

Radicación n°. 63322

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

Magistrado Ponente

SL16079-2015

Radicación n.º 63322

Acta 035

Bogotá D. C., siete (07) de octubre de dos mil quince (2015)

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por **HÉCTOR UNI** contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva, el 16 de abril de 2013, dentro del proceso que promovió contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**, "**COLPENSIONES**".

ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Neiva, Héctor Uni demandó al Instituto de Seguros Sociales para que fuera condenado a reconocerle y pagarle la pensión desde el 28 de junio de 2009, en aplicación de la Ley 71 de 1988, o en su defecto del Acuerdo 049 de 199, junto con el retroactivo pensional generado desde esa data, debidamente indexado.

Fundamentó sus pretensiones en que como beneficiario del régimen de transición solicitó al ISS la pensión de vejez; que a través de la Resolución No. 973 de 19 de marzo de 2010 el demandado le negó su petición pensional, aduciendo en su defensa que «por favorabilidad se debe aplicar lo preceptuado en la Ley 71 de 1988, pero que no era factible su acceso, porque durante el tiempo laborado para el Ministerio de Defensa Nacional no se realizaron descuentos para seguridad social,» y que «la única manera de incluir los tiempos laborados al servicio del Estado y no aportados a Fondo o Caja de Previsión laguna, se encontraba contemplado en el art. 33 de la ley 100 de 1993 modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003,», y que contra el referido proveído interpuso recurso de reposición, resuelto mediante Resolución No. 3226 de 19 de agosto de 2010, en la que el ente asegurador se mantuvo en su decisión.

El Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la solicitud de pensión, la emisión de las resoluciones y su contenido, a través de las cuales negó el reconocimiento de la pensión y resolvió el recurso de reposición, precisando en todo caso, que no había omitido ni desconocido ningún tipo de reconocimiento, en tanto el peticionario no contaba con los requisitos para acceder a la prestación económica solicitada. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamando, buena fe, no se deben intereses moratorios y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue proferida el 21 de septiembre de 2011, por el Juzgado Adjunto al Tercero Laboral del Circuito de Neiva, por medio de la que decidió:

"PRIMERO: DECLARESE que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES debe reconocer la pensión por vejez al señor HÉCTOR UNI, de conformidad con la Ley 71 de 1988, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENASE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagarle al demandante HECTOR UNI, la suma de dieciséis millones quinientos setenta y cuatro mil trescientos veintiséis pesos (\$16.574.326,00) por concepto de las mesadas dejadas de percibir, desde el 28 de junio de 2009 hasta septiembre de 2011. Suma que deberá indexarse al momento en que se haga efectivo el pago, de acuerdo con el IPC certificado por el DANE.

TERCERO: ORDENESE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, que descuente del valor de las mesadas futuras una vez se incluya en nómina a descontar el 12%, correspondiente a la cotización al Sistema de Seguridad Social en Salud y con destino a tal sistema.

CUARTO: ORDENESE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES que se continúe pagando las mesadas pensionales del señor HÉCTOR UNI, que para el año 2011 corresponde a \$535.600, y le aplique los respectivos ajustes anuales a que haya lugar.

QUINTO: DECLARESE no probadas las excepciones que denominó el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES "INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMANDO, BUENA FE, NO SE DEBEN INTERESES MORATORIOS Y PRESCRIPCIÓN", conforme lo argumentos expuestos en esta providencia.

SEXTO: CONDENASE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES apagar las costas del proceso a favor del demandante HÉCTOR UNI, fijando como agencias en derecho la suma de \$2.320.405., tal como se explicó, en la parte motiva in fine.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la parte actora, el proceso subió al Tribunal Superior de Neiva, Corporación que mediante la sentencia recurrida, revocó la decisión del a quo, y en su lugar absolvió al ISS de todas las pretensiones de la demanda.

El Tribunal inicialmente expresó que no existía discusión en torno a la fecha de nacimiento del actor, acaecida el 28 de junio de 1949, ni a la condición de beneficio del régimen de transición por cuanto al 1º de abril de 1994 contaba con 44 años de edad, aspectos fácticos que infirió del documento de identificación del actor visible a folio 13.

Seguidamente, precisó que el problema jurídico a resolver se centraba en determinar «si como lo aduce el recurrente, el demandante no acreditó los requisitos establecidos en la Ley 71 de 1988, por un lado, al no haber realizado aportes antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y por otro, al no cumplir los veinte (20) años de aportes, toda vez que durante el tiempo de servicio prestado al Ministerio de Defensa no se realizaron aportes a Caja de Previsión Social alguna».

Para resolver el primero de los planteamiento, le bastó remitirse al reporte de semanas cotizadas en pensiones visible a folio 45, para afirmar que el actor «sí aportó al Instituto de Seguros Sociales en el periodo comprendido entre el 4 de junio de 1979 al 30 de septiembre de 1999,» resaltando que el artículo 7º de La Ley 71 de 1988, habilitaba al asegurado para que realizara cotizaciones en una o varias Cajas de Previsión Social y al ISS, en cualquier tiempo, sin condicionamiento alguno, por lo que no le asistía razón a la apelante frente a dicho reparo, pues

aceptar tal tesis «implicaría desconocer que el demandante es beneficiario del régimen de transición», contrariando el criterio de la Corte sentando en la sentencia 41830 de 24 de mayo de 2011, que reprodujo en lo pertinente.

No obstante lo anterior, resaltó con fundamento en la Resolución No. 973 de 2010, emitida por ISS, que el actor a pesar de haber realizado aportes por 6780 días equivalentes a un total de 968 semanas y 18.83 años al Sistema General de Pensiones en el Régimen de Prima Medía con Prestación Definida, le faltaban 420 días de aportes, pues «el tiempo de servicio al Ministerio de Defensa, no es dable computarlo para completar los 20 años a que alude el citado artículo 7º de la Ley 71 de 1988», y en esa medida «no era dable conceder la prestación reclamada por el demandante, como lo hizo la señora juez a quo, pues no verificó el cumplimiento de los requisitos exigidos en la plurimencionada norma», traspasando absolutamente el sentenciador, el alcance que la jurisprudencia le había dado a dichas exigencias, entre otras, en las sentencias de 23 de enero de 2003, radicación 19199, reiterado en la de 19 de octubre de 2006, radicación 26408 y 24 de mayo de 2011 radicación 39883.

Por otra parte, indicó que como el actor había solicitado el reconocimiento de la pensión y en forma subsidiaria, al amparo del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, tampoco cumplía con los presupuestos de dicha norma, en tanto no demostró la acumulación de quinientas (500) semanas de cotización al ISS, dentro de los veinte (20) años anteriores al cumplimiento de los sesenta (60) años de edad, es decir, desde el 28 de junio de 2009 hasta el 28 de junio de 1989, puesto que durante ese lapso tan sólo había cotizado 484 semanas, y tampoco había alcanzado las 1000 en cualquier tiempo.

RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

I. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia del Tribunal, para que en sede de instancia, confirme en su totalidad la del a quo, que accedió a sus pretensiones.

Con tal propósito formuló un cargo, oportunamente replicado, que se decidirá enseguida.

I. CARGO ÚNICO

Acusa la interpretación errónea del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, y la infracción directa de los artículos 13, 48 y 53 de la Constitución Política; 24 del Decreto 2400 de 1968; 101 del Decreto 1950 de 1973; 48 de la Ley 48 de 1992; «13 – F de la Ley 100 de 1993 y el numeral b) del párrafo 1º del Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.».

No discute la censura que el actor entre el 4 de junio de 1979 al 30 de septiembre de 1999, cotizó un total de 968 semanas, y que entre el 10 de mayo de 1970 y 30 de abril de 1972, prestó su servicio militar obligatorio.

La controversia con la sentencia recurrida, la centra en que el Tribunal no hubiera aplicado el tiempo del servicio militar obligatorio prestado por el actor, «en la contabilización del tiempo para acceder a la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988», cuya

determinación debía ser revaluada a la luz de la Constitución Política, concretamente en observancia de los derechos fundamentales de igualdad y seguridad social y los antecedentes históricos – legales del servicio militar, con el fin de no contrariar la finalidad de la referida normatividad, máxime cuando históricamente el tiempo de servicio militar empezó a ser reconocido para la pensión de jubilación prevista en el artículo 46 de la Ley 2 de 1945, reconocida a las personas que se desempeñaran dentro de las fuerzas militares, incluso como soldados, donde el tiempo servido al interior de éstas, se contabilizaba como parte del tiempo del cálculo de la pensión de vejez, desde el momento del ingreso, y que si bien dicha ley había sido derogada por la 126 de 1959 y por el Decreto 2339 de 1971, resaltaba en todo caso que desde 1945 se tenía en cuenta el tiempo de prestación de servicio militar para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez.

Que con posterioridad se había expedido el Decreto 2400 de 1968, reglamentando por el Decreto 1950 de 1793, en los que se había establecido que el tiempo de servicio militar sería tenido en cuenta para efectos de cesantías, pensión de jubilación o de vejez y prima de antigüedad, además de en desarrollo del artículo 216 de la Constitución Política de 1991, se había expedido la Ley 48 de 1993, que regulaba el servicio de reclutamiento y movilización, donde en su artículo 40 preceptuaba que «**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 de vejez y prima de antigüedad en los términos de la ley..;» por lo que el tiempo durante el cual un colombiano había prestado el servicio militar debía ser tenido en cuenta para efectos de contabilizarlo para la pensión de jubilación, máxime cuando con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se dio la posibilidad de acumular al 'tiempo de servicio' como requisito en algunos regímenes para tener derecho a la pensión de vejez, el tiempo destinado a la prestación del servicio militar obligatorio, cuya filosofía era «evitar hacer nugatorio el derecho pensional para aquellos servidores públicos que nunca hicieron aportes por no haberse exigido así a la entidad empleadora»..

Por otra parte, indicó que la pensión de jubilación de que trataba la Ley 71 de 1988, establecía como obligatoriedad la aplicación de tiempos de servicio con aportes, de ahí que la exegesis del Tribunal apoyada por la sentencia de radicación 39883 de la Corte Suprema de Justicia, fuera una interpretación restrictiva de la ley «por cuanto no está acorde a los principios constitucionales que impregnan tanto la seguridad social como el derecho al trabajo, es decir, para efectos de cómputos de tiempos de la Ley 71 de 1988, es igualmente procedente a la aplicación de tiempos no aportados a pensión, especialmente el del Servicio militar obligatorio», tal como lo interpretaba la Corte Constitucional en sentencia C – 623 de 1998, al decir dicha Corporación que «la filosofía de la acumulación de los aportes prevista en el artículo 7º es la de que la parte de ingresos del empleado oficial o trabajador que se destina a la formación de los fondos de pensiones en las entidades de previsión social permitan a esta cumplir con el pago de la pensión de jubilación».

Por lo que, si tal era la filosofía de la Ley 71 de 1988, en nada afectaba «si en vez de tiempos con aportes se computan tiempos de servicio sin aportes, pues en cualquier caso, la responsabilidad pensional de la entidad pública se calcula sobre la base del tiempo de servicio y no sobre la base de los aportes efectuados.», y se materializa bien sea con cuota parte o bono pensional para cuyo cálculo, sin que en nada incidiera los aportes que eventualmente se hubieran efectuado, pues su monto se determina con base en el IBL pensional que hubiere tenido en cuenta para el pago de salarios y no de aportes, a diferencia de lo que sí ocurría con la Ley 100 de 1993.

En ese orden, concluyó que la interpretación del Tribunal del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, fue incorrecta al suponer que no debía computarse el tiempo de servicio militar como tiempo de servicio válido para su pensión de jubilación, lo que implicó que no revisara los requisitos del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, y por ende que negara el derecho al actor, que había acreditado 7427 días en el sector público y privado, equivalente a 20 años , 1 mes y 18 días, en virtud de que el tiempo de servicio al Ministerio de Defensa Nacional, era plenamente válido.

I. RÉPLICA

Afirma que la decisión censurada, estaba acorde con criterio jurisprudencial de esta Corporación, según el cual no era pertinente convertir el tiempo servido en el sector público en cotizaciones o aportes para efectos de reunir los requisitos exigidos en el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, por lo que no cabían los repartos de la censura.

I. CONSIDERACIONES

Dado el sendero escogido por la censura en el único cargo propuesto, debe ponerse de presente que no son objeto de controversia los supuestos fácticos establecidos por el Tribunal, en torno a la fecha de nacimiento del actor el 28 de junio de 1949 y su condición de beneficiario régimen de transición, dado que al 1º de abril de 1994 contaba con 44 años de edad; que cotizó al ISS 6780 días, equivalentes a 968 semanas y 18.83 años. Tampoco que señor Uni, laboró para el sector público al servicio del Ministerio de Defensa Nacional prestando su Servicio Militar Obligatorio entre el 01/05/1970 a 30/04/1972, equivalente 720 días, pues así lo afirmó el actor en su demanda y corroboró el demandado al aceptar los hechos 2 y 4, relacionados con la expedición y contenido de las Resoluciones 973 de 9 de marzo de 2010 y 003223 de 19 de agosto de igual anualidad, donde se alude a dicho tiempo.

En ese orden, la controversia que plantea la censura está orientada a que se determine jurídicamente, que es procedente la sumatoria del tiempo del servicio militar para efectos de acceder a la pensión de jubilación por aportes al amparo de la Ley 71 de 1988.

Al respecto, basta traer a colación lo adocinado por la Corte, en sentencia SL14926-2014, del 29 de oct. de 2014, rad.56127, donde así reflexionó:

"Dada la vía escogida para los ataques debe ponerse de presente que no se controvierten los supuestos fácticos que dio por sentados el Tribunal, tales como que el demandante nació el 3 de junio de 1949, que cuenta con 19 años, 8 meses y 16 días de cotizaciones y que, además, prestó el servicio militar obligatorio por espacio de 1 año, 10 meses y 3 días.

Ahora bien, observa la Sala que los cargos están encaminados a que se determine jurídicamente que el tiempo de servicio militar obligatorio prestado por el demandante no puede ser computado para efectos de completar el tiempo de aportes y cotizaciones que exige el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, para efectos de adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes de que trata esa disposición.

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 MONTROYA 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.

El Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto de 24 de julio de 2002, rad. N° 1397, precisó:

"... la única condición exigida por el legislador para proceder al reconocimiento de los derechos consagrados en el artículo 40 (de la Ley 48 de 1993) es la de que el conscripto ingrese a la administración pública en cualquiera de sus órdenes, razón por la cual la efectividad del beneficio opera de forma automática una vez se haga procedente computar el tiempo para efectos del reconocimiento de la pensión en el sector oficial –de jubilación o de vejez- atendiendo al régimen que corresponda ..."

Dicho criterio se ha sustentado en lo que venía adocinando esta Corporación en el sentido de que bajo la regulación de la Ley 71 de 1988 no era posible sumar tiempos de servicios, en atención a que:

La denominada pensión por aportes creada por el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, fue una institución novedosa que permitió a las personas que acreditaran aportes a la seguridad social privada y a la seguridad social pública, los cuales no le daban derecho a la pensión de vejez o a la pensión de jubilación en cualquiera de los dos sistemas, para que acumularan dichos aportes con el fin de que adquirieran su derecho pensional con veinte años (20) de aportes sufragados y edad de cincuenta y cinco años (55) años si era mujer o de sesenta (60) si era hombre.

Acorde con la ley, es requisito indispensable para adquirir dicha pensión especial, la acreditación de veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en el Instituto de Seguros Sociales o en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial o municipal.

Lo anterior sin que se deje de tener en cuenta que por aportes debe entenderse aquella parte del salario con que empleadores y trabajadores debían cotizar o bien al Instituto de Seguros Sociales o bien a una o varias de las mencionadas entidades de previsión social con la intención de ir conformando un capital que en el futuro permita el reconocimiento pensional.

Para el asunto de marras, es dable anotar que no se refirió para nada el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 a la posibilidad de que los aportes pudieran ser reemplazados por tiempos de servicios en los cuales no hubo cotización o pago de aportes, lo que indicaba claramente que la exigencia para

acceder a la pensión eran los aportes y no los tiempos de servicios en los cuales no se cotizó.

Ahora, como el mencionado artículo 7° dejó en manos del Gobierno Nacional la reglamentación sobre los términos y condiciones para el reconocimiento de esa prestación, así como también la determinación de las cuotas partes que pudieran corresponder a las entidades involucradas, el Decreto 1160 de 1989, expedido con esa finalidad, fue perentorio en señalar en su artículo 21 que no se computaría como tiempo para acceder a la pensión por aportes, "el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de vejez, invalidez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todo[s] los órdenes cuyos empleados no aporten al Sistema de Seguridad Social que los protege".

La anterior previsión fue reiterada en el artículo 5° del Decreto 2709 de 1994, estatuto éste que derogó los artículos 19 a 29 --salvo el parágrafo del artículo 22-- del Decreto 1160 de 1989, cuyo capítulo II reglamentó inicialmente la denominada pensión por aportes. (CSJ SL, 7 May 2008, Rad. 32615)

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 7° 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.

Pues bien, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y del Sistema General de Pensiones adoptado mediante la Ley 100 de 1993, la multiplicidad de regímenes pensionales permitía odiosas diferencias entre los trabajadores vinculados al sector privado y los servidores vinculados al sector público, de modo que cada uno subsistía de manera independiente con exigencias propias en tiempos de servicio y cotización que no podían conjugarse para adquirir el beneficio pensional. Fue por ello que el legislador estableció la llamada «pensión de jubilación por acumulación de aportes», con el objeto de que pudieran sumarse los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado.

En lo pertinente, dispuso la Ley:

"Artículo 7°: A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer."

Dicho de otro modo, la citada disposición se expidió con el fin de garantizar a los trabajadores que prestaron sus servicios en el sector público y privado, la posibilidad de alcanzar la pensión

con la sumatoria de los tiempos de cotización y de servicios en uno y otro sector.

Posteriormente, ya en vigencia de la Constitución Política de 1991 el legislador no desconoció los motivos que dieron origen a la llamada pensión por aportes, de modo que al establecer el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, igualmente consagró la posibilidad de acumular para efectos pensionales los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados en uno y otro sector, tanto en el régimen de prima media con prestación definida así como en el de ahorro individual con solidaridad.

En punto al tema que ahora ocupa la atención de la Sala, para el primero de los regímenes dispuso el legislador en el parágrafo primero del artículo 33 ibidem, en inequívoca conexidad con el artículo 13 de la misma normativa, que "[p]ara efectos del cómputo de las semanas (...) se tendrá en cuenta: (...) b. El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados".

Recuérdese que el literal f) del citado artículo 13 consagra que, "[p]ara el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio".

En este orden, bien podría afirmarse que la Ley 100 de 1993 al consagrar la acumulación de tiempos servidos en el sector público y privado, dejó sin vigencia lo dispuesto en la Ley 71 de 1988. Sin embargo, tal aseveración no es del todo cierta si se tiene en cuenta que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional para quienes acreditando los requisitos de edad o tiempo de servicios a su entrada en vigencia, tengan derecho a que su pensión se reconozca conforme a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable, entre otros, el que consagró el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990, ora el previsto en la Ley 33 de 1985 que reguló el régimen pensional en el sector oficial y, concretamente, en lo que ahora interesa, la Ley 71 de 1988 que previó la llamada pensión de jubilación por aportes.

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.

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 lo pertinente, dijo el Consejo de Estado:

"De conformidad con lo expuesto, encuentra la Sala que varias normas de la Constitución Política de 1991 establecen de manera explícita una reserva de ley sobre el tema que fue objeto de regulación por parte del Gobierno Nacional en el artículo 5° del Decreto 2709 de 1994, a saber:

"(i) El artículo 53 dispone que: 'El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: [La] garantía a la seguridad social (...)'.
[La] garantía a la seguridad social (...)'.

"Como puede observarse, el artículo 53 superior exige al Congreso de la República que al momento de expedir el estatuto del trabajo, regule la garantía de la seguridad social, dentro de la cual está inmerso el régimen pensional, con el alcance, contenido y prestaciones que determine la ley.

"(ii) A su vez, el artículo 152 prescribe: "Mediante leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección".

"En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que aquellas materias inexorablemente vinculadas a los derechos constitucionales fundamentales, tales como, la vida en condiciones dignas, el trabajo, el mínimo vital, etc., se encuentran sujetas a reserva de ley, razón por la cual no puede dejarse en manos del ejecutivo su regulación. El contenido esencial del régimen pensional se encuentra en estrecha conexidad con dichos derechos fundamentales, por lo que su determinación debe realizarse a través del ejercicio de la potestad de configuración normativa del legislador, excluyendo para el efecto su fijación mediante reglamentación presidencial. -Sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil-.

"Para la Sala no hay duda que el tema de los tiempos computables para los efectos relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, al igual que la edad, forma parte del contenido esencial del mencionado régimen pensional, por lo que las exclusiones o excepciones al mismo deben establecerse mediante normas con rango de ley.

"En efecto, se trata de un asunto sustancial de la materia objeto de reserva, vale decir de los elementos básicos del régimen pensional por aportes, considerando su conexidad con los

derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social, razón por la que escapa al alcance de la regulación mediante decretos reglamentarios.

"Nótese que en el inciso segundo del artículo 7° de la Ley 71 de 1988 el Legislador facultó al Gobierno Nacional para reglamentar "los términos y condiciones para el reconocimiento y pago" de la pensión de jubilación por aportes, pero con base en dicha autorización el Ejecutivo no podía llegar a tocar el contenido esencial del régimen pensional, determinando los tiempos de servicio que no se computarían para adquirir el derecho, pues con ello se configura una restricción o afectación a los derechos fundamentales que ya fueron mencionados y se desconoce la reserva de ley establecida en los artículos 53 y 152 de la Carta Política.

"A partir de lo anterior se evidencia que en la norma reglamentaria acusada el Presidente de la República rebasó el ámbito sustancial de la materia reservada, razón suficiente para declarar su nulidad.

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.

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.

Conforme a lo expuesto, la Sala recoge lo adoctrinado en las sentencias CSJ SL, 19 Oct 2011, Rad. 41672, CSJ SL, 6 Mar 2013, Rad. 39463 y CSJ SL, 2 May 2012, Rad. 42383, así como cualquier otro pronunciamiento en contrario a lo aquí decidido".

En ese orden, si una persona cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, como acontece aquí con el actor en la situación fáctica ya descrita, tiene la expectativa legítima de pensionarse al amparo de la Ley 71 de 1988, no hay razón para desconocer el tiempo de servicio militar obligatorio a efectos de completar el tiempo necesario para estructurar su derecho a la pensión de jubilación por aportes.

Así las cosas, debe precisarse que si la decisión del Tribunal se fundó en el criterio

jurisprudencial vigente para la época de tal pronunciamiento, con el nuevo y actual criterio que se acaba de citar, el cargo está llamado a la prosperidad, por lo se casará íntegramente la sentencia.

En instancia, sirven las consideraciones vertidas en sede de casación, para confirmar la decisión del Juzgado Adjunto al Juzgado Tercero Laboral del C ircuit de Neiva, del 21 de septiembre de 2011, en tanto se aviene al actual criterio de la Sala.

Sin costa en casación.

I. 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 proferida el Tribunal Superior Judicial Neiva, 16 de abril de 2013, dentro del proceso ordinario laboral que promovió HÉCTOR UNI contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES".

En instancia, sirven las consideraciones vertidas en sede de casación, para confirmar la decisión del Juzgado Adjunto al Juzgado Tercero Laboral del C ircuit de Neiva, del 21 de septiembre de 2011.

Sin costas

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de Origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUÍZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.
Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones
ISSN 2256-1633
Última actualización: 31 de agosto de 2019

