

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION LABORAL

Radicación No.19949

Acta No.31

Magistrado Ponente: LUIS GONZALO TORO CORREA

Bogotá, D.C., primero (1) de junio de dos mil cuatro (2004).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., el 29 de mayo de 2002, en el proceso que le sigue MARÍA NELSY VÉLEZ AMÉZQUITA a la recurrente, a BANCAFÉ y al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

ANTECEDENTES

MARÍA NELSY VÉLEZ AMÉZQUITA demandó a la "FIDUCIARIA LA PREVISORA S. A.", con el fin de obtener el pago de la pensión de jubilación a partir del 17 de febrero de 1998, hasta cuando el ISS le reconozca la de vejez, quedando a su cargo la diferencia entre ambas pensiones, en el caso de existir; la indexación de las mesadas dejadas de pagar; los máximos intereses moratorios vigentes sobre el monto adeudado; más las costas del proceso.

El juzgado del conocimiento aceptó el llamamiento en garantía que hizo la sociedad accionada al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ver fol. 127 a 129); posteriormente, cuando se adelantaba la segunda audiencia de trámite, la parte actora solicitó la integración del contradictorio con el BANCO CAFETERO (fols. 241 a 243), solicitud aceptada por el a quo a folio 268.

En la demanda inicial se adujo que la demandante laboró para la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., mediante contrato de trabajo, desde el 18 de septiembre de 1995, hasta el 16 de febrero de 1998, fecha en la cual la sociedad dio por terminado, en forma unilateral, su contrato de trabajo, cuando percibía un promedio salarial de \$1.676.720.00 mensuales; con antelación, entre el 8 de junio de 1966 y el 14 de noviembre de 1988, estuvo vinculada como

trabajadora oficial en el BANCO CAFETERO, o sea que en total prestó servicios al Estado, por más de 24 años; a la iniciación de la vigencia de la Ley 33 de 1985 llevaba más de 18 años como trabajadora oficial, por lo cual se le deben aplicar las normas anteriores, respecto a la edad de jubilación, o sea a los 50, los cuales cumplió el 25 de noviembre de 1995, lo que le da derecho a solicitar, a la demandada Fiduciaria, el pago de la pensión a partir del 17 de febrero de 1998, por ser esa la última entidad a la cual prestó sus servicios; y, ello, hasta cuando el ISS le reconozca la de vejez, quedando a cargo de La Previsora S.A. el mayor valor que existiere entre ambas pensiones; agotó la vía gubernativa.

FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., en la respuesta a la demanda (fls. 115 a 126), se opuso a las pretensiones de la demandante; aceptó la forma de terminación del contrato; señaló que la trabajadora laboró hasta el 15 de febrero de 1998; que la sociedad no tiene competencia para reconocer o pagar la pensión solicitada puesto que ella está a cargo del ISS, entidad a la cual estuvo afiliada la actora; en su defensa propuso la excepción de inexistencia de la obligación.

El convocado al proceso, ISS, también se opuso a las pretensiones; manifestó no constarle unos hechos y otros no los consideró tales. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la prueba con la cual fue llamado en garantía, esto es, las cotizaciones efectuadas por el período transcurrido entre 1995 y 1998; inexistencia de interés jurídico por la "llamante" para obtener sentencia favorable, puesto que la accionante no cotizaba al ISS para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y se hallaba beneficiada por el régimen de transición, que le daba derecho a exigir su derecho pensional a la empleadora; además propuso la excepción genérica (fls. 131 a 135).

Por su parte, BANCAFÉ (fls. 276 a 279) manifestó someterse a la decisión que resulte en este caso respecto al punto jurídico propuesto; frente a los hechos aceptó la vinculación laboral de la actora y sus extremos; dijo no constarle algunos y someterse a la prueba de los otros. En su defensa propuso las excepciones de falta de agotamiento de la vía gubernativa, prescripción, compensación, y la genérica.

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante sentencia del 11 de marzo de 2002 (fls. 352 a 359), declaró que la actora cumplía los requisitos y era beneficiaria de la pensión de jubilación solicitada; condenó al BANCO CAFETERO -BANCAFÉ- a pagar la pensión de jubilación solicitada, en cuantía del 75% del salario promedio mensual real devengado durante el último año de servicio, a partir del 17 de febrero de 1998, con la actualización del último salario devengado y con los reajustes legales posteriores; absolvió a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, pero señaló que ello es, "sin perjuicio del reconocimiento de la pensión de vejez cuando la accionante acredite los requisitos de ley y con la carga que la obligada a prestar la pensión siga cotizando para tal efecto"; impuso costas a BANCAFÉ.

#### LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

El Tribunal Superior de Bogotá, D.C., por fallo del 29 de mayo de 2002 (fls. 377 a 390), resolvió los recursos interpuestos por la demandante y BANCAFÉ; revocó la decisión del a quo, y en su lugar absolvió al citado Banco de las pretensiones de la demanda; en su lugar condenó a la Fiduciaria a pagar a la demandante, a partir del 17 de febrero de 1998 una pensión mensual equivalente a la suma de \$1.242.540.00, sujeta a los reajustes anuales, hasta cuando cumpla los requisitos para obtener la pensión de vejez, fecha a partir de la cual solamente pagará la sociedad el mayor valor; anotó que queda facultada para repetir contra el BANCO CAFETERO la cuota

parte de dicha pensión; condenó a La Previsora S.A. a pagar a la actora la suma de \$11.472.842.00 por concepto de indexación de las mesadas dejadas de pagar oportunamente y las costas de la primera instancia; absolvió de las demás pretensiones; en la alzada, dijo, no se causaron costas.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el ad quem señaló que la actora fue trabajadora oficial de la Fiduciaria, y que cuando entró en vigencia la Ley 33 de 1985 tenía más de 15 años servidos al BANCO CAFETERO y también estaba beneficiada por el régimen de transición de Ley 100 de 1993; que en consecuencia su pensión se rige por las disposiciones contenidas en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. Luego expresó:

"De ninguna manera el cambio de naturaleza de la entidad, o el cambio de una empresa a otra le genera a la actora la pérdida de su derecho por cuanto al tiempo de su desvinculación era trabajadora oficial, de contera beneficiada por el régimen de transición también de la ley 33 de 1985. El hecho de su afiliación al seguro social, no hace que sea esta la entidad que deba asumir ese porcentaje de pensión y a esa edad, pues la entidad asumió el riesgo bajo sus propias condiciones, que no se le pueden mutar pues los beneficios de la ley mencionada estaban previstos para un sector de trabajadores, en principio ajenos al Instituto. Este punto ya está dilucidado ampliamente y es así como la H. corte Suprema de Justicia en su más reciente pronunciamiento ha dicho (...) (transcribe en forma extensa la sentencia de esta Sala del 6 de julio de 2000, folios 381 a 385). Continúa explicando:

"Dilucidados estos aspectos, debe entonces analizarse el tema concreto del recurso de la entidad BANCO CAFETERO, pues fue la entidad que resultó condenada a responder por la pensión solicitada por la demandante. Se trata como ya se vio, de una pensión obtenida con tiempos de servicio oficial aunque en diferentes entidades, por lo que debe analizarse la normatividad aplicable, pues ni el actor ni la señora recurrente comparten el criterio del aquí –sic -. Evidentemente que tienen razón los dos impugnantes, como se verá.

"Desde la génesis del derecho pensional de quien ha laborado en distintas instituciones del estado, se ha consagrado el derecho que tiene el beneficiado a que la última entidad a la que se prestó el servicio o a la que cotizó, le reconozca el derecho, ente o empresa que está facultada para repetir contra todos los que deben concurrir en una cuota parte a prorrata de acuerdo al tiempo de servicio de cada entidad. En efecto, el artículo 29 de la Ley 6ª de 1945, ya previo –sic- la acumulación de tiempo para pensiones oficiales, ordenando la distribución de la cantidad final por partes de acuerdo al tiempo y al salario de cada una, el artículo 1º de la Ley 24 de 1947, reforma el anterior y dispone la misma acumulación, pero dice que cuando se trabaja mas –sic- de diez años en cargos nacionales, la pensión la paga la Caja cuando reciba la solicitud que no es otro que el de ponerla en conocimiento de las otras interesadas, el Decreto 2921 de 1948 regula todo el procedimiento a partir de la petición de pensión a la última entidad aseguradora, el artículo 9º de la ley 48 de 1962 acumula el tiempo de los congresistas y diputados, los artículo –sic- 4 y 5º de la ley 4 de 1966 prevé –sic- el porcentaje de las pensiones por servicios en diferentes entidades, los artículo -sic- 73 y 75 del Decreto 1848 de 1969, establece –sic- no sólo la acumulación el –sic- porcentaje sino concretamente se refiere al caso de aquellas entidades que tienen a su cargo la pensión, se reclamará ante la última y ésta repetirá contra las demás, lo que ya estaba previsto en el artículo 27 del decreto 3135 de 1968, el artículo 2º de la ley 33 de 1985 sigue estableciendo la repetición de la última entidad aseguradora contra las empresas no aseguradas y el artículo 7º de la ley 71 de 1988 que consagra el derecho a la pensión con veinte años de servicio acumulados en una o varias entidades. De igual manera después de la ley 100 de

1993, el tema ha sido regulado por el decreto 2709 de 1994 al definir la pensión por aportes, dejándola en este caso a cargo de la última entidad.

"El evento de autos, tiene un elemento nuevo y es que la actora trabajó en última opción con una empresa que no tuvo nunca a su cargo las pensiones y que siempre cotizó para el seguro social, sólo que no por eso deja de tener derecho la actora a recibir su pensión a los cincuenta años, pues así se lo siguieron garantizando las leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, por lo que como la última entidad es una empresa oficial debe ella reconocer la pensión y si así lo quiere, repetir contra el Banco Cafetero que fue la entidad con la que laboró mayor tiempo y por tanto, la que debe contribuir en gran parte al pago de esta pensión." (fl. 385).

## EL RECURSO EXTRAORDINARIO

Fue interpuesto por FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y concedido por el Tribunal. Admitido por la Corte se procede a resolver.

## ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia impugnada y en sede de instancia disponga en su lugar, "que una vez realizada la petición en legal forma por parte de la demandante ante el I.S.S., sea esta entidad la que asuma el pago pleno de la pensión de jubilación en los términos en que tiene derecho según lo dispuesto por la Ley 33 de 1985, absolviendo a las demás demandadas.

"Como consecuencia de lo anterior, debe igualmente dejarse sin efecto la sentencia de primera instancia por cuanto, aunque reconoce el derecho de la demandante a la pensión de jubilación y absuelve a una de las entidades cotizantes, desconoce la actual posibilidad legal que reside en el Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagar dicha prestación, tal como se demostrará." (fl. 11, C. Corte).

Al finalizar los cargos indica: "respetuosamente solicito a la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia casar la sentencia de segunda instancia proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, el día 29 de mayo de 2002, en todas sus partes, disponiendo en su lugar, que una vez realizada la petición en legal forma por parte de la demandante ante el I.S.S., sea esta entidad la que asuma el pago pleno de la pensión de jubilación en los términos a que tiene derecho según lo dispuesto por la Ley 33 de 1985, absolviendo a las demás demandadas.

"Como consecuencia de lo anterior, debe igualmente casarse la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de marzo de 2002, por cuanto, aunque igualmente reconoce el derecho de la demandante a la pensión de jubilación, desconoce la actual posibilidad legal que reside en el Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagar dicha prestación, como quedó demostrado." (fol. 25).

Formula cuatro cargos, que fueron replicados y que en seguida se estudian de modo conjunto, puesto que están todos dirigidos por la vía directa y convergen a un mismo fin.

## PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de ser violatoria, por infracción directa, del numeral 2 del artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, debido a que la actora estuvo afiliada al ISS durante toda la relación

laboral.

En la demostración, luego de transcribir el artículo 75 del Decreto 1848 de 1969, dice que para el tiempo de su expedición lo normal era que los empleados oficiales fueran afiliados a las diferentes Cajas de Previsión Social, siendo expresa la sanción para la empleadora que no afiliara en pensiones a sus trabajadores a dichas Cajas o al ISS, o incumpliera el pago de las cotizaciones. Añade que:

"Si existiese duda en relación con la asimilación que hace la ley respecto del Instituto de Seguros Sociales como entidad de previsión, baste transcribir el artículo 7° de la ley 71 de 1988 que estableció la llamada pensión de jubilación por aportes, y su decreto reglamentario 2709 de 1994 que define en forma reiterativa esta consideración para el Instituto de Seguros Sociales.

'Art. 7°- (...)

"Es más, el mismo decreto 2709 de 1994 establece el procedimiento en relación con la asunción por parte de las diferentes entidades con funciones de pago de pensiones, cuando sea una de ellas la que asuma directamente el pago al trabajador; veamos (...)

"Esta proporcionalidad necesariamente se predica de aquellas entidades que por su naturaleza, y por haber recibido aportes del trabajador y de los empleadores de éste durante su vida laboral, deben acudir al pago de la pensión que conforme con sus circunstancias específicas le corresponda, no de empleadores cumplidos en las cotizaciones parafiscales establecidas.

"Obviamente que si un empleador no ha cumplido con su obligación de cotizar, debe igualmente asumir directamente su parte proporcional de la prestación legalmente obtenida, pero solamente en caso de esa omisión.

"En los términos de la sentencia impugnada, de nada valdría a los empleadores cotizar como lo indican las normas laborales, puesto que bien podrían resultar obligadas a asumir cargas pensionales que por su esencia deben ser canceladas por las entidades pagadoras del Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993." ( fls. 17 y 18, C. Corte).

## SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia de ser violatoria, por infracción directa, del artículo 13 de la Ley 33 de 1985, que incluye como entidad obligada al pago de la pensión de jubilación al ISS, entidad que afiliaba a trabajadores oficiales, como es el caso de la demandante, sin restricción en la modalidad de pensión que debe ser asumida.

En la demostración dice que de conformidad con la Ley 100 de 1993, en su régimen de transición, permite que se opte por la pensión más favorable, correspondiendo a la entidad a que está afiliado el trabajador en pensiones asumir su pago, tal y conforme lo estableció esta Corporación en la sentencia del 29 de julio de 1998, radicación 10803; sin embargo, en esa situación concreta no podía aplicarse el régimen de transición debido a que el trabajador había sido retirado del servicio en 1991, antes de expedirse la mencionada ley, por lo que no podía darse esa remisión expresa a su régimen anterior, como sucede con la actora en este proceso.

Aduce que "En estas condiciones, el retiro del servicio antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 (Situación fáctica de la sentencia Rad. 10803), impide dar el mismo tratamiento al caso de la trabajadora demandante en el proceso que nos ocupa, quien está amparada por el régimen de

transición consagrado en dicha Ley, lo cual hace que deba reclamar su pensión al Instituto de Seguros Sociales, no al último empleador como lo afirma el fallo proferido en segunda instancia por el Tribunal y que es objeto de censura porque, se reitera, toma como fundamento la Sentencia de la Corte (Rad. 10803) pero desconociendo su verdadero sentido y alcance, lo que lo hace incurrir en el desconocimiento de la ley sustancial." (fls. 19 y 20, C. Corte).

### TERCER CARGO

Acusa la sentencia de ser violatoria, por infracción directa, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, "porque el régimen de transición remite al monto y condiciones de pensiones de regímenes anteriores, sin restringir ni distinguir entre pensión de jubilación o de vejez, lo que si –sic- hace el fallo impugnado el cual divide el derecho en dos categorías incompatibles como se verá en el cargo cuarto de esta demanda." (fl. 20, C. Corte). Explica que:

"la ley 100 no desconoce la facultad que reside en aquellos trabajadores que reunieron los requisitos para optar a la pensión de jubilación, vale decir, algunas personas que elijan el régimen de prima media con prestación definida y que reúnan los requisitos de ley, como es el caso de la demandante, a optar por la pensión de jubilación conforme con el régimen propio, siempre y cuando estén bajo los presupuestos contemplados en el régimen de transición. Esto se evidencia en el artículo 35 de dicha Ley: (...).

"En concordancia con lo anterior debe entenderse que el régimen de transición, aunque se refiere a la modalidad de pensión de vejez, no impide que aquellos trabajadores que por sus circunstancias particulares estén cobijados por regímenes más favorables, puedan reclamar, en dichas condiciones, su pensión a la entidad a la que se encuentren afiliados en pensiones, lo que para el caso concreto Seguro Social.

"Obsérvese con detenimiento la redacción del inciso segundo del artículo 36 de la ley 100 de 1993, en la cual se remite a todos aquellos trabajadores que se encuentren contemplados en los supuestos de la norma, para efectos de la determinación del monto de su pensión, al 'régimen anterior al cual se encuentren afiliados': (...).

"Es más, el inciso final del mismo artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hace expresa alusión al respeto del derecho que al momento de entrada en vigencia de dicha ley, tuvieran personas a las que aplicarían regímenes más favorables, incluyendo aquellas con requisitos para optar a pensión de jubilación; veamos (...).

"Bajo estas consideraciones, supongamos el caso hipotético de un trabajador que al momento de entrar a regir la Ley 100 de 1993 hubiese ya obtenido su status de pensionado con derecho a pensión de jubilación bajo los lineamientos de Ley 33 de 1985, afiliado durante toda su vida laboral al I.S.S.; ¿podría negarse el seguro a liquidar y pagar a este trabajador su pensión de jubilación legalmente obtenida?

"De igual forma se pregunta para el caso que nos ocupa ¿qué impide al I.S.S. liquidar y pagar la pensión de jubilación a que tiene derecho la demandante MARIA NELSY VÉLEZ? ¿Que precepto legal así lo impide en vigencia de la Ley 100 de 1993? Ninguna disposición en este sentido es citada ni en el fallo de primera instancia, ni en el fallo de segunda instancia, sencillamente porque no existe.

"El Seguro Social, al permitir la afiliación de trabajadores oficiales como es el caso de la demandante, debe igualmente asumir el pago de su pensión en los montos y a la edad a que ellos

tienen derecho; la sutil distinción que supone el hecho que el Seguro no nació, por definición, como entidad de previsión, a la luz de las normas citadas en esta demanda, resulta adjetiva e inocua.

"Sobre la legal afiliación de trabajadores oficiales al Seguro Social, nos ilustra de manera erudita el fallo 10803, núcleo de la discusión jurídica porque sirvió de base a la sentencia impugnada; se citan los apartes pertinentes a continuación: (...).

"Si el Instituto de Seguros Sociales legalmente permitió la afiliación de trabajadores oficiales, se pregunta: ¿Qué razón jurídica existe, en relación con las circunstancias laborales de la demandante MARIA NELSY VELEZ, que sea esa entidad (I.S.S.) la que reconozca, liquide y pague la pensión de jubilación?

"Por lo anterior, se reitera, el fallo impugnado igualmente desconoce que una vez entrada en vigencia la ley 100 de 1993, el régimen de transición establecido en su artículo 36 en nada impide que sea la entidad a la cual se encuentra afiliada la trabajadora, es decir el I.S.S., quien reconozca la pensión en los términos que dicho régimen de transición permite, siempre que se cumplan los requisitos para tal efecto, tal como lo reconoce el mismo Tribunal en la sentencia que toma como fundamento de su sorprendente decisión." (fls. 20 a 23, C. Corte).

#### CUARTO CARGO

Acusa la sentencia de ser violatoria, por infracción directa, del artículo 31 del Decreto 3135 de 1968, "porque el fallo reconoce el pago de una pensión de jubilación incompatible con la que le fue reconocida por el Seguro Social mediante Resolución No. 6175 de 2001." (fl. 24, C. Corte). En la demostración dice que:

"El fallo debe casarse porque de subsistir, permitiría la coexistencia de la pensión de vejez y la de jubilación en cabeza de un mismo trabajador, y lo que es más, haría compatibles, sin ninguna justificación legal, dos pensiones que no pueden concurrir en una misma persona, i) la de vejez pagada por el Seguro Social, y ii) la de jubilación pagada en su diferencia por el último empleador que cotizó cumplidamente en pensiones al I.S.S.

"Visto que no hay ninguna disposición legal que impida el pago a la entidad que tiene la vocación y deber legal de pagar la pensión de jubilación a la demandante (I.S.S.), el fallo impugnado puede llevar al ex abrupto jurídico de negar el valor subrogatorio que tiene la cotización en pensiones y a negar la facultad que asiste a los trabajadores a optar por la pensión que les sea más favorable, escindiendo la unidad de su derecho en dos pensiones indebidamente concurrentes, sin que se presente el ejercicio de la opción en los términos de la ley.

"En efecto, el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior de Bogotá el 29 de mayo de 2002, y el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de marzo del mismo año, incurrir en una dualidad jurídicamente improcedente que consiste en atribuir a los empleadores unas obligaciones que legalmente no les corresponden, y en relevar de las mismas a una entidad pagadora de pensiones que legalmente sí tiene la obligación de asumirlas, sin que para ello obre algún fundamento normativo, en vigencia de la Ley 100 de 1993.

"Mantener la vigencia de estos fallos atenta contra la seguridad jurídica no sólo de los trabajadores, quienes tendrían que seguir demandando a los empleadores quienes tendrían que asumir cargas pensionales parciales dependiendo del régimen a que tuviera derecho cada

trabajador individualmente considerado, desconociendo la universalidad del Sistema General de Pensiones y poniendo una talanquera a la vinculación y al empleo a trabajadores de cierta edad y con situaciones legales que hicieran factible una condena en los términos en que se impuso por parte del Honorable Tribunal Superior.

"De subsistir los fallos, aparte de la transgresión de la norma citada en este aparte y el desconocimiento de las relacionadas en los demás cargos, se parcela sin fundamento legal la obligación pensional subdividiéndola en dos categorías excluyentes, pensión de vejez y pensión de jubilación, haciendo nugatorio el derecho del trabajador de optar, no por una, sino por las dos pensiones de manera jurídicamente indebida, y la diferencia entre las dos sujeta al devenir empresarial.

"En gracia de discusión, ¿qué podría pensarse si aparte de lo anterior la trabajadora estuviera en el caso de la pensión de jubilación por aportes, y continua -sic- permitiéndose la concurrencia y fragmentación del derecho pensional como lo supone la existencia de los fallos que aquí se impugnan? (fls. 24 y 25, C. Corte).

## LA RÉPLICA

Los tres opositores presentan argumentación común para los cuatro cargos, acusando la demanda de falta de técnica, pues en ellos ninguno de los preceptos que se indican como violados permite, por sí mismo, el quebrantamiento de la sentencia, ya que no tienen carácter sustantivo. Que no puede obligarse al ISS a pagarle a la actora una pensión por el tiempo transcurrido entre el cumplimiento de sus 50 años de edad y la fecha en que el ISS le reconozca la pensión de vejez.

En el primer cargo se mezclan razonamientos propios de la vía indirecta, no obstante proponerlo por la directa; en los otros cargos se predica violación de normas por infracción directa (falta de aplicación) cuando las mismas formaron parte de la base normativa estudiada por el Tribunal.

## SE CONSIDERA

En la forma destacada por la oposición, el ad quem, contrariamente a lo señalado por la censura, aplicó algunas de las normas cuya infracción directa denuncia; así, entendió que el caso juzgado se ubicaba en el régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, y que la obligación de otorgar el derecho pensional estaba en principio en cabeza de la última empleadora oficial (LA PREVISORA), de conformidad con el art. 75 del Decreto 1848 de 1969, normas estas que, en tales circunstancias, no podían denunciarse como infringidas directamente por el sentenciador. Por lo tanto, quedan sin fundamento las acusaciones contenidas al respecto en los cargos primero y tercero.

Adicionalmente, el censor no controvierte las fundamentaciones de la sentencia acusada relativas a la asunción del derecho pensional por la última entidad empleadora, tratándose de un servidora pública que prestó servicios a "distintas instituciones del estado" y que estuvo vinculada "..en última opción con una empresa que no tuvo nunca a su cargo pensiones y que siempre cotizó para el seguro social, sólo que no por eso deja de tener derecho la actora a recibir su pensión a los cincuenta años, pues así se lo siguieron garantizando las leyes 33 de 1985 y 100 de 1993, por lo que como la última entidad es una empresa oficial debe ella reconocer la pensión y si así lo quiere, repetir contra el Banco Cafetero que fue la entidad con la que laboró mayor tiempo y por tanto, la que debe contribuir en gran parte al pago de esta pensión..".

En el primer cargo la impugnación esencialmente aduce que el empleador que cumplió con los



aportes a la seguridad social no puede asumir la carga pensional. No obstante, el Tribunal no impuso la pensión a la Fiduciaria La Previsora por haber omitido las cotizaciones al ISS, sino por ser la demandante una servidora pública, a quien se le garantizó un régimen de transición desde la expedición de la Ley 33 de 1985, y con sustento principal en los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969. En consecuencia la argumentación del cargo no guarda relación con el sustento de la sentencia acusada, la cual por consiguiente permanece inmodificable.

En el segundo cargo sostiene sustancialmente el censor que la trabajadora beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 debió reclamar su pensión al ISS tal cual se fijó en la sentencia de la Corte, radicado 10803 la cual, dice, sirvió de fundamento al ad quem "pero desconociendo su verdadero sentido y alcance". Un cargo en tal dirección, debió dirigirse en el concepto de interpretación errónea, puesto que tal como lo ha establecido esta Sala, cuando la sentencia acusada tiene apoyo en la jurisprudencia, en principio debe refutarse mediante ese concepto de violación y de allí que resulte desatinado el ataque por infracción directa del artículo 13 de la Ley 33 de 1985; además porque simplemente se afirma al respecto que tal disposición legal permite incluir entre las entidades obligadas al pago pensional al ISS, sin considerar las conclusiones del Tribunal y equiparando equivocadamente ese ente a una Caja o Institución de Previsión, contrario al criterio fijado por la Corte, por ejemplo últimamente en la sentencia 21026, que además reiteró la ya citada 10803.

Pero en todo caso, resulta sin sustento, ni trascendencia, el argumento del recurrente alrededor del tema de la naturaleza jurídica del ISS, puesto que no controvierte la definición dada a este caso por el juzgador, de corresponder el pago de la pensión de jubilación consagrada en una norma especial, esto es la antecedente a la Ley 33 de 1985, al último empleador, con posibilidad de ser subrogado total o parcialmente cuando el ISS asuma la de vejez.

En lo que hace con el tercer cargo, se reitera que el sentenciador no desconoció que la accionante se hallaba amparada por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 el cual le garantizaba un derecho pensional de acuerdo al "régimen anterior al cual se encuentren afiliados", tal cual lo señala el impugnante, por ello resulta intrascendente ese argumento.

Además lo que ocurre es que el censor se limita a plantear interrogantes como "¿qué impide al ISS liquidar y pagar la pensión de jubilación a que tiene derecho la demandante MARIA NELCY VELEZ?" y él mismo efectúa conjeturas acerca de la inexistencia de alguna disposición legal que lo prohibiera, como si tales interrogantes o simples aserciones resultaran suficientes para quebrantar la sentencia recurrida en casación.

Ahora, dice el censor que la afiliación de la trabajadora al ISS debe producir algún efecto, pero lo que no explica es por qué debe ser el atinente a asumir una pensión de jubilación dispuesta a una edad distinta a la prevista en sus reglamentos, y se limita a transcribir la sentencia 10803 rememorada también por el ad quem, hecho que no resulta suficiente para quebrantar la decisión impugnada.

Al respecto corresponde aclarar que cuando en esa sentencia se indicó que "...Adicionalmente, mal podría el Instituto de Seguros Sociales, como lo entendió equivocadamente el Tribunal, pagar pensiones a trabajadores oficiales a una edad distinta a la contemplada en sus propios reglamentos (art. 8º Decreto 1650 de 1977). Sólo a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es ello posible respecto de quienes estén amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la misma..", lógicamente tal afirmación se supeditaba a las reglamentaciones en materia del régimen de transición, puesto que no en todos los casos de servidores oficiales afiliados al ISS se previó la asunción automática por parte de esa entidad de seguridad social, de

todas las pensiones originadas en vinculaciones oficiales de conformidad con el régimen que se les venía aplicando, como lo señala el censor, sino que las regulaciones legales concernientes al régimen de transición fueron específicas y determinantes para resolver el tema.

Así por ejemplo, en el artículo 5° del Decreto 813 de 1994, aplicable a empleadores oficiales afiliados al ISS por disposición del artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, se estableció que:

"ARTICULO 5. TRANSICIÓN DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN A CARGO DE EMPLEADORES DEL SECTOR PRIVADO. Tratándose de trabajadores vinculados con empleadores o empresas del sector privado que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, para efectos de la aplicación del régimen de transición se seguirán las siguientes reglas:

a) Cuando el trabajador cumpla los requisitos del régimen que se le venía aplicando, tendrá derecho al reconocimiento y pago de la pensión a cargo de dicho empleador.

Reconocida la pensión de jubilación por el empleador éste continuará cotizando al Instituto de Seguros Sociales hasta que el trabajador cumpla con los requisitos mínimos exigidos por dicho instituto para otorgar la pensión de vejez a sus afiliados al régimen de transición. En ese momento el I.S.S. procederá a cubrir dicha pensión siendo de cuenta del empleador únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo el pensionado.

El tiempo de servicios prestados al empleador se tendrá en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo del I.S.S. Dicho empleador trasladará al Instituto el valor correspondiente al cálculo actuarial previsto en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, resultante a 1 de abril de 1994, o un título representativo del mismo emitido por el empleador en las condiciones y con las garantías que señale la Junta Directiva del Instituto del Seguro Social. El valor de dicho cálculo actuarial se sujetará al reglamento respectivo. En el evento que no se traslade al Instituto de Seguros Sociales el valor correspondiente, el empleador la empresa continuaran con la totalidad de la pensión a su cargo.

b) Cuando a 1 de abril de 1994 el trabajador tuviere 20 o más años de servicios continuos o discontinuos, al servicio del mismo empleador, y 50 o más años de edad si es mujer o 55 o más años de edad si es hombre, el empleador asumirá directamente la pensión de jubilación.

c) Las pensiones de jubilación reconocidas por el empleador con anterioridad al 1 de abril de 1994 y vayan a ser compartidas por el Instituto de Seguros Sociales, continuarán rigiéndose por las disposiciones que se venían aplicando para dichas pensiones.

PARAGRAFO. Lo previsto en este artículo, solo será aplicable a aquellos trabajadores que prestaron su servicio a un mismo empleador."

Luego, se reitera que de conformidad con la norma transcrita, al ISS no se le impuso el pago inmediato o automático de la pensión de jubilación en las condiciones previstas en un régimen antecedente a la Ley 100 de 1993, sino que se le encargó la de vejez, después de que el afiliado reuniera los requisitos para ello de acuerdo con el mandato del art. 33 de aquella Ley 100 y sólo en ese momento se produciría la subrogación total o parcial, según el caso, tal como lo establece el literal a) del artículo transcrito del Decreto 813 de 1994.

En concordancia con lo visto, vale aquí destacar que la asunción de jubilaciones por el ISS no

fue automática toda vez que dicho Instituto funciona por un sistema de contribuciones o aportes, y por lo tanto mal podría pagar pensiones sin haber logrado las provisiones correspondientes.

Así se ha establecido por ejemplo en la sentencia Rad.15660 del 29 de junio de 2001. Y siendo ello así, y teniendo en cuenta que el mismo art. 45 del Decreto 1748 de 1995 ya mencionado señaló además que en el caso de los empleadores públicos afiliados al ISS, "no habrá lugar a la expedición de Bono tipo B", no podría, sin transgredirse la ley, imponerle el pago de una pensión de jubilación sin que pueda esa entidad obtener la respectiva aportación, por el medio legalmente previsto, vale decir, en este caso el bono tipo B que la propia norma desechó como posible.

Además, no sobra advertir que las cotizaciones realizadas al ISS, por las entidades oficiales a las cuales estuvo vinculada laboralmente la accionante, tuvieron una destinación específica, esto es, lograr la densidad de aportes exigida para que se le reconociera la pensión por vejez, distinta de la jubilación que se le garantizó en las condiciones previstas antes de la Ley 33 de 1985, esto es, a los 50 años de edad y con 20 años de servicios (art. 27 del Decreto 3135 de 1968), siendo indiscutible que la demandante se benefició del régimen de transición de conformidad con los artículos 36 de Ley 100 de 1993 y 1° (parágrafo 2°) de la referida Ley 33 de 1985, puesto que tenía más de 15 años de servicios para el Banco Cafetero en enero de ese año -hecho indiscutido en casación -.

En consecuencia, al ISS no se le puede gravar con la jubilación legal establecida en condiciones distintas a las de sus reglamentos, tal como quedó definido en la ya rememorada sentencia 10803 de 1998, reiterada por ejemplo en la 17449 del 6 de junio de 2002, la cual frente al punto concreto que interesa en este caso, estableció que:

"...en vigencia de la normatividad precedente a la ley 100 de 1993, la cual rige para el asunto bajo examen, tratándose de trabajadores oficiales no son aplicables las mismas reglas dirigidas a los particulares, a propósito de la asunción del riesgo de vejez por el ISS, pues si bien los reglamentos del Instituto autorizaban la afiliación de servidores públicos vinculados por contrato de trabajo, no se previó en el estatuto pensional de éstos (Ver por ejemplo los Decretos 3135 de 1968, el Reglamentario 1848 de 1969 y la Ley 33 de 1985) que el sistema del Seguro reemplazara absolutamente su régimen jubilatorio, como sí aconteció para los particulares en el artículo 259 del C.S.T, y no se contempló por consiguiente una transición del uno al otro, de forma que este régimen jubilatorio subsistió a pesar de la afiliación de los empleados al ISS y, forzosamente, en estos términos, la coexistencia de sistemas debe armonizarse con arreglo a los principios de la Seguridad Social. Por consiguiente, bajo los parámetros que propone el propio recurrente, emerge legalmente viable la pensión en la forma en que fue reconocida por el Tribunal, esto es, a cargo de la entidad obligada, pero con la posibilidad para ésta de ser relevada en todo o en parte al iniciarse el pago por el ISS de la pensión de vejez..."

Por lo demás, para el caso examinado debe precisarse que el artículo 1° del Decreto 2143 de 1995 textualmente dispuso que:

"ARTÍCULO 1o. Entiéndanse exceptuados del numeral 5o. del artículo 1o. y contemplados por el artículo 3o. del Decreto 1160 de 1994, a los trabajadores que a la fecha de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tuviesen veinte (20) o más años de servicios cumplidos y no estuviesen vinculados laboralmente o cotizando, quienes tendrán derecho a que se les aplique en su totalidad el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto tendrán derecho a que se les reconozca la respectiva pensión cuando cumplan el requisito de edad exigido por el régimen que se les aplicaba al momento del retiro."

De este modo es claro que para los trabajadores que no estuvieran cotizando o vinculados laboralmente, también se les aplica el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y siendo ello así resultan también de recibo las demás disposiciones reglamentarias de esa preceptiva, como el artículo 5° del Decreto 813 de 1994, cuyo literal (a) fue ya transcrito y del cual se desprende claramente que la pensión jubilatoria de la trabajadora oficial accionante está en cabeza de la empleadora oficial (La Previsora), según el mandato del art. 75 del Decreto 1848 de 1969, en las condiciones señaladas por el ad quem, es decir, con la posibilidad de ser una pensión compartida con la de vejez que le corresponda reconocer al ISS, y con la facultad para la misma Previsora de repetir contra el Banco Cafetero, para que le pague la proporción debida.

Respecto a aquel tema resulta pertinente para este caso, traer a colación la sentencia 18740 del 9 de octubre de 2002, reiterada en la 21026 del 3 de marzo del año en curso, en la cual se estableció en su aparte respectivo que:

"Complementariamente con lo anterior, los artículos 1° y 6° del Decreto 813 de 1994 hicieron aplicable el régimen de transición de la Ley 100 a las pensiones de jubilación y vejez de los trabajadores oficiales que hubieren cumplido los requisitos del artículo 36 de la misma Ley, los que reunía a cabalidad el demandante.

"A su turno, el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, asimiló los empleadores del sector público vinculados al I.S.S. a empleadores del sector privado y dispuso aplicarles el artículo 5° del Decreto 813 de 1994. Y en el literal a) del mismo artículo, modificado por el 2° del Decreto 1160 de 1994, instituyó el sistema de pensión compartida entre el empleador respectivo y el I.S.S., en el sentido de que cuando el trabajador cumpla con los requisitos del régimen que se le venía aplicando tiene derecho a que se le reconozca esa pensión, sin perjuicio de que posteriormente el I.S.S. pague la de vejez y subsista a cargo del empleador la diferencia entre las dos.

"El hecho de que el Instituto de Seguros Sociales administre ese sistema no es óbice para que tenga plena aplicación la normatividad sustancial que consagra el respectivo derecho propio de la ultra actividad normativa que preserva el régimen anterior en materia de edad, tiempo de servicios, cotizaciones y monto de la pensión, sin perjuicio de que en determinados casos, como ocurre en el sub lite que la pensión estaba a cargo directo de un empleador oficial, sea éste y no una Caja de Previsión ni el seguro social quien pague esas pensiones en la forma prevista en la reglamentación pertinente.

"Como en el sub lite resulta indiscutible que el actor cumplió con los requisitos del régimen de transición, tiene derecho a una pensión de jubilación a la edad señalada en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, esto es 55 años."

Por todo lo anotado, y aún dejando de lado las falencias formales que exhiben los cargos, en el fondo, como ya se vio, tampoco le asiste razón al censor.

Finalmente debe aclararse que también resulta desatinado el reproche formulado por la impugnación respecto a una supuesta coexistencia de pensiones. Esta figura jurídica no se desprende de la decisión acusada, ya que por el contrario el ad quem dejó claramente definido que una vez el ISS asumiera la de vejez, quedaría a cargo de la entidad empleadora, sólo el mayor valor, si existiere, entre la pensión de jubilación impuesta a La Previsora y la de vejez que reconozca el ISS. En consecuencia esa argumentación de la recurrente es equivocada pues se repite, no corresponde a la definición que dio el Tribunal a este caso. De allí la ineficacia del

cuarto cargo.

No es más lo que hay que señalar, para concluir que los cargos propuestos no prosperan y que las costas en casación corren a cargo de la recurrente y a favor de los opositores.

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 29 de mayo de 2002 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que le adelanta MARÍA NELSY VÉLEZ AMÉZQUITA a FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A., BANCAFÉ e INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Costas a cargo de la parte recurrente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

LUIS GONZALO TORO CORREA

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

CARLOS ISAAC NADER

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

ISAURA VARGAS DÍAZ

FERNANDO VÁSQUEZ BOTERO

MARÍA ISMENIA GARCÍA MENDOZA

Secretaria

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

