



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL3254-2018

Radicación n.º 56793

Acta 26

Bogotá, D. C., nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por **RAÚL HUMBERTO JARAMILLO OLANO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 26 de enero de 2012, en el proceso ordinario laboral que instauró contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS**, hoy **COLPENSIONES**.

En atención a la solicitud obrante a folios 35 y 36 del cuaderno de la Corte, téngase como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales hoy liquidado, a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, acorde a lo previsto en el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012.

I. ANTECEDENTES

Raúl Humberto Jaramillo Olano promovió demanda ordinaria laboral en contra del Instituto de Seguros Sociales para que se le condene al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado entre el 1º de enero de 2007 y el 30 de septiembre de 2010, los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que mediante la Resolución 28226 de 2007 fue pensionado por el riesgo de vejez, reconocimiento que fue dejado en suspenso; que la novedad de desafiliación se hizo desde enero de 2007; sin embargo, la inclusión en la nómina de pensionados se efectuó a partir del 1º de octubre de 2010, por medio de la Resolución 17707 del 20 de septiembre de 2010. Indicó que no le fue pagado el retroactivo desde la fecha de su desafiliación al sistema, conforme a lo previsto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990.

Agregó que el argumento del ISS para no reconocer la pensión de manera retroactiva desde el momento de la novedad de retiro fue que se presentaría «*una doble asignación del tesoro público*», lo cual era errado por cuanto el ISS es un simple administrador de la pensión que reconoce y esta no tenía origen en recursos públicos. Adujo que tal determinación desconoció la reiterada jurisprudencia de la Corte al respecto, para lo cual referenció la sentencias CSJ SL 14 feb. 2005, rad. 29297 y CSJ SL 23 ab. 2007, rad. 27435. Por último, relató que

agotó la reclamación administrativa, pues después de un mes de presentada, no había recibido contestación. (f.º 1 a 5)

El ISS, al dar contestación a la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó como ciertos los relacionados con la expedición de la Resolución 282226 del 31 de octubre de 2007, mediante la cual concedió la pensión de vejez al actor y que la misma quedó en suspenso hasta cuando se diera el retiro efectivo del servicio, que mediante la Resolución 017707 de 20 de septiembre de 2010 se ordenó la inclusión en nómina de pensionados a partir del 1º de octubre de 2010; frente a los demás, refirió que no eran ciertos, no le constaban o no correspondían a hechos.

Adujo que el promotor del proceso sólo acreditó la renuncia a partir del 30 de septiembre de 2010, por lo que fue desde esa fecha que se fue incluido en nómina de pensionados. Aclaró que para el caso de los servidores públicos, el artículo 128 de la Constitución Política, prohibía recibir más de una asignación proveniente del erario y que en concordancia con lo dispuesto por el artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, 1º de la Ley 33 de 1985, 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, no estaba obligado a reconocer el retroactivo reclamado por el promotor del proceso.

En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocer el retroactivo, inexistencia de

la obligación de pagar intereses moratorios, improcedencia de la indexación de las condenas, buena fe del ISS, compensación, prescripción e imposibilidad de condena en costas (f.^a 90 a 97).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Adjunto del Juzgado Once Laboral del Circuito de Medellín, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante sentencia del 30 de junio de 2011, declaró que al accionante le asistía el derecho a que el ISS le reconociera y pagara el retroactivo pensional causado entre el 1º de enero de 2007 y el 30 de septiembre de 2010 y, en consecuencia, condenó a la entidad al reconocimiento y pago de \$72´817.589 por tal concepto, junto con los intereses moratorios y absolvió de la indexación (f.^{os} 102 a 113).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación de la parte demandada, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante providencia del 26 de enero de 2012, revocó el fallo de primera instancia y, en su lugar, absolvió al ISS de las pretensiones incoadas en su contra e impuso las costas de primera instancia a cargo de la parte demandante.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal señaló que el ISS en su apelación consideró que se

debía revocar la decisión de primera instancia por falta de causa y porque la entidad no podía inaplicar la legislación vigente; que además la parte convocada a juicio controvertió los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y que se le debe exonerar de las costas impuestas.

Expuso que del artículo 8º de la Ley 71 de 1988, se deducía que la obligación de pagar una pensión por parte de una entidad de seguridad social sólo surgía al momento en que el afiliado se retirara del servicio. Apoyó su tesis en la sentencia CSJ SL 12 dic. 2007, rad. 32003, en la que la Corte indicó que el derecho pensional surgía cuando el afiliado cumple con los requisitos exigidos en cuanto a edad y tiempo de servicios; sin embargo, que la obligación de pagar la prestación nacía al momento del retiro definitivo del servicio activo del interesado.

Agregó que los artículos 4º, 13, 15, y 157 de la Ley 100 de 1993, así como el 4º del Decreto 1295 de 1994 disponían la obligación de todos los empleadores de afiliar a las personas vinculadas mediante contratos de trabajo o como servidores públicos al sistema integral de seguridad social.

Finalmente, con base en la Resolución 017707 de 2010 - que ordenó la inclusión del demandante en la nómina de pensionados-, del documento suscrito por el jefe de la Unidad de Protección Social de Empresas Públicas de Medellín ESP, el «*comprobante por afiliado y rango de fechas*» y de la historia laboral del accionante (f.º 11 a 20),

concluyó que si bien Empresas Públicas de Medellín como último empleador, realizó aportes al ISS hasta diciembre de 2006 y comunicó la novedad de retiro a partir de enero del año siguiente, la relación laboral con el actor se mantuvo hasta el 30 de septiembre de 2010, por lo que la fecha de retiro del servicio no coincidía con la fecha de desafiliación al sistema; en consecuencia, no había lugar a reconocer el retroactivo pensional reclamado y se imponía revocar la condena impuesta (f.ºs 121 a 126).

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso fue interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente pretende que la Corte case la sentencia impugnada, para que en sede de instancia confirme el fallo de primer grado.

Con tal propósito formula tres cargos por la causal primera de casación, los cuales fueron objeto de réplica. La Sala resolverá el primer cargo y, luego, dependiendo del resultado, resolverá los cargos segundo y tercero de manera conjunta por estar dirigidos por la misma senda, valerse de argumentos similares, estar íntimamente relacionados y perseguir el mismo fin.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos 66A del CPTSS, modificado por el 35 de la Ley 712 de 2001, en relación con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en armonía con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

El casacionista señala que el Tribunal incurrió en los siguientes errores de hecho:

- 1. No dar por demostrado, estándolo, que el contenido del recurso de apelación interpuesto por la demandada ISS, fue sustentado en perspectiva que el demandante no cumplía con las semanas necesarias para la pensión de vejez.*
- 2. No dar por demostrado, estándolo, que el contenido del recurso de apelación interpuesto por la demandada ISS, en ningún momento cuestionó que la obligación de pagar una pensión por parte de una entidad de seguridad social, solo surge cuando el beneficiario de la misma se retira del servicio activo.*
- 3. Dar por demostrado, sin estarlo, que el contenido del recurso de apelación cuestionó expresamente que la obligación de pagar una pensión por parte de una entidad de seguridad social, solo surge cuando el beneficiario de la misma se retira del servicio activo.*

Señala que los errores de hecho se produjeron como consecuencia de haber valorado erradamente la sustentación del recurso de apelación (f.ºs 114 a 116).

En la demostración del cargo, expone que la parte llamada a juicio, en la sustentación del recurso de apelación, encausó su argumentación en defender la tesis

de que el demandante no cumplía con la densidad de semanas exigidas por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, «*en concordancia*» con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez, y que por tal razón no había una causa para pedir; sin embargo, que nunca se refirió a que la obligación de pagar la pensión surgía cuando el beneficiario se retiraba del servicio activo ni expuso algún fundamento fáctico o jurídico en tal sentido, por lo que no cuestionó los fundamentos del *a quo* para la condena al reconocimiento del retroactivo.

Cuestiona que el Colegiado haya resuelto que era necesario el retiro del servicio activo para que naciera la obligación de pagar la prestación, ya que tal situación no fue puesta en su conocimiento por medio del recurso de apelación, por lo que «*enderezó la sustentación de la apelación*» para revocar la condena impuesta en primera instancia. Plantea que el *ad quem* debió centrar su objeto de estudio en los puntos de inconformidad expuestos en la alzada, en virtud del principio de consonancia.

Señala que el deber de sustentar el recurso de apelación consiste en explicar de manera concreta, clara y suficiente las razones de inconformidad con el fallo impugnado conducentes a su revocatoria o modificación, las cuales a su vez constituyen un límite que debe ser respetado por el *ad quem* como garantía del debido proceso para las partes, pues su actividad no constituye una tutela oficiosa de control funcional; tesis que soportó en la sentencia CSJ SL 19 jul. 2006, rad. 26171.

En ese orden, asevera que el Tribunal desbordó el límite fijado por el único recurrente al decidir sobre algo que no fue cuestionado concretamente por aquel, por lo que trasgredió el artículo 66A del CPTSS, modificado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 y, en consecuencia, el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Señala que éste última fija como requisito para empezar a percibir las mesadas, la desafiliación al régimen de pensiones, sin que sea necesario el retiro del servicio activo.

Finalmente, cita la providencia CSJ SL 7 feb. 2012, rad, 39206, en la que la Corte, respecto del disfrute de la pensión de vejez dispuesta en artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 precisó que:

[...] Para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen, sin ningún otro requerimiento, de allí que no tenga sustento en esta preceptiva, la condición que sostiene la acusación, de que debe darse la desvinculación del trabajador para que pueda comenzar a disfrutar la pensión.

VII. RÉPLICA

El ISS, para oponerse al cargo expone que el Tribunal no incurrió en la vulneración de las normas de la proposición jurídica ni en la errada valoración del recurso de apelación, pues la expresión «*DEBE REVOCARSE LA SENTENCIA POR INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN*», daba lugar a que revisara si al ISS le correspondía o no la obligación de pagar el retroactivo pensional. Por lo anterior,

indica que el fallo impugnado no desconoció el principio de consonancia.

VIII. CONSIDERACIONES

Para efecto de resolver lo pertinente, es del caso precisar que el Tribunal delimitó los temas que serían materia de estudio así:

El Instituto de Seguros Sociales considera que se debe revocar la sentencia de primera instancia por falta de causa y porque la entidad no puede inaplicar la legislación vigente. Además, dice que no proceden los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y que se le debe exonerar del pago de las costas del proceso porque su accionar jurídico se debe presumir de buena fe.

Pues bien, acorde con lo expuesto en el cargo, le corresponde a la Sala determinar si el *ad quem* vulneró el principio de consonancia al resolver el recurso de apelación del instituto accionado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el principio de consonancia consiste en que, entre la sentencia de segunda instancia y el objeto del recurso de alzada, debe existir plena correspondencia, lo que significa que, por regla general, al juzgador le está vedado apartarse de las materias que le propone el recurrente (CSJ SL SL5622-2014, CSJ SL2764-2017, entre otras).

Por ello, el apelante está obligado a formular su inconformidad contra el fallo de primera instancia a través

del recurso de apelación, con la indicación de las materias que le objeta a la decisión del juez de primer grado, porque de no ser así, se asume que está de acuerdo con lo que deja libre de ataque.

Como se recordará, mediante el fallo de primera instancia se condenó a la demandada al reconocimiento y pago del retroactivo pensional causado entre el 1º de enero de 2007 y el 30 de septiembre de 2010, junto con los intereses moratorios.

La convocada a juicio en el recurso de apelación expresó su inconformidad frente al fallo de primer grado y solicitó que debía revocarse la decisión de primer grado por falta de causa para pedir y por inexistencia de la obligación, para lo cual sostuvo que el ISS siempre ha reconocido las prestaciones sus afiliados, cuando estos cumplen previamente los requisitos legales para acceder a ellas.

Asimismo, dijo que no podía desconocer la legislación vigente y que como entidad pública debía someterse al imperio de la ley. En efecto adujo:

Evidenciando que la Institución que represento no puede válidamente, argumentando motivos de equidad, desconocer la legislación vigente, ya que como entidad de carácter público debe someterse al imperio de la ley, pues los administradores no puede según la Constitución Política de Colombia, hacer si no lo que está expresamente permitido y entre esas cosas, no está tomar decisiones de equidad, pues lo contrario seria prevaricato.

De otro lado, se quejó de los intereses moratorios impuesto, para lo cual sostuvo que *“no son aplicables de manera automática en el momento que surge el derecho pensional con la decisión judicial”* y que solo procedían tratándose de mesadas generadas bajo la vigencia de la citada ley 100 de 1993.

Además, concretó su solicitud y expresamente pidió al juez de alzada *«que la sentencia impugnada sea revocada y en su lugar se profiera otra, en la cual se absuelva al demandado, al Instituto de Seguros Sociales, de las condenas solicitadas en el libelo introductorio»*.

En ese orden, es claro para la Sala que el instituto demandado contravirtió la condena que le fue impuesta por concepto de retroactivo pensional e intereses moratorios, para lo cual aludió al deber de aplicar la normativa que regulaba el tema y la imposibilidad de reconocer derechos sin el lleno de los requisitos previstos legalmente.

Ahora si bien es cierto que, como lo señala la censura, el escrito de apelación no es un modelo a seguir ya que el demandado aludió también a otros temas tales como que el actor no contaba con 500 semanas, lo que no guardaba relación con lo discutido en el proceso, lo cierto es que el tal situación ninguna incidencia tiene para definir si *el ad quem* actuó o no conforme al principio de consonancia, ya que con independencia de que el apelante hubiera aludido a las semanas totales cotizadas, no puede perderse de vista que, en el mismo escrito que el demandado alegó que el

promotor del proceso no cumplía con los requisitos legales para acceder a la condena impuesta, así como que en su calidad de entidad pública le estaba prohibido desconocer la normatividad vigente, lo que en su criterio se configuraba como falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación que le fue impuesta. Esta circunstancia habilitaba al juez de apelaciones para revisar, si en efecto, la condena impuesta en primer grado por concepto de retroactivo pensional, atendió los cánones legales, o si, por el contrario, se acreditaba la inexistencia de la obligación.

Sobre el principio de consonancia, la Sala ha sido enfática en señalar que el Tribunal debe limitar su estudio a los temas propuestos y sustentados en el recurso de apelación, sin que pueda examinar temas diferentes a los que contiene el recurso.

En esa dirección también ha señalado la Corte que la obligación de sustentar el recurso de apelación no implica para quien recurre, la exigencia de emplear fórmulas sacramentales, determinadas formalidades o una sustentación especial, ya que basta con lo que lo esbozado se acomode a la naturaleza del recurso y a la materia de debate entre las partes, para que el fallador de segundo grado deba estudiar la totalidad de la apelación, sin que le sea dable aducir una supuesta ausencia de fundamentación. Al respecto, en sentencia CSJ SL14059-2016, señaló que:

Sin embargo, es del caso recordar que este requisito de la debida sustentación del recurso de apelación, no comporta para quien recurre en la alzada la consagración de la exigencia de emplear fórmulas sacramentales, formalidades determinadas o una sustentación especial. Lo que significa, que si bien resulta conveniente identificar y plantear en el escrito de apelación de la mejor forma posible la discrepancia con relación a cada derecho objeto de discordia, mientras lo esbozado se acomode a la naturaleza de este recurso y a la esencia de lo controvertido, no puede el fallador de segundo grado como lo sugiere la censura, abstenerse de estudiar la totalidad de la apelación aduciendo una supuesta ausencia de fundamentación o inadmisibilidad del recurso, pues en las condiciones antedichas se cumpliría cabalmente con el requisito de la sustentación.

Eso sí, el Juez Colegiado en su estudio debe ceñirse estrictamente a los temas que proponga el recurrente en el escrito de apelación, para dar igualmente acatamiento al principio de consonancia de que trata el artículo 66A del C.P.T. y S.S., adicionado al estatuto procesal laboral por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que preceptúa «La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación», motivo por el cual le está vedado a dicho Juzgador pronunciarse sobre puntos ajenos o extraños a lo planteado por el impugnante, ya que ello comportaría un claro desconocimiento al debido proceso de la contraparte y una directa vulneración de las referidas disposiciones. También ha indicado la jurisprudencia, que la aplicación del principio de consonancia, que es de orden procesal, no impide que el Juez de segunda instancia pueda apartarse de la calificación jurídica que sobre determinada realidad fáctica exponga el apelante, como quiera que aunque debe someterse en estricto rigor a las temáticas objeto de inconformidad y que están sustentadas, no necesariamente ha de acoger en su pronunciamiento el análisis jurídico del impugnante, por cuanto el fallador mantiene su libertad y autonomía para establecer, interpretar y adecuar la norma aplicable al caso concreto, siempre y cuando no modifique los elementos constitutivos de los extremos de la litis.

Descendiendo al caso bajo examen y siguiendo las anteriores directrices, es indudable que el Instituto de Seguros Sociales con el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, obrante a fls. 96 y 97 del cuaderno del Juzgado, buscaba la revocatoria de la condena impuesta, esto es, el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985, junto con el retroactivo pensional y la respectiva indexación, que tuvo lugar porque el a quo encontró que el demandante al ser beneficiario de la transición pensional, el régimen anterior aplicable era la Ley 33 de 1985, cuyos requisitos reunía por haber cumplido 55 años de edad y tener 20 años de servicio como empleado oficial, siendo el Instituto demandado la entidad

que le correspondía conceder dicho beneficio pensional en los términos consagrados en la citada normativa, lo cual constituía el derecho principal en controversia.

En efecto, la entidad apelante solicitó la revocatoria en todas sus partes del mencionado fallo que concedió la pensión de jubilación a cargo del I.S.S. De ahí que, el demandado en el escrito de apelación alegara que el actor no reunía los presupuestos estipulados en la Ley 33 de 1985, que no sólo comprende la edad y el tiempo de servicios, sino también quien ha de reconocer y pagar la prestación. Lo precedente, por cuanto la demandada además de argumentar que el promotor del proceso no satisfacía la exigencia de los 20 años de servicio en el sector oficial, también adujo que con la decisión del a quo se incurre en un «enriquecimiento sin causa», al concederse una pensión «que no ha sido ni en parte cotizada por el ahora beneficiario para el Estado, a quien sí le corresponde cancelarla (...)». (subraya la Sala).

Es decir que, el I.S.S disiente totalmente de la prestación pensional otorgada, y aunque la presente apelación no es un modelo de impugnación, ni muy clara en su redacción, como bien lo determinó el Tribunal, sí es dable entender que el impugnante también propone que no sea el ISS el llamado a conceder la prestación, al decir que es al «Estado» a quien atañe «cancelarla», esto es, para el caso en estudio los empleadores públicos a los que sirvió el demandante.

Por lo tanto, es perfectamente dable extraer del referido escrito de apelación, que la inconformidad de la parte demandada para solicitar la revocatoria del fallo de primera instancia, no solo se centra en el tiempo servido para el sector oficial sino igualmente frente a quien le corresponde asumir su otorgamiento y pago.

En tales condiciones, el juez de alzada no desbordó su competencia al analizar y resolver si, conforme a la ley, era procedente el reconocimiento del retroactivo pensional liquidado del 1º de enero de 2007 al 30 de septiembre de 2010, ya que acorde con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, resultaba imperativo definir el derecho a la luz de la normatividad aplicable a la pensión, y en esa medida, poder determinar si se podía comenzar a pagar desde el 1º de octubre de 2010 –fecha del retiro del servicio-, tal y como lo hizo el instituto demandado.

En consecuencia, el Tribunal apreció acertadamente el memorial que contiene el recurso de apelación, y asumió el estudio de del retroactivo impuesto en el fallo de primera instancia, frente a lo cual halló su improcedencia a la luz de las disposiciones que regulaban el tema.

Bajo los anteriores presupuestos, no le asiste razón al recurrente al endilgarle al Tribunal una transgresión al principio de consonancia, habida cuenta que la condena impuesta a cargo del ISS sí fue objeto del recurso de apelación, en ese sentido estaba legitimado para controvertir su existencia, razón por la que bien podía el Tribunal revocarla.

En consecuencia, el cargo no prospera.

IX. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por la vía directa, en la modalidad de infracción directa del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en relación con el artículo 21, inciso 2º, de la Ley 100 de 1993, en armonía con el artículo 128 de la Constitución Política, lo que conllevó la aplicación indebida del artículo 8º de la Ley 71 de 1988, en armonía con los artículos 4º, 13, 15, 17 y 157 de la Ley 100 de 1993 y 4º del Decreto 1295 de 1994.

El casacionista, en la demostración del cargo, manifiesta que el Tribunal aplicó indebidamente el artículo

8º de la Ley 71 de 1988 dado que tal disposición no gobierna el caso bajo estudio, pues el disfrute de la pensión de vejez a cargo del ISS está regulada expresamente por el artículo 13 del Acuerdo 090 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable por mandato del artículo 3º inciso 2º de la Ley 100 de 1993. En ese orden de ideas, transcribe el artículo 13 del Acuerdo 049 en mención.

Indica que si bien el artículo 8º de la Ley 71 de 1988 refiere la efectividad y pago de las pensiones, el Acuerdo 049 de 1990, es posterior y regula de manera completa la materia, lo que demuestra la aplicación indebida y la infracción directa, respectivamente, de esos cánones.

Señala que las circunstancias de que al actor le hubiera sido reconocida la pensión de vejez en virtud del régimen de transición y su calidad trabajador oficial, no es óbice para la inaplicación del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, dado que no es necesario el retiro del servicio activo, pues las pensiones que reconoce el ISS no provenían del tesoro público, en la medida que las cotizaciones son recibidas de una entidad pública, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal y pertenecen a un fondo común para el pago de las pensiones, tesis que apoya en la sentencia CSJ SL 6 dic. 2011, rad. 40848.

Advierte que el *ad quem* sustentó su decisión en los artículos 4º, 13, 15, 17 y 157 de la Ley 100 de 1993 y 4º del Decreto 1295 de 1994, con lo cual se equivocó aplicándolos indebidamente, pues tales preceptos no regulan el asunto

bajo discusión; sin embargo, dice, aquellos no impiden que la pensión se reclame desde la fecha en que se dejó de cotizar al sistema, aunque se encuentre vigente la relación laboral.

X. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea del artículo 8º de la Ley 71 de 1988, lo que conllevó la infracción directa del artículo 9º del Decreto 1160 de 1989, en relación con el artículo 128 de la Constitución Política.

Manifiesta que para concluir que la pensión sólo se debe pagar desde que se presenta el retiro del servicio, el Tribunal se basó en el artículo 8º de la Ley 71 de 1988, pero que no tuvo en cuenta que el inciso primero del mismo canon precisa que tal condicionamiento sólo se impone cuando es necesario. En ese orden, plantea que únicamente es necesario cuando la pensión está a cargo de la entidad pública empleadora, no cuando debe ser reconocida por el ISS.

Cita nuevamente la sentencia CSJ SL 6 sep. 2011, rad. 40848, y reitera que toda vez que la pensión no estaba a cargo del tesoro público, no era necesario el retiro efectivo del servicio para comenzar a disfrutarla.

XI. RÉPLICA CONJUNTA A LOS CARGOS SEGUNDO Y TERCERO

El instituto demandado defiende la decisión de segundo grado por ser acertada, dado que el actor dejó de trabajar para Empresas Públicas de Medellín en el año 2010. Así las cosas, señala que no es dable reconocer al demandante el retroactivo desde 2007, pues siguió devengando un salario y durante esa época debía ser afiliado a sistema de seguridad social por ser una obligación de su empleador.

Resalta que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, para la causación y disfrute de la pensión de vejez, dispone que la pensión se reconocerá al cumplir los requisitos mínimos exigidos, pero que será necesaria la desafiliación para entrar a disfrutarla, así como que el artículo 35 *ibídem* consagra que las pensiones a cargo del ISS, se cancelarán previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen; en consecuencia, concluye, no es viable reconocer el retroactivo alegado por el convocante.

XII. CONSIDERACIONES

Dado que los cargos segundo y tercero se dirigen por la vía directa, no son motivo de controversia entre las partes los siguientes supuestos fácticos establecidos así por el Tribunal y debidamente acreditados en el expediente: (i) mediante Resolución 28226 del 31 de octubre de 2007 el Instituto de Seguros Sociales le reconoció al actor la

pensión prevista en la Ley 33 de 1985, aplicable en virtud del régimen de transición, en cuantía inicial de \$1.377.812 para el año 2007 y resolvió *dejar en reserva* la prestación reconocida hasta que Jaramillo Olano acreditara el retiro del servicio activo oficial; (ii) el demandante era servidor público al momento de dicho reconocimiento; (iii) el demandante se desvinculó de su empleadora Empresas Públicas de Medellín a partir del 1º de octubre de 2010, y (iv) a través de la Resolución 017707 se ordenó la inclusión en nómina de la pensión a partir del 1º de octubre de 2010.

Partiendo de estas premisas el Tribunal advirtió la improcedencia de otorgar el retroactivo pensional solicitado por el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2007 y el 30 de septiembre de 2010, pues consideró que la pensión reconocida solo podía disfrutarse a partir del retiro efectivo del servicio.

Esta consideración jurídica es cuestionada por el recurrente, pues asegura que para disfrutar las mesadas pensionales solamente es necesario demostrar el retiro del sistema de pensiones acorde con lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, y no así, la terminación de la relación laboral, pues esto solamente sería indispensable si se presentara una doble asignación del tesoro público, que en este caso no opera, dada la naturaleza parafiscal de los recursos que administra el ISS.

En ese orden, la controversia jurídica sometida a consideración de la Sala radica en determinar el momento a

partir del cual es dable empezar a recibir el pago de la prestación pensional cuando el pensionado ostenta la calidad de trabajador oficial. En relación con el punto objeto de debate, la Sala debe advertir que le asiste razón al juez de apelaciones al considerar como requisito para el disfrute y pago de la pensión de jubilación otorgada al actor en los términos de la Ley 33 de 1985, el retiro efectivo del servicio, pues este fungió como se dijo, como trabajador oficial.

En efecto, esta Colegiatura no desconoce que en los términos del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, invocado por el censor, es necesaria la desafiliación del sistema para disfrutar de la pensión de vejez y no la del cargo; sin embargo, tratándose de afiliados que han laborado en el sector oficial, no basta con acreditar el retiro del régimen pensional sino que es menester efectuar el retiro del servicio activo para poder disfrutar de la prestación de jubilación.

Así lo consagra el artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, aplicable a la pensión oficial prevista en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, cuando señala que la pensión de jubilación, una vez reconocida, se hace efectiva y debe pagarse mensualmente al pensionado desde la fecha en que se haya retirado definitivamente del servicio oficial, hecho que debe demostrar el interesado (CSJ SL, 18 sep. 2012, rad. 38027, CSJ SL 5504-2014 y CSJ SL8997-2016).

En tales condiciones, si bien el juez de alzada fundamentó su decisión en el artículo 8 de la Ley 71 de 1988 y no en el artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, lo

cierto es que su conclusión jurídica consistente en que el pago de la pensión de jubilación estaba supeditada a que se produjera el retiro efectivo del servicio del demandante, fue totalmente acertada.

En efecto, la exigencia del retiro del servicio para que el servidor público pueda disfrutar de la prestación pensional, ha sido sostenida por esta Sala, entre otras, en la sentencia CSJ SL, 1 feb. 2011, rad. 34685; reiterada posteriormente, en la CSJ SL, 21 feb. 2012 y en la CSJ SL, 24 abr. 2012, rad 49236. En la primera de las providencias mencionadas se sostuvo:

Sea lo primero puntualizar que la obligación de pagar la pensión de jubilación a la que tienen derecho los trabajadores oficiales, que fue la reconocida al actor, surge cuando el trabajador se retira del servicio activo, de manera que su reconocimiento ha de hacerse desde el momento del retiro o de la desafiliación, con base en los ingresos devengados hasta tales oportunidades, como que en el cómputo de la pensión debe ser considerado el último día de prestación de servicios.

Precisa advertir que la percepción simultánea de pensión de jubilación oficial y de salarios, en razón de la vigencia de la vinculación laboral, resulta antiética; y que tal incompatibilidad se predica aún en la hipótesis de que hubiese sufrido variación la calidad jurídica con la que se adquirió el derecho a la pensión de jubilación, en tanto que no es de recibo la escisión de la norma en obsequio de aplicarla respecto de los presupuestos para la adquisición de la prerrogativa jubilatoria, pero soslayarla en relación con los requerimientos o condiciones reclamados para su efectividad o disfrute.

Estas orientaciones doctrinarias aparecen vertidas en las sentencias del 1 de agosto de 2006 (Rad. 29.023) y del 28 de noviembre de la misma anualidad (Rad. 28.414). En la primera de ellas, se expresó:

“De otro lado, de conformidad con la legislación anterior y con la vigente a partir de la Ley 100 de 1993, la obligación de pagar la pensión nace cuando el trabajador se retira del servicio o se desafilia de los seguros de IVM (hoy sistema de pensiones), de manera que si ha habido reconocimiento por parte del empleador

(que no es lo usual) y el trabajador sigue laborando, puede generarse el reajuste de la pensión patronal a efectos de liquidarla teniendo en cuenta los últimos ingresos percibidos, pero si no se hizo el reconocimiento y el empleado siguió trabajando, aquél se hará desde el momento del retiro (y no el de la causación del derecho), con base en los ingresos devengados hasta dicha oportunidad.

“Trasladando esas directrices generales al sub lite se tiene que aun cuando en verdad el derecho a la pensión de la demandante se causó en julio de 1999 (incluso tanto la pensión de jubilación como la de vejez), ella no reclamó ninguno de los dos en esa fecha sino que optó por seguir laborando hasta el 4 de octubre de 2004. Así las cosas, el reconocimiento y pago de la pensión patronal, de declararse judicialmente, no podría hacerse sino a partir de dicha fecha y con base en los salarios recibidos hasta esa oportunidad.

Por tanto, la Sala advierte que el actor como trabajador oficial, sólo podía entrar a disfrutar de la pensión de jubilación una vez acreditara el retiro efectivo del servicio y no desde el momento en que se causó la prestación o fuese solo retirado del sistema de pensiones.

Ello es así en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que prevé que no es viable percibir simultáneamente, ingresos a título de salario y pensión, sino que el servidor público que se encuentre ante esa disyuntiva debe optar por uno sólo de los derechos, en la medida en que debe prevalecer la racionalización del gasto público (ver CSJ SL 12296 -2017). En tales condiciones, si el empleado decide continuar con la vinculación laboral en el sector oficial, el disfrute de la pensión sólo procede a partir del momento en que se presenta el retiro definitivo del servicio.

Así se ha considerado por esta Sala de la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4413-2014 rad. 44825 reiterada en sentencias CSJ SL13181-2015 rad. 61760, CSJ SL20780-2017 y CSJ SL17358-2017, en las que también fue demandado el ISS. En la primera de ellas, se precisó:

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:

[...] 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.»

Siendo ello así, resulta acertado considerar que el retiro del servicio en el sector oficial es presupuesto necesario para disfrutar de la prestación pensional.

Ahora, la Corte no desconoce que le asiste razón al recurrente al advertir que el pago de la pensión otorgada por el ISS de manera simultánea con la remuneración como servidor público, no genera una doble asignación proveniente del erario como lo prohíbe el artículo 128 de la Constitución Política, en razón a la naturaleza parafiscal de los recursos que administra el ente demandado. Sin embargo, con independencia de tal consideración, no puede perderse de vista que es por mandato expreso del artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que el pago concurrente de estas dos erogaciones resulta incompatible.

Por lo anterior, no se configura el yerro jurídico endilgado al juez de segundo grado, cuando supeditó el pago de la pensión de jubilación a que se produjera el retiro efectivo del servicio del demandante, lo cual no es una exigencia de reconocimiento del derecho pensional, sino que tal condición de carácter suspensivo debe cumplirse para su efectividad o disfrute (CSJ SL 15084 -2014).

Por lo expuesto, el juez de alzada no cometió los yerros jurídicos endilgados y, por ende, no se casará la sentencia recurrida.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte actora por cuanto la acusación no tuvo éxito y hubo réplica. Se fija como agencias en derecho la suma de \$3.750.000, que se incluirá en la liquidación que se practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

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 dictada el 26 de enero de 2012, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **RAÚL HUMBERTO JARAMILLO OLANO**, contra **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS**, hoy **COLPENSIONES**.

Las costas como se indicó en la parte motiva.

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

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS