que trae el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite acumular para efectos de la pensión de vejez, los aportes al Instituto con los de las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, y el tiempo servido en el sector público, como expresamente lo indica el precepto es para efectos de la pensión de vejez del inciso primero, que es la consagrada en la misma Ley 100 y que se rige en su integridad por ella, y no la de los regímenes anteriores cuya aplicación es posible en virtud del régimen de transición.

En sentencia de 4 de noviembre de 2004, rad. N° 23611, reiterada en la de 10 de marzo de 2009, rad. N° 35792 sostuvo la Corporación:

"Importa precisar, por otro lado, que el citado parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser interpretado de manera aislada del resto de este artículo. Y de ese modo, resulta que para un beneficiario del sistema de transición allí consagrado, el número de semanas cotizadas será el establecido en el régimen anterior al cual se encontrare afiliado, de tal suerte que ese requisito deberá regularse en su integridad por las normas que gobernaban lo pertinente en el régimen pensional que al beneficiario le resultaba aplicable.

Régimen que, para un trabajador afiliado al Seguro Social, corresponde al regulado por el Acuerdo 049 de 1990, que, en lo pertinente, en su artículo 12 exige para tener derecho a la pensión de vejez un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

"Pero dichas cotizaciones se entiende que deben ser efectuadas al Seguro Social, por cuanto en el referido Acuerdo no existe una disposición que permita incluir en la suma de las semanas de cotización pertinentes las sufragadas a cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado o el tiempo trabajado como servidores públicos, como sí acontece a partir de la Ley 100 de 1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella. Y si bien antes de la precitada norma se produjo una regulación normativa que permite la posibilidad de acumular los aportes sufragados a entidades de previsión social oficiales y los efectuados al Seguro Social, a través de lo que se ha dado en denominar pensión de jubilación por aportes, que ya se dijo es a la que en realidad aspira el actor, ello corresponde a una situación jurídica distinta de la planteada por el recurrente que, en todo caso, se halla regida por normas distintas al aludido Acuerdo 049 de 1990".

De conformidad con lo anterior, no cumplió el actor el requisito mínimo de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 785 del mismo año, pues no demostró haber sufragado 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 60 años, pues en ese lapso acumula 50 semanas. Ni tampoco 1.000 en toda la vida laboral, como lo afirmó el Tribunal en el fallo gravado, donde aceptó que registra 882 semanas de aportes.

Adicionalmente se ha de precisar que el literal a) del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, prescribe:

"Artículo 40. Al término de la prestación del servicio militar. Todo colombiano que haya prestado el servicio militar obligatorio, tendrá los siguientes derechos:

"a. En las entidades del Estado de cualquier orden el tiempo de servicio militar le será computado para efectos de cesantía, pensión de jubilación (sic) de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley;

"...".

Del texto del precepto se deriva que el tiempo de servicio militar obligatorio se adiciona para efectos pensionales, en el sector público, cuando el interesado ha estado vinculado a entidades oficiales, lo que surge de la expresión utilizada por el legislador *"En las entidades del Estado de cualquier orden"*, de manera que este no cuenta cuando se trata del régimen del seguro social o de la pensión por aportes, porque en estos casos se requieren las cotizaciones efectivamente sufragadas, esto por cuanto que la garantía referida está prevista solamente para el caso de pensiones de jubilación directas a cargo del Estado.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de 24 de julio de 2002, rad. N° 1397, precisó:

"... la única condición exigida por el legislador para proceder al reconocimiento de los derechos consagrados en el artículo 40 (de la Ley 48 de 1993) es la de que el conscripto ingrese a la administración pública en cualquiera de sus

órdenes, razón por la cual la efectividad del beneficio opera de forma automática una vez se haga procedente computar el tiempo para efectos del reconocimiento de la pensión en el sector oficial –de jubilación o de vejez- atendiendo al régimen que corresponda ...”.

Con el advenimiento del sistema de seguridad social integral que para efectos de la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, contempla la posibilidad de acumular tiempos servidos en el sector público, con cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, eventualmente se abre la puerta para que ese tiempo sea computado en cualquiera de los dos regímenes previstos en la Ley 100, siendo de cargo de la entidad pública respectiva o de la Nación según el caso, el traslado de los recursos necesarios para convalidar esos tiempos frente a la seguridad social de conformidad con la ley, es decir, mediante la expedición de un bono o título pensional.

Sin embargo, no es esa la controversia en el *sub lite*, donde se solicitó la prestación en aplicación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y no con invocación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y no se demostró tampoco que los aportes al seguro social provinieran de una entidad del Estado y que tuviera por finalidad cumplir en principio, con la pensión prevista en la Ley 33 de 1985.

Por lo anterior, conviene advertir que si el demandante solicita una pensión de vejez o jubilación con fundamento en uno de los varios regímenes existentes en materia pensional, después en el curso del proceso no puede pretenderse otra diferente con distintos requisitos, pues la Corte no tendría competencia para desatar el litigio sobre otra prestación no reclamada ni discutida en juicio, pues se trataría de una nueva pretensión y una variación del pleito inadmisibles en sede de casación, toda vez que se violaría el derecho de defensa y de contradicción de la otra parte.

Por las razones precedentes, no prosperan los cargos.

Sin costas en el recurso extraordinario por no haber sido causadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia de 16 de julio de 2009, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso promovido por **SIGIFREDO DE JESÚS OSORIO GIRALDO** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal.


JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Lu 3.

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA PONSALVE

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGOS