



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 1



**MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO**

**Magistrado ponente**

**SL4913-2019**

**Radicación n.º 61590**

**Acta 40**

Bogotá, D. C., trece (13) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **PABLO EMILIO RODRÍGUEZ MECAN**, contra la sentencia proferida por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 14 de diciembre de 2012, en el proceso ordinario laboral que instauró el recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES** y la **EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DEL TOLIMA S.A. EMPOLIMA S.A.**, en liquidación.

Se reconoce personería adjetiva a la doctora Manuela Palacio Jaramillo con TP 198.102 del CSJ, para actuar como apoderada de la sociedad opositora Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder que obra a f.º 76 del cuaderno de la Corte.

## **I. ANTECEDENTES**

El citado accionante convocó a juicio al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, y a Empolima S.A. en liquidación, con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo con dicha sociedad, entre el 21 de agosto de 1964 y el 16 de julio de 1968. A su vez, solicitó que se condenara al ISS y a la mencionada Empolima S.A. a reconocer y pagar la pensión de vejez *«en la cuota parte que corresponde a cada uno de los demandados»*, junto con las 14 mesadas a que tiene derecho debidamente indexadas, además de los intereses moratorios desde el 1 de julio de 2007; que se realizara el descuento para salud a partir de la fecha del ingreso a nómina; lo probado ultra o extra *petita*; y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones en que el demandante nació el 25 de octubre de 1942; que prestó sus servicios al Ministerio de Defensa desde el 1 de septiembre de 1962 hasta el 21 de julio de 1964; que trabajó con Acuatolima S.A., hoy Empolima S.A. en liquidación desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 16 de julio de 1968; que al 1 de abril de «1993» contaba con más de 50 años de edad, siendo beneficiario del

régimen de transición; que realizó aportes al ISS para pensión de vejez, desde el 23 de agosto de 1971 hasta el 30 de junio de 2007, acumulando 740,43 semanas cotizadas en ese periodo; que el 8 de junio de 2007 solicitó la pensión de vejez una vez cumplió con los requisitos exigidos; que el ISS negó la pensión de vejez mediante Resolución 059541 del 12 de diciembre de 2007, frente a la cual interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación; que mediante Resolución 47734 de 6 de octubre de 2008 se resolvió el recurso de reposición; y que a través de la Resolución 004706 de 27 de agosto de 2009, se resolvió el de apelación, en ambas se confirmó la negación de la pensión de vejez.

Expuso que trabajó con Empolima S.A. en liquidación antes Acuatolima S.A., en el cargo de obrero desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 16 de julio de 1968; que la empresa comunicó que no existía soporte alguno que certificara los salarios devengados ni el pago de aportes; que el 12 de agosto de 2002, el Ministerio de Defensa Nacional emitió la certificación laboral de empleados para bono pensional No.7914; y que el 4 de enero de 2010 el ISS emitió historia laboral en la que se reflejaban 740,43 semanas cotizadas.

Al dar contestación a la demanda, el Instituto de Seguros Sociales se opuso a la totalidad de las pretensiones, con excepción de la referente a la declaración de un contrato de trabajo entre el actor y Empolima S.A. en liquidación. En cuanto a los hechos, aceptó como ciertos los siguientes: que el actor nació el 25 de octubre de 1942; que era beneficiario del régimen de transición; que trabajó en el Ministerio de

Defensa; que realizó cotizaciones para pensión de vejez desde el 23 de agosto de 1971 hasta el 30 de junio de 2007; que el 12 de diciembre de esa anualidad el ISS negó la pensión de vejez mediante resolución No. 059541; que presentó los respectivos recursos los cuales fueron resueltos, así mismo admitió la certificación laboral emitida por el Ministerio de Defensa y la historia laboral expedida por el ISS.

En su defensa, precisó que, al analizar la Ley 33 de 1985, la Ley 71 de 1988 y el Acuerdo 049 de 1990, encontró que al actor no le asistía derecho a ninguna prestación pensional, por cuanto: a) en la primera de las normas citadas se establece que debió haber laborado 20 años en el sector oficial, de los cuales sólo acumuló un tiempo de servicios de 1 año, 10 meses y 21 días; b) de la segunda, de los 20 años de aportes que exige esta preceptiva legal, únicamente se aportó 16 años, 3 meses y 12 días; c) y de la tercera norma, apenas cotizó 312 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida y 740 semanas en todo el tiempo, ello cotizado exclusivamente al ISS.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, petición antes de tiempo, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de la indexación o intereses moratorios, pago, buena fe y la «*declaratoria de otras excepciones*».

Por medio de auto de 15 de diciembre de 2010 el

Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá declaró no contestada la demanda por parte de Empolima S.A. en liquidación (f.º 97).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, profirió fallo el 28 de octubre de 2011, en el que resolvió:

**PRIMERO: CONDENAR** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a reconocer y pagar al señor PABLO EMILIO RODRÍGUEZ MECAN, una pensión por aportes, a partir del 1º de julio de 2007, en cuantía inicial de \$433.700, junto con las mesadas adicionales y los reajustes de ley.

**SEGUNDO: ABSOLVER** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de las demás pretensiones de la demanda.

**TERCERO: ABSOLVER** a la EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DEL TOLIMA S.A. - EMPOLIMA S.A. EN LIQUIDACIÓN de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor PABLO EMILIO RODRÍGUEZ MECAN.

**CUARTO: DECLARAR** prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 21 de julio de 2007.

**QUINTO:** Las COSTAS estarán a cargo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Las agencias en derecho de la primera instancia se fijan en \$2'000.000.

Contra la anterior decisión, el ISS, hoy Colpensiones, presentó recurso de apelación, el cual fue debidamente concedido.

## III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante sentencia proferida el 14 de diciembre de 2012, decidió:

**Primero:** *Revocar los ordinales Primero, Cuarto y Quinto de la sentencia de 28 de octubre de 2011, dictada por el Juzgado Doce Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá, D.C, y, en su lugar, Absolver al Instituto de Seguros Sociales de todas las súplicas elevadas por Pablo Emilio Rodríguez Mecan.*

**Segundo:** *Confirmar en lo demás la sentencia de primer grado.*

**Tercero:** *Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la parte actora.*

De manera preliminar, el Tribunal estableció que el problema jurídico a resolver en la alzada se circunscribía a determinar si a través de las pruebas obrantes en el expediente el actor demostraba los 20 años de aportes exigidos por la Ley 71 de 1988, situación que encontró acreditada el juez de primer grado y que fue la base de la condena, o si los aportes resultaban insuficientes como lo expresa la entidad de seguridad social accionada en la alzada.

Argumentó que no había discusión respecto a que el actor era beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que eventualmente le permitiría aspirar a la prestación establecida en la Ley 71 de 1988 artículo 7, en consonancia con el artículo 5 del Decreto 2709 de 1994.

Conforme a la sentencia CSJ SL, 6 mar. 2012, rad. 44428, indicó que para adquirir la pensión contenida en la Ley 71 de 1988, era necesario haber aportado al Instituto de

Seguros Sociales y en entidades de previsión social del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital, pues, de no ser así, no era posible su cómputo.

Aseguró el Tribunal que el *a quo* se equivocó al computar unos periodos que no eran susceptibles de tal inclusión, como fue el servido al Ministerio de Defensa Nacional y el correspondiente a Empolima S.A. en Liquidación, por cuanto, de un lado, el Ministerio emitió una certificación laboral para bono pensional, donde constató que el actor prestó sus servicios como soldado durante el periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 1962 y el 21 de julio de 1964, tiempo en el cual *«No aportó a ningún Fondo de Pensiones»*, y en segundo lugar, en cuanto a Empolima S.A en liquidación manifestó que entre el 12 de agosto de 1964 y el 16 de julio de 1968, *«si bien obra en el expediente un formulario de afiliación al ISS con ingreso el 15 de octubre de 1968, este no fue radicado a dicha entidad, tal como se menciona en la certificación expedida el 17 de septiembre de 2004 por el Gerente Liquidador de Empolima S.A., reiterado en la comunicación de 6 de febrero de 2008»*.

Seguidamente, explicó lo siguiente:

*[...] de las 1038,299 semanas que tomo el a quo, deben descontarse 97,285 correspondientes al tiempo trabajado en el Ministerio de Defensa Nacional y 200,714 en Acuatolima S.A.(hoy Empolima S.A. en liquidación), al no existir aportes durante ese lapso, sin que esta Sala comparta el criterio del fallador de no ser indispensable la cotización a una Caja, con base en una interpretación aislada que hace del Parágrafo 1o del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues de acuerdo a reiterada y pacífica jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como se adoctrinó en las sentencias del 4 de noviembre de 2004*

*radicado 23611, 23 de agosto de 2006 radicado 27651, 9 de noviembre de 2007 radicado 30694, 22 de junio de 2010 radicado 42012 y recientemente en la de 15 de mayo de 2012 radicado 41227, si el afiliado es beneficiario de la transición, debe someterse íntegramente al régimen pretendido.*

Expuestas esas consideraciones, el actor no tenía derecho a la pensión prevista en la Ley 71 de 1988, ya que, si bien acreditaba las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, no ocurría lo mismo con la entidad de previsión social, por cuanto durante el periodo en el que laboró en el sector público no se efectuó aporte alguno.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN**

Interpuesto por Pablo Emilio Rodríguez Mekan, 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 del Tribunal, para que, en sede de instancia, deje en firme el fallo de primer grado que condenó a reconocer y pagar al señor Pablo Emilio Rodríguez Mekan la pensión por aportes.

Con tal propósito, por la causal primera de casación laboral, formula un cargo, el cual fue replicado únicamente por el ISS, hoy Colpensiones, y, a continuación, se estudiará.

## VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia de ser violatoria en forma directa y por aplicación indebida de los artículos 7 de la Ley 71 de 1988, reglamentado por el artículo 5 del Decreto 2709 del 13 de diciembre de 1994, “*este declarado nulo el 28 de febrero de 2013 por el Consejo de Estado - Sala de Contencioso Administrativo - Sección Segunda*”; artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, 149 de la Ley 100 de 1993; y los artículos 48 y 53 de la Constitución Política de 1991.

En la demostración del cargo, el recurrente argumenta que sí resulta viable acceder a una pensión por aportes, por cuanto el derecho pensional público en Colombia se estructuró con base en el tiempo de servicio, mas no en cotizaciones, como es el caso del derecho pensional privado, para lo cual cita unos apartes de la sentencia del Consejo de Estado del 9 de marzo de 2006 con radicado 1719.

Por otro lado, sostiene que las pensiones del sector público están a cargo del presupuesto de la Nación o de las entidades públicas respectivas, sin que sea indispensable el «*aporte*» de los empleados oficiales, pues esto nunca se consideró como un requisito para adquirir el derecho a la pensión de jubilación.

De tal forma, afirma que si se aplica de manera restrictiva el concepto de «*aportes*» establecido en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, genera una restricción del derecho pensional consagrado para aquellos empleados oficiales que

nunca hicieron aportes por no habérselo así exigido la entidad pública empleadora, lo que implica sancionar, no a quien omitió realizar un acto ordenado por la ley sino a los destinatarios del derecho. Asevera que la anterior situación resulta injusta, inequitativa y desproporcionada, tratándose de un derecho irrenunciable, como el de la seguridad social, contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991. De ahí que considere que, en estos casos, se debe computar el tiempo de servicios, sin importar que se hubieran efectuado aportes a la respectiva caja de previsión.

En apoyo de lo anterior, cita fragmentos de las sentencias CC C- 012-1994, CC C-623-1998 y CC T – 543-2013. Además, trae a colación sentencias del Consejo de Estado, entre ellas, el expediente No. 66001-23-000-0527-01-485-2000 de 2001 y otras de las cuales no especificó número de radicado.

Por último, en cuanto al tiempo trabajado para Acuatolima S.A. hoy Empolima S.A. en liquidación, en el cual no se realizó aporte alguno, la censura sostiene que el mismo debe ser pagado al ISS o a la entidad que haga sus veces, como lo tiene previsto el artículo 149 de la Ley 100 de 1993.

## **VII. LA RÉPLICA**

El ISS hoy Colpensiones se opone a la prosperidad del ataque formulado en la esfera casacional, toda vez que asegura que el Tribunal no incurrió en ningún desacierto y que, además, el cargo formulado por el censor contiene varios

yerros de carácter técnico, pues si bien el ataque está orientado por el sendero de puro derecho (vía directa), en la demostración el libelista hizo alusión a aspectos probatorios propios de la senda indirecta o de los hechos.

### **VIII. CONSIDERACIONES**

El Tribunal fundamentó su decisión, básicamente, en que al accionante no se le podía tener en cuenta el tiempo laborado a favor del Ministerio de Defensa y la empresa Empolima S.A. en liquidación, para efectos de consolidar el derecho a la pensión por aportes prevista en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, toda vez que durante esos periodos no se reportaron cotizaciones a las respectivas cajas de previsión social.

Por su lado, la censura reprocha el hecho de que el *ad quem* no hubiera tenido en cuenta las semanas en las que laboró el demandante en el Ministerio de Defensa y Empolima S.A. en liquidación, antes Acuatolima S.A., al usar una interpretación restrictiva de la norma, en la medida en que se debe tener en cuenta el tiempo público así no se hubiere cotizado a la respectiva caja de previsión, causándole un daño al recurrente en su derecho pensional.

Teniendo en cuenta que la censura dirige su ataque en casación a través del sendero del puro derecho, las conclusiones de orden fáctico en que fundamentó el Tribunal su decisión que no son objeto de debate, son las siguientes: (i) que el señor Pablo Emilio Rodríguez Mekan prestó su

servicio militar al Ministerio de Defensa desde el 1 de septiembre de 1962 hasta el 21 de julio de 1964, periodo en el cual no se efectuaron aportes a «ningún Fondo de pensiones» (f.º 20); (ii) que laboró con Acuatolima S.A., hoy Empolima S.A. en liquidación desde el 21 de agosto de 1964 hasta el 16 de julio de 1968, como da cuenta la documental de folios 9 a 11, 13, 14, 23 y 55; (iii) que a pesar de que obra en el expediente un formulario de afiliación al ISS, con ingreso el 15 de octubre de 1968 (f.º 53), «éste no fue radicado a dicha entidad» (f.º 55) y, por tanto, no se encontraba afiliado durante el lapso servido a dicha sociedad; (iv) que el actor realizó aportes al ISS para pensión de vejez con otros empleadores y como independiente, desde el 23 de agosto de 1971 hasta el 30 de junio de 2007, acumulando 740,43 semanas cotizadas y (v) que el accionante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Encuentra la Sala que el tema sometido a su consideración, consiste en determinar si el Tribunal se equivocó al no tener en cuenta el tiempo servido al Ministerio de Defensa, al igual que a Empolima S.A. en liquidación, por no haberse realizado aportes a ninguna caja de previsión o al ISS durante los periodos correspondientes al 1 de septiembre de 1962 y el 21 de julio de 1964, y del 21 de agosto de 1964 al 16 de julio de 1968, y así denegar el derecho a la pensión por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988

En primer lugar, se debe recordar que la orientación jurisprudencial, conforme a la cual la pensión de jubilación

del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, únicamente se causa cuando los tiempos de servicio hayan sido objeto de aportes a cajas de previsión social, fue superada mediante sentencia CSJ SL4457-2014, rad. 43904, reiterada, entre otras, en las decisiones CSJ SL 6297-2014, CSJ SL15524-2015, CSJ SL1586-2015, CSJ SL16081-2015, CSJ SL5987-2016, CSJ SL 10453-2016 y en la CSJ SL 18427-2017, a través de la cual se definió que, para tales efectos, se debía tener en cuenta el tiempo público sin importar si en realidad se efectuaron aportes a entidades de pensión o de seguridad social. En aquella oportunidad la Sala expuso:

*[...] el régimen de jubilación por aportes, no desconoció, ni antes ni después de la Constitución Política de 1991, que el derecho fundamental e irrenunciable a la pensión no puede verse truncado por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social, máxime si se tiene en cuenta que otrora, la afiliación a la seguridad social para los servidores públicos no era obligatoria sino facultativa, de modo que la ausencia de cotización no puede imputársele a ellos, y menos, puede afectar sus derechos pensionales que en todo caso se encontraban amparados por las disposiciones – Decreto reglamentario 1848 de 1969- que garantizaban el reconocimiento pensional a cargo de la entidad de previsión a la cual estuvieran afiliados o, en su defecto, a cargo directo de la entidad o empresa oficial empleadora por el mero tiempo de servicios.*

*En el mismo sentido, el derecho irrenunciable a la pensión, tampoco puede verse limitado por disposiciones reglamentarias con alcances restrictivos como la que contenía el artículo 5° del Decreto 2709 de 1994, según la cual:*

*Artículo 5°. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.*

*Es decir, conforme a la citada norma solo podían computarse a efectos de obtener la pensión de jubilación por aportes, el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales y el cotizado a las cajas*

*de previsión del sector público, sin que pudiera sumarse el tiempo servido a entidades privadas que no cotizaron en el ISS, ni el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades de seguridad social.*

*No obstante, tal disposición fue declarada nula por el Consejo de Estado, Corporación que, al revisar el tema en sentencia de la Sección Segunda del 28 de febrero de 2013, expediente 11001-03-25-000-2008-00133- 00 (2793-08), estimó que el Presidente de la República excedió las facultades reglamentarias que le otorga en numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política [...].*

*En adición a lo expuesto, no debe perderse de vista que si bien la Ley 100 de 1993 previó un régimen de transición a fin de respetar las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a pensionarse conforme al régimen anterior, dicha transición debe aplicarse en el marco del nuevo contexto constitucional y legislativo imperante, y en observancia del principio de equidad que debe regir en y entre los regímenes pensionales existentes, lo cual supone que esos tiempos servidos –no cotizados- no puedan ser despreciados o desechados para efectos del cómputo de la denominada pensión de jubilación por aportes.*

*En este orden de ideas, conforme a los postulados constitucionales y legales atrás referidos, y frente a la citada decisión del Consejo de Estado a través de la cual se declaró la nulidad del artículo 5° del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, reglamentario del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, la Corte estima necesario rectificar su actual criterio y, en su lugar, adoctrinar que para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social. (Subraya la Sala).*

En este orden de ideas, el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 permite a los trabajadores sumar el tiempo laborado en entidades oficiales, así no se hubiera realizado los aportes respectivos al Instituto de Seguros Sociales o a una caja de previsión, fondo o entidad del sector público o privado, con las semanas efectivamente cotizadas al ISS.

En consecuencia, el Tribunal se equivocó al no tener en cuenta el tiempo durante el cual el trabajador prestó

servicios en el Ministerio de Defensa y en Empolima S.A. en liquidación, cuya naturaleza jurídica es la de una empresa industrial y comercial del Estado, puesto que dicha decisión la soportó en un criterio distinto al desarrollado en la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral en la actualidad, el cual adoctrina que debe tenerse en cuenta el tiempo que el recurrente desempeñó labores para la entidad pública, sin importar si realizó o no aportes a entidades de previsión o de seguridad social.

Cabe agregar que la prestación del servicio militar, para efectos de la pensión por aportes, se debe sumar como tiempo público no cotizado, tal como se puntualizó en la sentencia CSJ SL4100-2018, rad. 64275, en la que se señaló:

*En torno al tiempo de servicio militar obligatorio en materia pensional, lo que tiene dicho la Sala es que puede ser computado siempre y cuando la pensión esté a cargo del Estado y se cause en vigencia del artículo 40 de la Ley 48 de 1993. Así se ha dicho, entre otras, en las sentencias del 21 de marzo de 2012, radicación 42489, 2 de mayo de 2012, radicación 42383 y más recientemente el 30 de abril de 2014, en la sentencia SL 5661 – 2014, radicación 48270.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, por el factor temporal, al haber cumplido el señor MONTOYA HERRERA los dos requisitos en vigencia de la Ley 48 de 1993, le resultaba aplicable el artículo 40 de la citada ley, pues el actor configuró su derecho a la pensión de vejez el 05 de noviembre de 2004, cuando ya la citada ley había entrado en vigor, con lo cual se puede concluir, en este primer aspecto, que no hubo una aplicación retroactiva de esta disposición.*

*El anterior criterio ha sido reiterado en varias oportunidades por esta Sala de la Corte, baste citar la sentencia del 2 de mayo de 2012 Rad. 42383, cuando al efecto dijo:*

*Ahora bien, al ser lo pretendido por el actor, el reconocimiento y pago de una pensión de jubilación a la luz del artículo 1° de la Ley 33 de 1985, para que se considere como un hecho consolidado se requiere la configuración de dos hechos, un tiempo de servicio de*

*20 años como servidor público, y haber llegado a la edad de 55 años, de forma tal, que hasta tanto no se reúnan aquellos el derecho está en plena formación.*

*“Así las cosas, al haber cumplido el actor con el segundo de ellos, en vigencia de la Ley 48 de 1993, y al cumplir la edad exigida el 19 de octubre de 2006, no considera esta Sala que se presente una indebida aplicación de dicha ley, pues ese hecho se configuró durante su vigencia, de forma tal, que al aplicarse dicha disposición, se debe tener en cuenta el tiempo que se desempeñó como soldado regular, al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, para el computo del tiempo de servicios como servidor público, bajo los criterios contenidos en la Ley 33 de 1985.*

*En cuanto al segundo aspecto, esto es, que la pensión esté a cargo del Estado, el hecho de que en el presente caso dicha prestación la asuma el ISS, como última entidad de previsión a la que se efectuaron los aportes, conforme al artículo 10 del Decreto 2709 de 1994, no desvirtúa que el tiempo prestado por el actor como servicio militar obligatorio esté a cargo directo de la Nación, pues el artículo 11 ibídem, establece que:*

**ARTICULO 11. CUOTAS PARTES.** *todas las entidades de previsión social a las que un empleado haya efectuado aportes para obtener esta pensión, tienen la obligación de contribuirle a la entidad de previsión pagadora de la pensión con la cuota parte correspondiente.*

*Para el efecto de las cuotas parte a cargo de las demás entidades de previsión, la entidad pagadora notificará el proyecto de liquidación de la pensión a los organismos concurrentes en el pago de la pensión, quienes dispondrán del término de quince (15) días hábiles para aceptarla u objetarla, vencido el cual, si no se ha recibido respuesta, se entenderá aceptada y se procederá a expedir la resolución definitiva de reconocimiento de la pensión.*

*La cuota parte a cargo de cada entidad de previsión será el valor de la pensión por el tiempo aportado a esta entidad, dividido por el tiempo total de aportación.*

*Ahora bien, en lo que respecta a la pensión por aportes en sí, lo que ha sostenido la jurisprudencia de la Sala es que el tiempo de servicio militar no es computable para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes prevista en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, con base en que, para esta prestación se requería de cotizaciones efectivamente sufragadas.*

*Dicho criterio fue expuesto por la Sala en sentencia CSJ SL, 19 Oct 2011, Rad. 41672, reiterada en las CSJ SL, 6 Mar 2013, Rad. 39463 y CSJ SL, 2 May 2012, Rad. 42383, cuando adoctrinó:*

*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.*

*[...]*

*Sin embargo, dada la nueva integración de la Sala y en consideración a recientes sucesos normativos, en sentencia CSJ SL 4457-2014, esta Corporación cambió su criterio jurisprudencial en cuanto estimó que el derecho a la pensión no podía verse truncado por la circunstancia de que la entidad a la que se hubieran prestado los servicios no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social.*

*En la citada providencia se dijo:*

*No obstante, dada la nueva integración de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ante nuevos sucesos normativos, resulta ahora insoslayable revisar las consideraciones vigentes en torno a la interpretación y alcance que se le ha dado tanto al artículo 7º de la Ley 71 de 1988 así como a sus reglamentos para acceder a la pensión por aportes. Ello implica recordar cuáles fueron los motivos que tuvo el legislador para establecerla y cómo ha sido su aplicación frente a las posteriores regulaciones constitucionales y legales en materia pensional.*

*[...]*

*Este recuento le permite a la Sala dilucidar que el régimen de jubilación por aportes, no desconoció, ni antes ni después de la Constitución Política de 1991, que el derecho fundamental e irrenunciable a la pensión no puede verse truncado por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social, máxime si se tiene en cuenta que otrora, la afiliación a la seguridad social para los servidores públicos no era obligatoria sino facultativa, de modo que la ausencia de cotización no puede imputársele a ellos, y menos, puede afectar sus derechos pensionales que en todo caso*

*se encontraban amparados por las disposiciones – Decreto reglamentario 1848 de 1969- que garantizaban el reconocimiento pensional a cargo de la entidad de previsión a la cual estuvieran afiliados o, en su defecto, a cargo directo de la entidad o empresa oficial empleadora por el mero tiempo de servicios.*

[...]

*Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial, estima la Sala que no se equivocó el Tribunal al considerar que era posible sumar el tiempo del servicio militar obligatorio del actor, para efectos de completar el tiempo necesario para estructurar el derecho a la pensión por aportes prevista en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, máxime si como se señaló en la jurisprudencia transcrita el artículo 5 del Decreto 2209 de 1994, misma sobre la cual apoya la Censura su argumentación, fue declarada nula por el Consejo de Estado en sentencia de 28 de febrero de 2013.*

Por lo anterior, el Tribunal incurrió en un yerro jurídico al concluir que no se debía tener en cuenta el tiempo laborado por el demandante en el Ministerio de Defensa y en la empresa Empolima S.A. en liquidación, en razón a que no existían cotizaciones durante esos periodos, pues, se reitera, el criterio actual de esta Sala consiste en que, a efectos de conceder la pensión de jubilación por aportes establecida en la Ley 71 de 1988, debe tenerse en cuenta el tiempo que el recurrente desempeñó labores para las entidades públicas, sin importar si realizó o no aportes a entidades de previsión o de seguridad social.

En esa medida la Corte casará la sentencia impugnada.

Sin costas en casación toda vez que el cargo prospera.

## **IX. SENTENCIA DE INSTANCIA**

El recurso de apelación del ISS, hoy Colpensiones, está cimentado, básicamente en dos reproches: i) que al actor no

se le debe tener en cuenta el tiempo laborado a favor del Ministerio de Defensa y la empresa Empolima S.A., en razón a que durante esos periodos no efectuó aportes al sistema de seguridad social; y *ii)* que, en caso de mantenerse la condena en su contra, la fecha a partir de la cual debe pagar la pensión por aportes debe ser desde noviembre de 2007, por ser éste el momento en que fue desafiliado del ISS.

Respecto de la primera inconformidad, bastan las consideraciones vertidas en sede de casación, referentes a que al actor debió tenerse en cuenta el tiempo prestado como servicio militar en el Ministerio de Defensa y el periodo en que laboró para la empresa Empolima S.A. en liquidación, para efectos de completar los requisitos del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, que le permitieran acceder a la pensión de jubilación por aportes, que además se causa en vigencia del artículo 40 de la Ley 48 de 1993, sin importar si en realidad se efectuaron aportes a entidades de pensión o de seguridad social.

En este punto, resulta menester precisar que Empolima S.A. en Liquidación, según Escritura Pública 001178 del 1 de junio de 1977 de la Notaría Segunda de Ibagué (f.º 34 a 41, *«es una EMPRESA INDUSTRIAL Y COMERCIAL DEL ESTADO, de ámbito regional [...] es un organismo descentralizado del orden nacional perteneciente al sector Salud y sometida a las reglas propias de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado»*, calidad jurídica que ostentaba, incluso, en los periodos en que el actor le prestó sus servicios, lo cual consta en el Certificado de Existencia y

Representación Legal de la empresa, obrante a folios 34 a 41 del cuaderno principal.

Ahora bien, el segundo reproche se circunscribe a determinar la fecha en la cual debe reconocerse la pensión por aportes a favor del demandante, toda vez que el ISS solicita que sea desde el 23 de noviembre de 2007, puesto que, según certificación de Prosperar de fecha 28 de junio de 2010 (f.º 59), el señor Rodríguez Mekan estuvo vinculado al Fondo de Solidaridad Pensional Régimen Subsidiado de Pensiones, desde el 1 de octubre de 2004 hasta la fecha en mención.

Aquí debe recordarse que ha sido criterio reiterado de la Sala de Casación Laboral que, cuando se trata de una pensión concedida en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en principio, su disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema, de conformidad con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990. Sobre el particular, la Corte en sentencia CSJ SL15091-2015, puntualizó:

*En ese orden, es evidente y surge nítidamente del precepto en comento (artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990) que para poder entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es necesaria la desafiliación del sistema, lo que consecuentemente indica que mientras no exista esa desafiliación, el pensionado no puede recibir el importe de la mesada. Y la censura, en este punto, sostiene que la dicha situación no tiene cabida cuando se trata del reajuste de una pensión ya reconocida, pero si cuando se solicita el reconocimiento de una pensión de vejez desde una fecha anterior a la desafiliación y posterior a la estructuración de la pensión. Sin embargo, para la Sala tal distinción es irrelevante, porque en cualquier caso se necesita la desafiliación para entrar a disfrutar de la pensión de vejez. Si el Instituto reconoce una pensión desde su causación y sin mediar la desafiliación del*

*sistema del pensionado –que continúa cotizando-- la empieza a pagar, sin duda contraviene el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.*

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, la Corte ha admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez. Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Sala ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

Igual sucede cuando de la conducta del afiliado se colige su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, pues en esos casos, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del mismo, ya que el trabajador no asume la omisión del empleador (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605, CSJ SL4611-2015 y, recientemente, en la CSJ SL5603-2016).

En la sentencia CSJ SL 5603-2016, reiterada en la CSJ SL17999-2017, la Corte precisó:

*El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.*

*Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.*

*No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.*

[...]

*En este orden, podría decirse que, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.*

[...]

*Así las cosas, en el sub examine, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala «si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario» (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).*

*Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el ad quem y que denominó «teoría de la desafiliación tácita del sistema», cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.*

*El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues*

estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, **dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido.**

**En este asunto, concurrieron dos factores que al Tribunal le permitieron adquirir certeza de la intención del demandante de no seguir vinculado al sistema de pensiones: por una parte, la cesación definitiva de sus aportes a partir del ciclo de junio de 2008 y, por otra, su solicitud de pago de la pensión o de la indemnización sustitutiva.**

Es de anotar que la petición de reconocimiento de indemnización sustitutiva cobra suma relevancia para efectos de dilucidar claramente la voluntad del afiliado, pues dicha solicitud según el art. 3° del D. 1730/2001, debe estar acompañada de la declaración del afiliado «bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando».

Por ello, la importancia que el Tribunal le dio no era para menos, ya que, ella expresa la voluntad de no pertenecer al sistema por imposibilidad de seguir aportando. (subraya y resalta la Sala)

Entonces, si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como *requisito necesario* para el disfrute de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de administrar justicia, sin que ello comporte una «transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica» (CSJ SL5603-2016).

Así las cosas, sin perjuicio de que el retiro del sistema sea una condición necesaria para el disfrute de la pensión, en la práctica esa voluntad puede manifestarse de diversas

maneras, como cuando se suspenden definitivamente los aportes o cuando se solicita el reconocimiento pensional, y no únicamente con la prueba formal de la novedad de retiro.

Precisado lo anterior, y con el fin de dilucidar si le asiste razón al apelante, esta Sala se remite a la certificación que reposa a folio 59 del cuaderno principal, la cual da cuenta del estado de afiliado del demandante hasta el 23 de noviembre de 2007. Asimismo, se observa que el señor Rodríguez Mekan solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el 8 de junio de 2007 (fº25) y cotizó hasta el 30 de junio del mismo año, según se desprende de la historia laboral, obrante a folio 24.

Lo anterior conduce a afirmar que, si bien el demandante estuvo afiliado hasta el 23 noviembre de 2007, lo cierto es que también realizó la solicitud al ISS para que le concediera la pensión de vejez en junio del año en mención, y además efectuó su último aporte al sistema para el riesgo de pensión el día 30 de este mes, actuaciones que, conforme quedó ampliamente explicado, reflejan que la verdadera intención del accionante era la de no seguir vinculado al sistema de pensiones y, por tal razón, era dable que el Juzgado ordenara el reconocimiento y pago de la prestación a partir del día siguiente al que se presentó la cesación de aportes, es decir, se itera, desde el 1 de julio de 2007. De ahí que no le asista razón a la entidad apelante en su reproche.

Como quiera que los términos en que se dispuso la condena de la pensión por aportes y la prescripción de las

mesadas anteriores al 21 de julio de 2007 no fueron objeto de reproche por ninguna de las partes, estos aspectos se mantienen incólumes.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto condenó al ISS al reconocimiento y pago de la pensión por aportes, a partir del 1 de julio de 2007. De otro lado, se revocará la absolución impartida a la sociedad Empolima S.A. en liquidación para, en su lugar, condenarla a pagar al ISS la cuota parte correspondiente al tiempo de servicios laborado por el actor en esa empresa y se autorizará al ISS para que, asimismo, le cobre a la Nación Ministerio de Defensa el pago de la cuota parte que a éste le corresponde.

Así las cosas, la Corte, actuando como Tribunal de instancia, confirmará los numerales primero, segundo y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá de fecha 28 de octubre de 2011; revocará el numeral tercero de la decisión del *a quo*, para, en su lugar, condenar a la empresa Empolima S.A. en liquidación a pagar al ISS la cuota parte correspondiente al tiempo de servicios laborado por el actor, por el periodo comprendido entre el 21 de agosto de 1964 y el 16 de julio de 1968 a favor de la respectiva entidad de seguridad social, conforme el inciso 2° del artículo 7 de la Ley 71 de 1988; se autorizará al ISS para que efectúe el cobro a la Nación Ministerio de Defensa del pago de la cuota parte que a éste le corresponde; y modificará el numeral quinto y, en su lugar, no impondrá costas en la alzada por no haberse causado. Las de primera instancia serán a cargo de ambas demandadas.

## **X. 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, **CASA** la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2012, por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **PABLO EMILIO RODRÍGUEZ MECAN** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES** y **LA EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DEL TOLIMA S.A. EMPOLIMA S.A.**

En sede de instancia: **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** los numerales primero, segundo y cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral Adjunto del Circuito de Bogotá de fecha 28 de octubre de 2011.

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral tercero de la decisión del *a quo*, para, en su lugar, **CONDENAR** a la empresa Empolima S.A. en liquidación a pagar al ISS la cuota parte correspondiente al tiempo de servicios laborado por el actor, por el periodo comprendido entre el 21 de agosto de 1964 y el 16 de julio de 1968 a favor de la respectiva entidad de seguridad social, conforme el inciso 2° del artículo 7 de la Ley 71 de 1988. Asimismo, se autorizará al ISS para que efectúe el cobro a la Nación Ministerio de Defensa del pago de la

cuota parte que a éste le corresponde, por el lapso del 1° de septiembre de 1962 al 21 de julio de 1964.

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral quinto y, en su lugar, no imponer **COSTAS** en la alzada por no haberse causado. Las de primera instancia serán a cargo de ambas demandadas.

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

**MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO**

**DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA**

**ERNESTO FORERO VARGAS**