



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

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Magistrado Ponente

SL13181-2015
Radicación n.º 61760
Acta 030

Bogotá, D.C., dos (02) de septiembre de dos mil quince
(2015)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **SAMUEL DE JESÚS HERRERA LÓPEZ**, contra la sentencia proferida por Tribunal Superior de Medellín -Sala de Descongestión Laboral-, 19 de diciembre de 2012, en el proceso que promovió contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Medellín, Samuel de Jesús Herrera López demandó al Instituto de Seguros Sociales, para que fuera condenado al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado entre el 1º de febrero de 2003 y 31 de agosto de 2008, junto con las mesadas adicionales generadas en dicho lapso de tiempo, más los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de 1993 o en su defecto la indexación de las sumas adeudadas.

Fundamentó sus pretensiones en que mediante Resolución No. 014195 de 2009, el ISS le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de septiembre de 2008; que *«registra novedad de desafiliación “R” al sistema general de pensiones, a partir del mes de febrero de 2003, pues para ese momento tenía cumplido los requisitos mínimos para pensionarse, es decir, que se le cotizó a pensiones por parte del empleador hasta el mes de enero de 2003 inclusive»*; que en los términos del artículo 9º del Decreto 1160 de 1989 el ISS le debió reconocer la pensión retroactivamente desde la desafiliación del sistema, habida cuenta que no se presentara la doble asignación del tesoro público, aducida por el ISS para negarle el disfrute de la prestación desde el momento mismo de la desafiliación, desconociendo con su actuar el criterio jurisprudencial asentando por esta Sala de Casación entre otras, en las sentencias de 14 de febrero de 2005, radicación 24062; 6 de septiembre de 2006, radicación 29297 y 23 de abril de 2007, radicación 27435, y que agotó la reclamación administrativa sin que hubiere recibido respuesta alguna al respecto.

El Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos en su mayoría afirmó no constarle. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cumplimiento de la obligación, improcedencia de sanción por no pago oportuno o intereses, buena fe, improcedencia de la indexación de las condenas, imposibilidad de condenas en costas, prescripción y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue proferida el 30 de agosto de 2010, por el Juzgado Segundo Adjunto al Cuarto Laboral del Circuito de Medellín y con ella condenó al ISS a pagarle al actor el retroactivo pensional causado desde el 1º de febrero de 2003 hasta 31 agosto de 2008 en cuantía de \$95.817.283, la indexación de la suma adeudada, en la suma de \$25.252.934, así como a las costas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación del demandado, el proceso subió al Tribunal Superior de Medellín, Sala de Descongestión Laboral, Corporación que mediante la sentencia recurrida en casación, revocó la del a quo sin imponer las costas por la alzada.

El Tribunal inicialmente centró el problema jurídico en establecer de lado de quién estaba la razón, esto es, si del a quo, que declaró que le asistía derecho al pago del retroactivo pensional, o de la apelante que aducía que no, dado que para el disfrute de la pensión era menester el retiro defectivo del servicio de la entidad pública, para la cual laboraba.

Luego infirió de la Resolución No. 014195 de 26 de mayo de 2009, que el actor cumplió la edad de 60 años de edad el 27 de septiembre de 2007, por haber nacido en igual día y mes de 1947; que el actor contó con 1.119.28 semanas, producto del tiempo laborado al sector público sin cotizaciones al ISS y el tiempo efectivamente cotizado a dicha entidad de seguridad; que el actor laboró para las Empresas Públicas de Medellín ostentando la calidad de servidor público hasta el 31 de agosto de 2008, por lo que la pensión le fue reconocida a partir del 1º de septiembre de igual anualidad.

Sostuvo que la norma para la resolución del conflicto era el Decreto 758 de 1990, pues a pesar de que el derecho pensional del accionante se fundó en la Ley 100 de 1993, su artículo 31 en su inciso 2º permitía remitirse a las disposiciones anteriores que de vieja data habían exigido el retiro para el disfrute de la pensión en el sector público, refiriéndose al Decreto 625 de 1988, Ley 71 de 1988, y Decreto 1160 de 1988, y citando apartes de las sentencias de casación de 12 de noviembre de 2009, radicación 35228 y 8 de febrero de 2001, radicación 40.222.

Precisó que la alternatividad que se disponía en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1993, aprobado por el decreto atrás referido, esto es, *«la posibilidad de disfrute según retiro del sistema o del servicio»* no tenía un carácter voluntario y libre del afiliado, *«sino que corresponde o se dirige a la naturaleza de la vinculación de la persona, pues mientras para el sector privado se ha de exigir el retiro del sistema, para el sector público se ha de requerir el retiro del servicio, en atención a la connotación que tiene la presencia del estado como empleador. Este último argumento resulta importante en la medida que es la propia ley la que establece un trato diferencial, no siendo esta una discriminación sino diferenciadora en cuanto a la forma de vinculación»*. (Sic).

Además, de que el status de pensionado era una condición de la persona, que surgía de las consecuencias de haber reunido los dos requisitos esenciales señalados en la ley para acceder a una pensión de vejez, como eran el tiempo de servicio y la edad, *«pero tal condición únicamente se adquiere cuando al afiliado se le reconoce la pensión. De suerte que reunidos estos requisitos la persona adquiere el derecho a la pensión, que deja de ser una mera expectativa, para convertirse en un derecho patrimonial cuya eficacia opera al reiterarse del servicio, que será cuando se adquiere el status, presentándose a partir de ese momento el disfrute de la pensión»*.

Concluyó que *«como en el sub examine, el retiro del servicio a la entidad pública empleadora ocurrió el 31 de*

agosto de 2008, siendo sólo a partir del día siguiente a esta fecha (1º de septiembre de 2008) que se podría ordenar el pago de la pensión; de tal suerte se colige que el retroactivo pensional deprecado no puede otorgarse desde la fecha solicitada en la demanda, pues para dicha época el demandante permanecía vinculado a las Empresas Públicas de Medellín, por lo que sin más consideraciones al respecto, la sentencia objeto de revisión en sede de apelación habrá de revocarse en su totalidad por no encontrarse ajustado a derecho lo determinado por el a quo.».

IV. EL RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte actora, 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 recurrida, para que en sede de instancia confirme la decisión del a quo que accedió a las pretensiones de la demanda inicial.

Con tal propósito, formula dos cargos, oportunamente replicados, que se resolverán a continuación.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la interpretación errónea de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en relación con el 31 de la Ley 100 de 1993.

En la demostración del cargo aduce que de haber interpretado correctamente el Tribunal los artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, habría concluido que la pensión de vejez a cargo del ISS, podía ser disfrutada por el actor desde la desafiliación al régimen de pensiones, sin que fuera necesaria la desvinculación del servicio activo, dado que dicha disposición no aludía expresa ni tácitamente a tal condición, ya que el hecho de que el actor hubiere laborado en una entidad pública territorial en calidad de trabajador oficial, en nada incidía la mentada disposición, frente al disfrute de la pensión a cargo del ISS a partir del retiro del sistema de pensiones, por cuanto el contenido de la norma **«no diferencia la naturaleza de la vinculación de la persona** como para entender que cuando se trata del sector privado basta la desafiliación del sistema de pensiones para empezar a disfrutar de la prestación, pero cundo se trata de un trabajador oficial, ser requiere además de la desafiliación al Sistema, el retiro del servicio activo ...», (sic); así las cosas, al no existir limitación alguna para el disfrute de la pensión a partir del momento del retiro del sistema de pensiones, sin que sea necesario el retiro del servicio activo, no puede interpretarse cosa distinta, *«pues de aceptar tal limitante, sería tanto como ignorar la jurisprudencia de esta Sala de Casación que ha enseñado que las pensiones que reconoce el*

ISS no provienen del tesoro público.», asentada entre otras, en la de 7 de febrero de 2012, radicación 39.206.

Insiste en que la única interpretación valedera para exigir el retiro del servicio activo, sería en el caso de que la prestación económica estuviera a cargo de la entidad pública territorial para la cual prestaba servicios el actor, situación que no se daba en el caso bajo examen donde la pensión reclamada estaba a cargo del ISS. Y que el hecho de que el trabajador hubiere continuando laborando, no obstante haber cumplido los requisitos de edad y número de semanas, no podía aparejar como consecuencia que pierda el derecho al disfrute y pago de la pensión de vejez desde el momento en que reportó la novedad de retiro del sistema, máxime si se aplica el principio de favorabilidad.

VII. SEGUNDO CARGO

Acusa la interpretación errónea del artículo 9º Decreto 1160 de 1989, en relación con el 8º de la Ley 71 de 1988.

Para la demostración del cargo, tras reproducir las disposiciones denunciadas como violadas, advierte que de haberlas interpretado correctamente, el Tribunal habría concluido de un entendimiento natural y finalista, *«que la necesidad del retiro del servicio activo para efectos de disfrutar del pago de la pensión, se exige cuando la pensión sea reconocida directamente por la entidad pública en la cual*

laboraba el trabajador, pues en tal caso, sí se presentaría una doble asignación del costo público en términos del artículo 128 de la Constitución. Pero no es exigible el retiro del servicio activo, cuando previamente ha existido desafiliación al sistema de pensiones y cuando la misma la reconoce el ISS, pues los recursos con que reconoce la pensión, no provienen del tesoro público».

VIII. RÉPLICA

Asevera que además de lo precisado por la Corte en sentencia del 23 de marzo de 2011, radicación 37959, consideraciones a la cuales se remitía como sustento de la réplica, «se tenía que la sola consideración que actualmente, y desde hace 20 años, es un hecho notorio, inclusive corroborado por la ley del presupuesto nacional, que el pago de las pensiones que hace Colpensiones y otras entidades oficiales, proviene de dineros del tesoro público, el demandante para poder gozar de la pensión, como lo concluyó el Tribunal, tenía que retirarse del servicio, pues de lo contrario se violaría lo previsto por el artículo 128 de la Carta».

Sin embargo, precisó que la realidad económica del país en materia pensional, con respecto al régimen de prima media con prestación definida, imponía modificar y recoger el criterio, fundado en la naturaleza de las reservas del ISS para el pago de las pensiones y lo que establecía el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que era posible gozar de

asignación del tesoro público y de la pensión que reconozca un fondo administrador de pensiones, por lo que solicitó reexaminar el contenido de la sentencia traída a citación por la censura -39206-, por cuanto en su sentir, la Corte había enviado un mensaje equivocado que modificaba el tradicional, pacífico y acertado criterio a tras referido, al dar a entender que no era necesario el retiro del servicio para disfrutar de la pensión.

IX. CONSIDERACIONES

Dada la orientación jurídica de los dos cargos, se tendrán como hechos ciertos e incontrovertidos que el señor Herrera López cumplió los 60 años de edad el 27 de septiembre de 2007; que reunió un total de 1.199,28 semanas cotizadas al ISS través de entidades públicas y privadas; que se retiró del sistema general del pensiones a partir de febrero de 2003; que el ISS mediante la No. 014195 de 26 de marzo de 2009, le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de septiembre de 2008, en cuantía de \$1.397.149, liquidada sobre un ingreso base de liquidación de \$1.663.273 y un porcentaje del ochenta y cuatro (84%), y laboró al servicio de las Empresas Públicas de Medellín, desde el 28 de mayo de 1974 hasta el 31 de agosto de 2008.

En ese orden, debe advertirse desde ya que la cuestión a decidir, es decir si el actor, como trabajador oficial que fue, y sobre lo cual tampoco hay discusión, le asiste derecho a disfrutar de su pensión de vejez desde el mismo

momento en que fue desafiliado del ISS por su empleador público, hecho ocurrido en febrero de 2003, no obstante haber seguido laborando para el mismo empleador hasta el 31 de agosto de 2008, cuando se retiró del servicio activo, ya ha sido resuelta por la Corte en asuntos similares, dándole la razón al Tribunal, como se observa en la sentencia SL4413-2014, del 02 de abr. de 2014, rad. 44825, dictada en un proceso en que igualmente fue demandado el ISS, y en la que así reflexionó esta Corporación:

“A partir de la senda de ataque que seleccionó la censura en sus 3 cargos, pueden considerarse a salvo de la impugnación: (i) A la demandante le fue reconocida pensión de vejez por el Instituto, mediante Resolución 021400 de 19 de septiembre de 2006, desde el 28 de abril de 2007; (ii) El pago de dicha pensión quedó en suspenso, hasta tanto la afiliada acreditara su retiro del servicio, y comenzó a devengar mesadas desde el 28 de abril de 2007 y (iii) a partir del mes de febrero de 2003, la actora fue desafiliada del sistema de seguridad social en pensiones.

No obstante que el Tribunal se equivocó al edificar el fallo sobre jurisprudencia ya superada por esta Sala, por ejemplo en sentencias CSJ SL, 20 de octubre de 2009, rad. 35605, y CSJ SL, 7 feb. 2012, rad. 39206, aunque fundado el cargo no deviene próspero, puesto que la Sala encontraría que conforme con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, no es viable percibir simultáneamente ingresos a título de salario y pensión, sino que la persona que se encuentre ante esa disyuntiva debe optar por uno de los derechos, en la medida en que debe prevalecer la racionalización del gasto público.

En efecto, luego de una retrospectiva histórica por la legislación

relativa al problema jurídico que se debate, expuso la Sala, en sentencia CSJ SL, 23 marzo 2011, rad. 37959:

«Sin embargo, la jurisprudencia definió el asunto al dejar evidenciado que ya el Estado no aportaba dineros para conformar el fondo de pensiones administrado por el Instituto, por lo que las compatibilidades se abrieron paso. Así, en fallo pronunciado el 12 de septiembre de 2006, rad. 28257, reiterado en el de 23 de abril de 2007, rad. 27435, se dijo:
(...).

Lo cual se consolida al disponer la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, que modificó al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que:

"m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran".

Así pues, cuando la Ley 71 de 1988 (anterior a la Carta de 1991) en cuyo artículo 2° se dice que la pensión (de jubilación por aportes) solo puede ser disfrutada desde la fecha en que el beneficiario se haya retirado definitivamente del servicio, siempre y cuando éste fuere necesario (frase alusiva a los casos exceptuados) y el artículo 2° del Decreto 2709 de diciembre 13 de 1994, al disponer, respecto de la efectividad y pago de dicha pensión que "...para los servidores públicos se hará efectiva una vez se retiren del servicio"..., y para los demás trabajadores se requeriría "la desafiliación de los seguros de invalidez, vejez o muerte y accidente de trabajo y enfermedad profesional, salvo las excepciones previstas en la ley", ha de entenderse que desarrollaban tanto la prohibición constitucional del artículo 64 de la Carta de 1886, la una, como la del 128 de la Carta de 1991, el otro, en cuanto a servidores públicos se refiere. Pero, como ha quedado determinado que los dineros con los que el ISS sufraga las pensiones que dispensa no provienen, en realidad, del Tesoro Público, la prohibición constitucional actual, como la de las normas de menor jerarquía que la implementan, carece de aplicabilidad en lo que a la exigencia de retiro del servicio concierne, para efectos de poder hacer efectivo el disfrute de la pensión de jubilación por aportes o del resto de pensiones, cuando sean otorgadas por el ISS. Como, obviamente, tampoco será aplicable, valga la oportunidad para asentarlo, en tratándose de pensiones otorgadas por las administradoras de fondos de pensiones privados, en donde los dineros de las cuentas tampoco son de naturaleza pública.

Por otra parte, es de recordar el tenor del artículo 150 de la Ley 100 de 1993:

“Reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

"Parágrafo. No podrá obligarse a ningún funcionario o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso."

Contenido que acredita que el retiro del cargo no se presenta ya como una obligación para el disfrute de la pensión reconocida.

Por tanto, así como la jurisprudencia ha determinado la compatibilidad de la percepción simultánea de una pensión sufragada con dineros estatales con una otorgada por el ISS, así también podría considerarse que resultaría compatible la de un salario de empleado público (caso de la actora) con la pensión de vejez del ISS a la que tenga derecho por haber cumplido los requisitos de tiempo y edad, sin requerirse el retiro del servicio, para su disfrute, por esta sola circunstancia, ya que no se estaría en presencia de la percepción de dos asignaciones provenientes del Tesoro Público, ni del ejercicio simultáneo de más de un empleo estatal, pues quien tiene la calidad de pensionado del ISS (administrador de fondo de pensiones) no ostenta carácter de servidor público, aunque los aportes pensionales hubiesen provenido de dineros oficiales.

De allí que, ciertamente, quepa razón a la censura en sus razonamientos respecto de la aplicabilidad al caso de las dos normas en que el ad quem cimentó su decisión.

Mas, como se advirtió, y como es sabido, la acreditación de la fundamentación de un cargo en el recurso extraordinario no implica, de por sí, que el sentido de la decisión que tuviese que asumir el tribunal de casación sea contrario al del ad quem.

Que es lo que acontece en el presente caso, pues si bien, la

pensión de vejez que el ISS dispensó a la actora no tiene carácter de asignación proveniente del Tesoro Público, su carácter de servidora pública en la Universidad de Antioquia la situaban dentro de la égida de la Ley 344 de 1996, diseñada para la racionalización del gasto público, expedida el 27 de diciembre de 1996, publicada en el Diario Oficial No. 42.951.

Dicha ley, en su artículo 19, dispuso:

“ Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiriera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones.”

Esa preceptiva fue concebida, como un instrumento que, precisamente, evite la posibilidad de la simultánea percepción de asignación salarial y de asignación pensional por parte de los servidores públicos con derecho a pensión, ya que entroniza es una personal opción respecto de cualquiera de los dos derechos, para actuar como amortiguador económico.

De esa manera, si se opta por el continuar con la vinculación laboral, el fondo de pensiones respectivo no resultará afectado con el egreso de la mesada y contará con ese dinero para todos los efectos legales, en especial con lo relativo a las funciones solidarias; y, si se selecciona la opción pensional, se liberará un destino público que permitirá el acceso al mismo de otra persona, sin que el Estado tenga que crear un nuevo cargo para proveerla de empleo, todo lo cual se adecua al objetivo racionalizador de la ley.

Valga señalar que a los docentes universitarios se les otorgó la prerrogativa de poder continuar en sus labores por diez años más, para efectos de aprovechar sus conocimientos y, de paso, despresurizar al fondo pensional de esa acreencia laboral por el mismo lapso.

Es de advertir que la preceptiva en mención fue sometida a control constitucional y, mediante la sentencia C – 584 de 1997 se avaló su exequibilidad, sin condicionamiento alguno.

Por manera que, como para hacer efectivo el goce de la pensión que le fue reconocida por el ISS, debía producirse el retiro de su cargo, el Instituto actuó conforme a derecho al supeditar el pago a la desvinculación laboral».”

Las anteriores orientaciones las reitera hoy la Corte, por no encontrar en los planteamientos de la censura argumentos que las desvirtúen, lo que conlleve inexorablemente a la no prosperidad de las acusaciones.

Costas en el recurso de casación a cargo de la parte recurrente. En su liquidación inclúyanse como agencias en derecho la suma de tres millones doscientos cincuenta mil pesos (\$3.250.000).

XIII.DECISIÓN

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 proferida por el Tribunal Superior Medellín – Sala de Descongestión-, el 19 de diciembre de 2012, en el proceso adelantado por **SAMUEL DE JESÚS HERERA LÓPEZ** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS