

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Bogotá, D. C., tres (03) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Radicación n.º 46807

Acta 28

SL10671-2016

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrado ponente

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de JAVIER DE JESÚS MARTÍNEZ MEDINA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 16 de abril de 2010, en el juicio ordinario laboral que le promovió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

De conformidad con la petición elevada conjuntamente por el Vicepresidente Jurídico- Secretario General de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- y el Director Jurídico Nacional del Instituto de Seguros Sociales, obrante a folios 45 y 46 del cuaderno de la Corte, téngase como sucesora procesal del extinto Instituto a la referida administradora, de conformidad con el Decreto 2013 de 2012 y el artículo 60 del C.P.C., aplicable a los procesos del trabajo y de la



seguridad social, en virtud de la remisión analógica establecida en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

I. ANTECEDENTES

El señor Javier de Jesús Martínez Medina presentó demanda ordinaria laboral en contra del Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que fuera condenado a reconocerle y pagarle la pensión de “vejez”, a partir del 16 de agosto de 2003, junto con las mesadas adicionales y los intereses moratorios y/o la indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el demandante adujo que prestó sus servicios personales durante más de 20 años, así: para la Dirección Seccional de Salud, Departamento de Antioquia, entre el 1 de marzo de 1975 y el 18 de junio de 1976, para la Universidad de Antioquia, desde el 7 de junio de 1976 hasta el 4 de mayo de 1986, para el municipio de Medellín, a partir del 19 de octubre de 1976 hasta el 14 de mayo de 1978, para el Instituto Nacional de Medicina Legal, entre el 13 de agosto de 1986 y el 31 de octubre de 1998 y, nuevamente, para la mencionada Universidad, desde el 23 de mayo de 1990 hasta el 30 de junio de 1995; que solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual fue negada mediante la Resolución No. 27539 de 2006; que era beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues no lo había perdido, al contar con más de 15 años de servicios al 1 de abril de 1994; que se trasladó al régimen de ahorro individual en noviembre de 1998 y regresó al ISS en junio de 2002; que debía remitirse al contenido de la sentencia C- 789 de 2002 de la Corte Constitucional, ya que el ISS aducía que esta decisión solo regía hacia futuro; y que el régimen de transición constituía un derecho adquirido para quienes eran beneficiarios, tal como lo sostuvo la mencionada Corporación en la sentencia C- 754 de 2004.

Al dar respuesta a la demanda (fls.68-71 del cuaderno principal), la entidad accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, admitió como cierto el relativo a la solicitud del otorgamiento del derecho pensional. En cuanto a lo demás, dijo que no era cierto o que no le constaba. En su defensa, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de tiempo cotizado, imposibilidad de condena en costas, improcedencia de la indexación, no hay lugar a intereses y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Medellín, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 8 de octubre de 2009 (fls.308- 310 del cuaderno principal), condenó al ISS al reconocimiento y pago de la pensión de “vejez”, a partir del momento en que demostrara el efectivo retiro del servicio “hasta que subsistan las causas que le dieron origen a la misma”. Absolvió de lo demás.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al conocer del proceso, por apelación interpuesta por ambas partes, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo de 16 de abril de 2010 (fls.332- 340 del cuaderno principal), confirmó en su integridad la decisión de primera instancia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró que el demandante tenía pleno derecho a conservar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 y, al reconocimiento de la pensión de vejez, en los términos fijados por el a quo, por cuanto se había acreditado que, a pesar del traslado al régimen de ahorro individual en 1998 y su retorno al ISS, el citado había laborado durante más de 18 años para el sector público a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y contaba con más de 40 de edad.

Asimismo, indicó:

“En relación con la apelación del demandante y que versa sobre la fecha a partir de la cual se debe el reconocimiento de la pensión, atinada fue La Juez de primera instancia al señalar como fecha, el retiro del servicio, ya que el momento a partir del cual se viene a disfrutar de la prestación y la sanción por el no reconocimiento de la pensión para el ISS, no puede ser como pretende el apelante, la imposición de una fecha diferente. Y siendo que es el demandante aún permanece laborando (sic), lo que impide comenzar a recibir la pensión, no existe suma alguna sobre la cual imponer los intereses que se pretenden, pues estos se reconocen por la mora en el pago de las mesadas y sobre su valor. No se accederá a lo pretendido por el demandante”.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, 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 parcialmente la sentencia impugnada, en cuanto confirmó la absolución por concepto de retroactivo pensional, para que, en sede de instancia, revoque la decisión de primer grado y condene por dicho concepto, a partir del 16 de agosto de 2003.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados y, enseguida, se estudian, de manera conjunta, dado que denuncian idéntico cuerpo normativo, se apoyan en la misma argumentación y persiguen igual finalidad.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar directamente, en la modalidad de interpretación errónea, los artículos 128 de la C.P., 19 de la Ley 4ª de 1992, 47 del Decreto Ley 1650 de 1977, 1, 2 y 5 del Decreto 433 de 1971, 1 del Decreto 2148 de 1992, 25, 31 52, 90 y 283 de la Ley 100 de 1993, 34 del Acuerdo 049 de 1990, lo cual, dice, condujo a la falta de aplicación de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003 y 50, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993.

En la fundamentación del cargo, sostiene la censura que el ad quem exoneró al ISS del pago del retroactivo pensional, bajo el argumento de que no puede percibirlo, al no haberse retirado del servicio, lo cual desconoce el artículo 128 de la Constitución Política de conformidad con el cual nadie puede percibir más de una asignación del tesoro público, previsión que reproduce el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, por lo que debe definirse si las pensiones del ISS son asignaciones del tesoro público, para que su percepción se entienda como una excepción a la regla contemplada en las disposiciones en comento.



Agrega que, como el ISS es un mero administrador de aportes parafiscales de los empleadores y trabajadores, no puede entenderse que éstos constituyan asignaciones del tesoro público, pues sirven para fortalecer el fondo común para el pago de las prestaciones de los afiliados al régimen de prima media y no son propiedad del Estado, al provenir de las cotizaciones de aquéllos, tal como se desprende de los Decretos 1650 de 1977 y 433 de 1971.

Señala que si el Tribunal niega el retroactivo pensional, al entender que los recursos del ISS son públicos, efectúa una equivocada interpretación de las normas atrás referidas, tal como se puede corroborar con la sentencia de esta Sala CSJ SL, 12 sep. 2006, rad. 28257, en la que se indicó que las prestaciones otorgadas por el ISS no son asignaciones del tesoro público.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada de violar directamente, en la modalidad de infracción directa, los artículos 128 de la C.P., 19 de la Ley 4ª de 1992, 47 del Decreto Ley 1650 de 1977, 1, 2 y 5 del Decreto 433 de 1971, 1 del Decreto 2148 de 1992, 25, 31 52, 90 y 283 de la Ley 100 de 1993 y 34 del Acuerdo 049 de 1990.

En la fundamentación, la censura alega idénticos argumentos a los planteados en el primer cargo.

VIII. RÉPLICA

Afirma que la demanda de casación es extemporánea, toda vez que fue presentada antes del inicio del traslado al recurrente, tal como consta en el informe secretarial; que el ataque pretende que se condene al ISS a pagar los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a pesar de hallarse plenamente probado que la prestación tiene fundamento en la Ley 33 de 1985, por lo que no corresponde al sistema general de pensiones; que tampoco procedían los mencionados intereses, pues el demandante seguía laborando para el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el año 2008 y no se había probado el efectivo retiro del servicio, que es una condición necesaria para acceder a la pensión de vejez; y que el fondo común del ISS hace muchos años se encuentra agotado y, por ende, las prestaciones se pagan con dineros del tesoro público.



IX. CONSIDERACIONES

Lo primero que debe mencionarse es que el reparo planteado por la parte opositora, en cuanto a que la demanda de casación fue extemporánea, al haberse presentado antes de tiempo, resulta completamente infundado, por cuanto esta Sala, mediante auto de 14 de septiembre de 2010, ordenó el traslado a la parte recurrente, el cual corrió desde el 21 de septiembre hasta el 3 de noviembre de 2010, término que fue interrumpido por un (1) día con la sustitución de poder allegada a la Corte el 2 de noviembre de 2010 (fls. 3 y 20 del cuaderno de la Corte), y que volvió a contarse desde la notificación del auto que reconoció personería al abogado sustituto, esto es, desde el 2 de diciembre de 2010, de manera que, al haberse presentado la demanda de casación el 25 de noviembre del mismo año, cuando el término estaba interrumpido, es por lo que no puede predicarse que fue allegada antes de tiempo, de donde fluye con claridad que el informe secretarial de 7 de diciembre de 2010, al mencionar que “Se deja constancia que fue recibida la demanda de casación el día 25 de noviembre, con anterioridad al inicio del traslado”, constituye una simple afirmación de la Secretaría, que no afecta de ninguna manera las actuaciones surtidas en esta sede.

Ahora bien, en lo que concierne al fondo del ataque, debe resaltarse que, al haber sido enfocado por la vía directa o de puro derecho, no se encuentran en discusión los presupuestos fácticos fijados por la sentencia de segundo grado, relativos a que i) el demandante tiene derecho a conservar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por cuanto para la entrada en vigencia de esta normatividad contaba con más de 18 años laborados para el sector público y más de 40 de edad; ii) que el citado se trasladó a la administradora de fondos de pensiones Horizonte en el año 1998 y que regresó al ISS el 16 de mayo de 2002 junto con la devolución de aportes; iii) y que el actor continúa laborando.

Frente a los reproches jurídicos endilgados por la censura, esta Corporación se ha venido pronunciando para señalar que aun cuando la pensión de vejez otorgada por el Instituto de Seguros Sociales no tiene el carácter de asignación proveniente del tesoro público, tal como lo alega acertadamente la censura, lo cierto es que el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 consagra la incompatibilidad para percibir simultáneamente por parte de los servidores públicos ingresos a título de salario y por concepto de pensión de vejez, pues, ante esta disyuntiva, la ley lo que permite es optar por uno de estos beneficios pero no ambos de manera concurrente, en aras de salvaguardar la racionalización de los dineros públicos, de manera tal que si el servidor opta por

continuar con la vinculación laboral con el Estado, el fondo de pensiones respectivo debe reconocer la prestación desde el momento definitivo del retiro del servicio y no antes.

En efecto, recientemente, en la sentencia SL16083-2015, al resolver un caso similar, esta Sala afirmó:

Desde ya se impone decir a la Corte, que la controversia que debe dilucidar consistente en determinar si a la actora como servidora pública que fue, y sobre lo cual no hay discusión, le asiste derecho a disfrutar de su pensión de vejez desde el mismo momento en que fue desafiliada del ISS por su último empleador público, hecho ocurrido en mayo de 2008, no obstante haber seguido laborando para el mismo empleador hasta el 21 de diciembre de 2009, cuando se retiró del servicio activo, ya ha sido resuelta por la Corte en asuntos similares, dándole la razón al Tribunal, como se observa en la sentencia CSJ SL4413-2014, dictada en un proceso en que igualmente fue demandado el ISS, y en la que así reflexionó esta Corporación:

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

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



En efecto, luego de una retrospectiva histórica por la legislación relativa al problema jurídico que se debate, expuso la Sala, en sentencia CSJ SL, 23 marzo 2011, rad. 37959:

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

(...).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

Dicha ley, en su artículo 19, dispuso:

“ Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera 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».”

Como quiera que la decisión del Tribunal se avino a las orientaciones que de manera pacífica y reiterada ha sentado la Corte, los cargos no prosperan.

De conformidad con este criterio jurisprudencial, no se vislumbra error jurídico alguno en la sentencia impugnada, pues lo cierto es que aun cuando el demandante cumplió la edad de 55 años el 16 de agosto de 2003, lo cierto es que continuó laborando más allá de esta data como servidor público, tal como aparece a folios 43 y 87- 88 y 108- 118 del cuaderno principal, sin que se encuentre acreditada en el expediente la fecha de retiro del servicio, de tal suerte que su pensión de vejez solamente puede ser reconocida a partir de esta data y no antes, de conformidad con la Ley 344 de 1996, de manera que la decisión del Tribunal resulta acertada.

En consecuencia, los cargos no son fundados.

Costas en el recurso extraordinario a cargo del recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de tres millones doscientos cincuenta mil pesos (\$3.250.000).



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, NO CASA la sentencia dictada el 16 de abril de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por JAVIER DE JESÚS MARTÍNEZ MEDINA contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Costas en el recurso extraordinario como se señaló en la parte motiva.

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

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Presidente de Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA



www.lavozdelderecho.com

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

