

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrado ponente

SL9669-2017

Radicación n.º 51241

Acta 24

Bogotá, D. C., cinco (05) de julio de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 28 de enero de 2011, dentro del proceso ordinario laboral que fue promovido en su contra por el señor **ALFONSO AYALA GÓMEZ**.

I. ANTECEDENTES

El señor Alfonso Ayala Gómez presentó demanda ordinaria laboral en contra de la Empresa de Energía de Bogotá S.A., con el fin de obtener el reconocimiento de una pensión de jubilación, en los términos previstos en la Ley 33 de 1985, debidamente indexada.

Para fundamentar sus súplicas, señaló que le había prestado sus servicios a la entidad demandada entre el 17 de abril de 1972 y el 30 de mayo de 1997, por más de 24 años, teniendo la condición de trabajador oficial; que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por esa vía, tiene derecho al reconocimiento de la pensión prevista en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, en la medida en que cumplió 55 años de edad y más de 20 de servicio como empleado oficial; que reclamó el reconocimiento de dicha prestación pero le fue negada, con el equivocado argumento de que no tenía derecho a recibir una pensión de naturaleza convencional, además de que ya se había seguido un juicio por ese concepto.

La entidad convocada al proceso se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Admitió que el actor le había prestado sus servicios, pero aclaró que había ostentado la condición de trabajador particular para la fecha de la terminación de su vínculo, además de que le había negado el reconocimiento de la pensión de jubilación. En torno a los demás hechos, expresó que no eran ciertos o que no tenían esa connotación. Explicó también que el demandante no tenía derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes concebida en la Ley 71 de 1988, porque no tenía la edad requerida para ello y porque siempre había estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales. Propuso las excepciones de fondo de petición antes de tiempo, cobro de lo no debido, falta de causa, inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, el Juzgado Segundo Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá profirió fallo el 30 de mayo de 2008, por medio del cual condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante la pensión de jubilación prevista en la Ley 33 de 1985, a partir del 5 de enero de 2003, en cuantía inicial de \$824.126.00, junto con los reajustes legales pertinentes.

En lo fundamental, indicó que el actor le había prestado sus servicios a la entidad demandada durante más de 24 años, como trabajador oficial, además de que era beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que cumplía con los requisitos para obtener la pensión de jubilación, al amparo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985.

Precisó, asimismo, que no resultaba trascendente el cambio de naturaleza jurídica de la entidad, operado con posterioridad a la finalización del vínculo laboral, ni el hecho de la afiliación del trabajador al Instituto de Seguros Sociales, cuando no era afiliado obligatorio, pues, de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, en esos casos el empleador seguía estando a cargo de la pensión oficial, con la posibilidad de compartirla con el Instituto de Seguros Sociales.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandada, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de la sentencia del 28 de enero de 2011, confirmó la decisión emitida por el juzgador de primer grado.

Para fundamentar su decisión, el Tribunal expuso lo siguiente:

Al revisar el texto demandatorio como instrumento genitor de la presente acción, de entrada se observa una deficiencia insalvable en la que se incurre por parte del recurrente al pretender desquiciar la sentencia que puso fin al litigio, argumentando que se debe revocar la decisión condenatoria por cuanto el demandante no reúne los requisitos para obtener la pensión por aportes de la Ley 71 de 1988, al indicar que a diciembre de 1988 cuando entró en vigencia la citada normatividad, el actor no tenía (sic) los 50 años exigidos para su aplicación sino que al nacer en 1948 solo contaba con 41 años de edad, y que esa preceptiva solo otorga el derecho cuando el trabajador cumpla 60 años, por lo que en sentir del apelante, se estructura la excepción de fondo de petición antes de tiempo.

La anterior argumentación tendría sentido, si la decisión hubiese contemplado o al menos se hubiese ocupado del estudio de la pensión por aportes sobre la que yergue su descenso (sic) el memorialista. En todo caso, lo cierto es que el sentenciador de primera instancia en su decisión de manera clara y sin lugar a interpretaciones diferentes condenó a la demandada EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP a pagar al demandante ALFONSO AYALA GÓMEZ en su calidad de trabajador oficial, la pensión de jubilación consagrada en la ley 33 de 1985 a partir del 5 de enero de 2003.

Con los anteriores supuestos de hecho, la Sala se ocupa del estudio del recurso de apelación propuesto por el apoderado de la parte demandante (sic) (fls 407 a 410), manifestando desde ahora que no esta (sic) llamado a prosperar por cuanto, las críticas (sic) formuladas, en ningún momento están encaminadas a combatir la decisión del juzgador de primera instancia que ya

se refirió, con lo cual sin mayor esfuerzo se observa que el memorialista se distanció de los requisitos y no tuvo en cuenta para el efecto que de conformidad con el art. 357 del Código de Procedimiento Civil, el recurso de apelación se interpone en cuanto a lo que se haya pronunciado en la sentencia y resulte desfavorable al apelante, sin que el superior puede (sic) enmendar la providencia o manifestarse en lo que no fue objeto de pronunciamiento del fallador de primera instancia. En ese mismo hilo conductor, la norma especial del artículo 35 de la ley 712 de 2001 que adicionó el principio de consonancia para el recurso de apelación en materia laboral en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo, delimita la competencia del Tribunal a la materia del recurso.

Aterrizando entonces el análisis al sublite, a prima facie (sic) se observa que al atacarse la sentencia no se cuestiona ninguno de los motivos que in extenso llevaron al convencimiento en el juzgador de primera instancia a la decisión de condenar a la pensión de jubilación de la ley 33 de 1985, es que en el recurso lo que se cuestiona es una situación nueva, no expuesta en el petitum de la misma, ni ordenada o contemplada como condena en la sentencia impugnada, por lo que las críticas (sic) apenas son manifestaciones contradictorias que distraen y desvanecen la materia de censura, deficiencia argumentativa que conlleva a (sic) mantener incólume la decisión de primera instancia porque formalmente con las críticas (sic) expuestas la sentencia no ha sido confrontada, entonces se concluye que por las razones de orden legal del trámite del recurso ya analizadas y en respeto del debido proceso como derecho fundamental, impiden acceder a las imploraciones revocatorias que en su oportunidad legal interpuso el único apelante, todo porque esas críticas (sic) ninguna relación tienen con la materia del fallo.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por el apoderado de la parte demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, que procede a resolverlo.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case totalmente la sentencia recurrida y que, en sede de instancia, revoque la

decisión emitida por el juzgador de primer grado y absuelva a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación laboral, oportunamente replicados y que pasan a ser examinados por la Sala.

VI. PRIMER CARGO

Se formula de la siguiente manera:

La acuso de violar por vía indirecta en el concepto de aplicación indebida como norma medio el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y como norma fin el artículo 7º. de la ley 71 de 1988; en relación con los artículos 2, 6, 7, 40, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo, como medio; artículos 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 187, 251, 252, 253, 254, 258, 268 y 345 del Código de Procedimiento Civil, como medio, por manifiestos errores de hecho en la apreciación de las siguientes pruebas: a) el registro civil de nacimiento (folio 15), b) la contestación de la demanda (folios 126 a 137), c) el aviso de entrada del trabajador al ICSS (folio 138), c) reporte de semanas cotizadas al ISS (folios 319 al 326) y d) el memorial por medio del cual se interpuso en (sic) recurso de apelación contra la sentencia (folios 407 a 410).

Alega que el Tribunal incurrió en los siguientes errores de hecho manifiestos:

1º. Dar por probado, sin estarlo, que los argumentos del memorial por medio del cual se interpuso en (sic) recurso de apelación contra la sentencia “en ningún momento están encaminadas (sic) a combatir la decisión del juzgador de primera instancia”.

*2º. No haber dado por probado, estándolo, que los argumentos del memorial por medio del cual se interpuso en (sic) recurso de apelación contra la sentencia **si** (sic) (resalto) están encaminadas (sic) a combatir la decisión del juzgador de primera instancia.*

En desarrollo de la acusación, el censor arguye que los argumentos incluidos en el recurso de apelación que fue interpuesto contra la sentencia de primer grado sí estaban encaminados a combatir los fundamentos de la decisión de primer grado y que el Tribunal erró al no reconocerlo.

Indica, en ese sentido, que en contraposición a la demanda, la convocada al juicio había planteado que el demandante, para cuando presentó la demanda, no tenía la edad de 60 años prevista para obtener la *pensión de jubilación por aportes* establecida en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, de manera que se configuraba la excepción de petición antes de tiempo. Igualmente, que esa misma argumentación fue la que se desarrolló cuando fue interpuesto y sustentado el recurso de alzada.

Agrega que al haber sido planteada y sustentada la referida excepción, además de haberse insistido en ella en el recurso de apelación, si se hubiera declarado probada, se habría accedido a la inmediata revocatoria de la decisión de primer grado, «...*que condenó a la pensión de que trata la ley 33 de 1985.*»

Dice también que el Tribunal no revisó el registro civil de nacimiento del actor, el aviso de entrada al Instituto de Seguros Sociales y el reporte de semanas cotizadas, de lo que hubiera podido inferir que el trabajador estuvo afiliado a la seguridad social y no tenía 60 años de edad para cuando presentó la demanda, además de que la defensa de la demandada «...*se basó en el hecho de tener derecho el*

actor a la pensión por aportes de la ley 71 de 1988 y no a la pensión de que trata la ley 33 de 1985.»

VII. RÉPLICA

El apoderado de la parte demandante presenta réplica conjunta a los dos cargos y sostiene que el demandante era beneficiario del régimen de transición, por lo que tenía derecho a que su pensión le fuera reconocida en las condiciones más favorables, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, ya que cumplía con todos los requisitos allí dispuestos. Subraya, de igual forma, que la Ley 71 de 1988, a la que hace alusión la censura, solo es aplicable cuando el tiempo de servicio oficial no es suficiente para obtener la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, que no fue el caso aquí planteado, y que a pesar de la afiliación del trabajador al Instituto de Seguros Sociales, la demandada seguía a cargo de la pensión oficial, como lo ha precisado la jurisprudencia emanada de esta corporación.

VIII. CONSIDERACIONES

En realidad, desde el punto de vista fáctico, que es por el que se encamina expresamente el cargo, a lo largo del proceso, desde la contestación de la demanda y hasta la presentación del recurso de alzada, la entidad demandada no argumentó con razones válidas y suficientes por qué el actor no tendría derecho al pago de la *pensión de jubilación oficial* establecida en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, a los

55 años de edad, o por qué el pago de esa prestación no estaría a su cargo, sino que se limitó a decir que el demandante no tenía la edad de *60 años*, necesaria para obtener la *pensión de jubilación por aportes* prevista en la Ley 71 de 1988.

En ese sentido, el Tribunal no incurrió en algún error de hecho al advertir que la petición del demandante, discutida a lo largo del proceso, fue el reconocimiento de la *pensión de jubilación oficial*, a los 55 años de edad, pues eso es lo que dimanaba diáfananamente de la demanda, además de que nunca se reclamó ni evaluó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, para ordenar el pago de la *pensión de jubilación por aportes*, a los 60 años de edad, que hubiera podido dar lugar a declarar probada la excepción de petición antes de tiempo.

También es cierto que, como lo precisó el Tribunal, en el recurso de alzada no se combatieron expresamente los supuestos que tuvo en cuenta el juzgador de primer grado, para ordenar el pago de la pensión de jubilación oficial, que en esencia estuvieron dados en que: *i)* el trabajador había cumplido más de 55 años de edad y más de 20 de servicio oficial; *ii)* que era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; *iii)* y que la privatización posterior de la entidad o la afiliación del servidor al Instituto de Seguros Sociales, en tiempos en los que no era afiliado obligatorio, no impedían el reconocimiento de la prestación, puesto que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta sala, era el empleador quien debía pagarla, con la posibilidad de

compartirla con la pensión de vejez otorgada por el mencionado instituto.

En tal medida, tampoco hubo error de hecho del Tribunal al concebir que, «...*formalmente, con las críticas (sic) expuestas la sentencia no ha sido confrontada...*», ni al obviar que el demandante, para la fecha de presentación de la demanda, no había cumplido 60 años de edad, pues, en el marco de su decisión, tal hecho no resultaba trascendente, en la medida en que, como allí se resaltó, la pensión pedida y concedida fue la oficial, a los 55 años de edad, prevista en la Ley 33 de 1985.

Ahora bien, si por amplitud la Sala reconociera que, con todo y lo deficientes que resultaron los fundamentos del recurso de alzada, el Tribunal estaba obligado a analizar la validez del reconocimiento de la pensión de jubilación oficial de la Ley 33 de 1985, cuestión que, valga resaltarlo, no es la que se plantea en el recurso de casación, llegaría a la misma conclusión, pues lo cierto es que a lo largo del proceso nunca estuvo en discusión el hecho de que el actor había prestado sus servicios como trabajador oficial durante más de 20 años, como lo certificó la propia entidad enjuiciada (fol. 294), así como que tenía cumplidos 55 años de edad (fol. 15) y era beneficiario del régimen de transición, que bien le permitía la aplicación del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, en cuanto a las condiciones de edad, tiempo y monto.

Adicional a ello, la Sala ha precisado que, como lo concibió el juzgador de primer grado, la privatización

posterior de una entidad no es obstáculo para reconocer la pensión de jubilación oficial a quien ha prestado sus servicios durante más de 20 años, como trabajador oficial, además de que para los trabajadores oficiales no estaba claramente establecido un régimen de subrogación pensional como el de los trabajadores particulares, que le permitiera asumir al Instituto de Seguros Sociales la pensión de jubilación oficial. (Ver CSJ SL, 1 nov. 2011, rad. 39557, CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 40210, y CSJ SL, 30 en. 2013, rad. 39662, entre muchas otras).

También es pertinente resaltar que en este caso el trabajador fue afiliado al ISS desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el 17 de abril de 1972, según dan cuenta el aviso de entrada y el reporte de semanas cotizadas (fol. 138 y 308), por lo que la pensión sí estaba a cargo del empleador, con la posibilidad de compartirla con el Instituto de Seguros Sociales. La Sala tiene explicado en este punto que,

[...] respecto al régimen de transición aplicable a los servidores territoriales (empleados públicos y trabajadores oficiales), conforme a la jurisprudencia de esta Sala, se deben distinguir dos situaciones: i) la de aquellos que se encontraban afiliados al ISS desde antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, caso en el cual su pensión de jubilación se rige por lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, en armonía con lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto 813 de 1994 (mod. art. 2 Decreto 1160/94), conforme a los cuales el empleador asume la pensión en las condiciones previstas en el régimen al cual pertenecía el trabajador y continúa cotizando hasta que el ISS asuma la de vejez, evento en que solo quedará a su cargo el mayor valor, si lo hubiere, y no habrá obligación a expedir el bono pensional; y ii) la correspondiente a quienes su vinculación al ISS o Administradora de Fondos de Pensiones elegida, se produjo en el momento en que comenzó la vigencia de la Ley 100 de 1993 o con posterioridad, en cuyo caso, ha considerado la Sala, se aplica el artículo 5 del

Decreto 1068 de 1995 y es el Seguro o la entidad administradora de pensiones correspondiente, el que debe asumir la pensión, con la obligación correlativa de la entidad territorial o de previsión de emitir el bono pensional. (Ver CSJ SL, 17 feb. 2009, rad. 30316, CSJ SL2576-2015 y CSJ SL6398-2016, entre otras).

En vista de lo anterior, el Tribunal no incurrió en los errores que le imputa la censura, al resaltar que la demandada no había enfocado correctamente su discurso, a rebatir el reconocimiento de la *pensión de jubilación oficial* y, en todo caso, en las condiciones del actor estaban cumplidos los presupuestos para ordenar el pago de esa prestación a cargo de la entidad demandada.

Por lo mismo, el cargo es infundado.

IX. SEGUNDO CARGO

Se formula de la siguiente manera:

La acuso de violar por la vía directa en la modalidad de infracción directa del artículo 7º de la ley 71 de 1988 en cuanto a que el actor tiene derecho a la pensión por aportes a cargo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por haber sido la última entidad de seguridad social en pensiones a la que estuvo afiliado.

En desarrollo de la acusación, sin discutir el hecho de que el demandante era trabajador oficial y estaba afiliado al Instituto de Seguros Sociales, el censor afirma que, a pesar de esa evidencia, el Tribunal se apartó del texto del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, que, aduce, si bien permite la suma de tiempos servidos al Estado con semanas de cotización al Instituto de Seguros Sociales, dispone que es la última entidad a la que estuvo afiliado el trabajador la encargada

del pago de la pensión, con la posibilidad de repetir contra las demás entidades de previsión social que hubieran estado a cargo de la prestación.

En este caso, indica, el actor estuvo afiliado al Instituto de Seguros Sociales y, por ello, era a esa entidad a la que debía serle reclamada la pensión, con la posibilidad de que la entidad empleadora pagara alguna cuota parte, si existía algún saldo en las cotizaciones.

X. CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta las mismas reflexiones desarrolladas por la Sala al resolver el primer cargo, en cuanto a que la pensión pedida en la demanda y analizada en las instancias fue la de jubilación oficial contemplada en el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, el Tribunal no pudo haber incurrido en la infracción directa del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, que regula otra prestación diferente y que dispone su pago a cargo de la última entidad a la que hubiera estado afiliado el trabajador, pues esa norma no resultaba trascendente, en absoluto, para la resolución de la controversia.

A lo anterior se debe agregar que el censor no discute el hecho de que el actor reunía los requisitos necesarios para obtener la pensión de jubilación oficial, por la vía del régimen de transición, y que, con arreglo a la jurisprudencia mencionada en el primer cargo, al haber sido afiliado desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quien

tenía a cargo el pago de la prestación era el empleador, con la posibilidad de compartirla con la de vejez del Instituto de Seguros Sociales.

Por lo anterior, el cargo es infundado.

La petición de folios 155 a 157, tendiente a que se aplique el artículo 121 del Código General del Proceso, se rechaza por improcedente, en la medida en que la medida allí prevista resulta incompatible con los precisos términos y oportunidades establecidos de manera expresa y especial para el procedimiento ordinario laboral y que, de cualquier manera, su ámbito de aplicación está restringido a las instancias y no al recurso de casación.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte recurrente. Se estiman las agencias en derecho en la suma de SIETE MILLONES DE PESOS M/CTE. (\$7.000.000.00), que se incluirán en la liquidación que el juez de primera instancia haga, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

XI. 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 28 de enero de 2011, por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ALFONSO AYALA GÓMEZ** contra la **EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Presidente de la Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN