2010-01332-01

Providencia:	Sentencia del 21 de octubre de 2011
Radicación Nro. :	66001-31-05-003-2010-001332-01
Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	José Lino Arce Nemgarabe
Demandado:	Instituto de Seguros Sociales
Magistrado Ponente	Alberto Restrepo Alzate
Juzgado de origen	Juzgado Segundo Laboral Adjunto del Juzgado Segundo Laboral del Circuito
Tema:	**PENSIÓN DE JUBILACIÓN: Aún cuando el servidor público afiliado al ISS, continuará cotizando a dicho asegurador con posterioridad al 1 de abril de 1994, el reconocimiento de la pensión de jubilación seguía siendo a cargo del empleador, bajo las disposiciones propias de tal régimen, ya sea la Ley 33 de 1985 o cualesquiera otro que gobernara el asunto, por lo que, el Instituto de Seguros Sociales, para aquélla época –antes de la vigencia de la Ley 100- no se podía asimilar a caja de previsión en los términos de la Ley 33 de 1985.**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: ALBERTO RESTREPO ALZATE

Pereira, veintiuno de octubre de dos mil once

Acta número 139 del 21 de octubre de 2011

Siendo las cinco y treinta (5:30) minutos de la tarde de esta fecha, se declara abierta la vista pública dentro de la que ha de resolverse el recurso de apelación de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Adjunto del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad, el 15 de julio de 2011, dentro el proceso ordinario que el señor **José Lino Arce Nemgarabe** le promueve al **Instituto de Seguros Sociales.**

El proyecto presentado por el ponente, discutido y aprobado por los demás miembros de la Sala, conforme consta en el acta arriba referenciada, reseña estos

ANTECEDENTES:

Manifiesta el demandante, a través de vocero judicial, que nació el 7 de mayo de 1954, por lo que en igual calenda del año 2009, arribó a 55 años de edad y que al entrar en vigencia la Ley 100 de 1994, contaba con 40 años de edad, situación que lo llevó a presentar ante el ISS, solicitud de reconocimiento pensional, siendo negada mediante Resolución No 06578 del 3 de junio de 2009, bajo el argumento de que a pesar de ser beneficiario del régimen de transición, aún no ha cumplido con el requisito de la edad mínimo para pensionarse -60 años-, como lo exige el

artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. Contra dicho acto administrativo se interpusieron los recursos de ley, solicitando la gracia pensional, bajo los presupuestos de la Ley 33 de 1985, la que tampoco tuvo eco, al considerar la entidad asegurada que no contaba con 20 años de servicios al sector público, situación que no obedece a la realidad pues laboró en la ESE Hospital San Vicente de Paul, desde el 1 de marzo de 1978 al 15 de abril de 2002, con lo que supera el requisito exigido y, aún así, acredita más cotizaciones para un total de 1114.

Por lo anterior, pretende el actor que se reconozca a su favor la pensión de jubilación contenida en la Ley 33 de 1985, desde el 7 de mayo de 2009 incluidas las mesadas adicionales, con una tasa de reemplazo del 75%, del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, debidamente indexado o en su defecto como lo dispone el artículo 21 de la Ley 100 de 1994. Finalmente, depreca el pago de intereses moratorios conforme lo reglado por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas y las costas procesales.

La entidad accionada aunque debidamente notificada –fl 27-, optó por guardar silencio.

Instruido en lo posible el debate, se clausuró el período probatorio y se convocó a juzgamiento, que fue proferido en audiencia pública (fl.85) llevada a cabo el 15 de julio de 2011, en la que el A quo negó las pretensiones del actor, bajo el argumento de que quien debía responder por al prestación reclamada era el ente público que lo tuvo como empleado, pues el ISS sólo está obligado a reconocer pensiones bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, esto es, una vez el actor reúna los requisitos dispuestos en el artículo 12 de la referida normatividad.

En acatamiento de lo dispuesto por el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se surte el grado especial de jurisdicción por consulta a favor del accionante. Enviados los autos a esta Sede y corrido el traslado de rigor a las partes se procede a resolver con apoyo en estas

CONSIDERACIONES

Se encuentran satisfechos los presupuestos procesales de demanda en forma, competencia y capacidad para ser parte y comparecer en juicio en demandante y demandada.

Problema jurídico.

> ***¿Debe el ISS reconocer y pagar al actor, la pensión de jubilación contendida en la Ley 33 de 1985, teniendo en cuenta que éste laboró por más de 20 años en entidades del sector público?***

Sea lo primero advertir, que ninguna discusión ofrece el hecho de que el actor es beneficiario del régimen de transición, pues si bien para el 1 de abril de 1994, no había cumplido 40 años de edad, -le faltaban 17 día, pues nació el 7 de mayo de 1954-, contaba con más de 15 años cotizados antes de dicha calenda, pues acreditaba 838.72 semanas al sistema –fl 82-.

Ahora bien, depreca el actor el reconocimiento de la pensión de jubilación dispuesta en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985 que textualmente establece:

> *"El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) de/ salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio."*

Así mismo, dispone el artículo 13 ibídem sobre las cajas de previsión, lo siguiente:

> *"Para efectos de esta ley, se entiende por cajas de previsión las entidades del orden nacional, departamental, intendencial, comisarial, municipal o del Distrito Especial de Bogotá, que, por ley, reglamento o estatutos, tenga, entre otras, la función de pagar pensiones a empleados oficiales de cualquiera de dichos órdenes...".*

De los requisitos dispuestos por los artículos en cita se tiene que JOSÉ LINO ARCE NEMGARABE, al haber nacido el 7 de mayo de 1954, tiene actualmente más de los 55 años de edad exigidos por la norma y que, en su calidad de empleado oficial prestó sus servicios por más de veinte [20] años continuos o discontinuos requeridos para obtener su jubilación, como se verifica en el siguiente cuadro, así:

Fechas de aporte	***Número***	***Folio***

Empleador	***Desde***	***Hasta***	***de días***	
Hospital San Vicente de Paul	*01-03-78*	*15-04-02*	*8.753*	*28*
TOTAL SEMANAS /7			***1.250.43***	

Lo anterior, traducido en años, corresponde a la siguiente operación 8.753 días /360 días = 24.31 años

Conforme lo antes expuesto, podría decirse que, en principio, le asiste el señor Arce Nemgarabe el derecho deprecado. Sin embargo, es necesario establecer quien era la entidad responsable de satisfacer tal derecho.

Para definir tal interrogante, es apreciable de la prueba documental arrimada a la actuación, que durante el tiempo que prestó sus servicios al Hospital San Vicente de Paul del municipio de Mistrató, esto es, entre Marzo 1/78 y Abril 15/02 (fl.17), estuvo siempre afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, tal como lo deja ver el record de cotizaciones a folio 82.

La anterior observación es necesaria porque antes de entrar el rigor la Ley de 1993, la prestación hoy reclamada –pensión de jubilación- se encontraba a cargo de los empleadores privados o públicos o cajas de previsión social y, de la pensión de vejez se encargaba el Instituto de Seguros Sociales, al cual se encontraban afiliados trabajadores del sector privado, bien como independientes o dependientes laborales.

Esta diferenciación es importante, porque aún cuando el servidor público afiliado al ISS, continuará cotizando a dicho asegurador con posterioridad al 1 de abril de 1994, el reconocimiento de la pensión de jubilación seguía siendo a cargo del empleador, bajo las disposiciones propias de tal régimen, ya sea la Ley 33 de 1985 o cualesquiera otro que gobernara el asunto, por lo que, el Instituto de Seguros Sociales, para aquélla época –antes de la vigencia de la Ley 100- no se podía asimilar a caja de previsión en los términos de la Ley 33 de 1985.

Adicional a lo dicho, se impuso el deber al obligado –entidad estatal- de seguir cotizando al ISS hasta cuando se colmaran los requisitos del beneficiario para hacerse a la pensión de vejez, momento a partir del cual la prestación quedara a cargo del organismo de la seguridad social, y el empleador sólo lo sería de la diferencia que resultara –si lo hubiera- entre una y otra pensión.

Tal espíritu se conservó en el artículo 5º del Decreto 813 de 1994, reglamentario del precepto 36 de la Ley 100 de 1993, de cuyo contenido y del artículo 6º del aludido Decreto, permitió al órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria hacer la siguiente distinción, entre servidores públicos –antiguamente empleados oficiales- afiliados al ISS antes de la Ley 100 de 1993 y después de haber entrado en rigor esta Ley:

> *"(…) Del recuento normativo realizado se colige sin dificultad que en los casos en que* ***el servidor oficial fue afiliado al ISS desde la época en que comenzó la vigencia de los seguros sociales, en fecha cercana a ella, o en todo caso con anterioridad a la Ley 100 de 1993, y se hallaban afiliados cuando entró en vigencia dicha ley 100, la pensión de jubilación se rige por lo previsto en el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995 en armonía con lo establecido en el artículo 5º del Decreto 813 de 1994, modificado por el artículo 2º del D.R. 1160 de 1994, es decir, el empleador concederá la pensión en las condiciones previstas en las normas del régimen a que pertenecía el trabajador****, con la obligación de seguir cotizando hasta cuando el ISS reconozca la de vejez, momento a partir del cual quedará a cargo del patrono del mayor valor si se llegare a presentar, como de manera clara lo establecen las disposiciones indicadas, sin que haya lugar, en esta específica hipótesis, a la expedición de bono pensional.*
>
> *Esta solución no es extensible a los casos en que la vinculación del trabajador al ISS se produce en el momento en que comenzó la vigencia de la Ley 100 de 1993 o con posterioridad, porque en tales eventos sí se aplica el artículo 5º del Decreto 1068 de 1995 y la pensión puede quedar a cargo del ISS, siempre que se den los supuestos cronológicos previstos en el Decreto 2527 de 2000, surgiendo, ahí sí, para la entidad territorial o de previsión respectiva la obligación de emitir el bono pensional (…)"*[1]*.*

Conforme se colige de lo anterior, considera este Juez Colegiado que aquellos servidores públicos que fueron afiliados al ISS, antes de la entronización de la Ley 100 de 1993 y que, estando la afiliación vigente al 1º de Abril de 1994, la entidad obligada al reconocimiento pensional es el último empleador, subsistiendo en él –el empleador-la obligación de seguir cotizando hasta cuando el pensionado reúna los requisitos para acceder a la pensión de vejez otorgada por el ISS, evento en el cual el empleador, como ya se expresó, es responsable únicamente del pago de la diferencia, si se presenta.

En el último evento, el ISS liquida la pensión de vejez acorde con sus reglamentos y no con los contenidos en la Ley 33 de 1985, dado que se trata de una pensión de vejez - *no de jubilación*- .

[1] C.S.J. Sala de Casación Laboral, M.P. Carlos Isaac Náder, sentencia 15 de Agosto de 2006, RADICACIÓN No. 29210. Rev. J y D., Legis, No. 419 p. 1945. Pronunciamiento reiterado el 7 de mayo de 2008.

En el caso bajo análisis, estima esta Sala que, en efecto, el señor Arce Nemgarabe, venía laborando sin solución de continuidad desde el 1 de marzo de 1978 hasta el 30 de junio de 2002 en la E.S.E Hospital San Vicente de Paul, como promotor rural –fls. 44 y ss-, siendo afiliado del ISS. No obstante, aunque concurran los presupuestos para acceder a la pensión de jubilación contenida en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, mismos que se acreditan con posterioridad a la entrada en rigor de la Ley 100 de 1994, no se traduce ello en la obligación del ISS de reconocer dicha prestación observando tal disposición, como lo pretende la censura, pues, como ya se mencionó, a lo que estaba obligado el citado Instituto es a otorgar la pensión de vejez conforme a los parámetros de sus propios reglamentos y no al de la comentada Ley de 1985, por no asimilarse para esa calenda el Instituto demandado a una "Caja de Previsión", supuesto éste contenido en ésta última normatividad.

Vale recordar que el citado canon 5º del decreto 813 de 1994, en su literal c), establece:

> *"c)* ***Cuando el trabajador cumpla los requisitos del régimen que 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 del régimen de transición.*** *En ese momento el ISS 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 al pensionado (…)".*

Así pues, como en el sub-lite, no se ha demandado al ex empleador E.S.E. Hospital San Vicente de Paúl del municipio de Mistrató, único legitimado para conceder la pensión de jubilación conforme a las reglas de la Ley 33 de 1985, como lo pretende el gestor del litigio, no podrán resultar avante sus pretensiones.

Y es que no puede ser otra la decisión de esta Colegiatura, más que la inexorable confirmación de la decisión de primera instancia, aún cuando el plausible argumento del recurrente, es la aplicación del Decreto 4937 de 2009, que modifica el artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, donde se establece que esa limitación que tenía el ISS para reconocer la pensión de jubilación de aquéllos servidores públicos que eran sus afiliados antes y después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, es conjurada con la posibilidad, de que en esos específicos casos, se emita el bono especial tipo T, mismo que fue concebido *"para cubrir el diferencial existente entre las condiciones previstas en los regimenes legales aplicables a los*

servidores públicos antes de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y el régimen previsto para los afiliados al ISS, o que haga sus veces, con el fin de que la administradora pueda realizar el reconocimiento de una pensión con régimen de transición a los servidores que a primero de abril de 1994 se encontraban en cualquiera de estos casos: a) Que estuviera laborando en entidades públicas como afiliados o como cotizante al ISS en condición de activos (…)"; por cuanto, el mismo no es aplicable al asunto controvertido, pues tal disposición sólo tomó vigor a partir del 18 de diciembre de 2009 y recordemos que el Sr. Arce Nemgarabe, arribó a los 55 años edad el 7 de mayo de igual calenda y, por ello, la misma no era aplicable para el momento en que reunió los requisitos legales para acceder a la gracia pensional contendida en el artículo 1º de La Ley 33 de 1985.

Sin que sean necesarias más elucubraciones, esta Sala **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

Costas en segunda instancia serán del 100% y correrán por cuenta de la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto por los numerales 1° y 3° del artículo 392 del C.P.C., modificado por el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, aplicable por integración normativa a estas materias. Las agencias en derecho se fijan en la suma $535.600.oo, equivalentes a 1 salario mínimo legal mensual vigentes, de acuerdo con lo consagrado en el numeral 2.1.2. del Acuerdo 1887 de 2003, cifra que encuentra su razón en la prolongación del trámite, al surtirse la segunda instancia, donde sin variación alguna, el vencido en juicio fue quien desató la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia que por apelación ha revisado.

Costas en esta Sede, de la parte actora y a favor de la demandada en un cien por ciento (100%). Como agencias en derecho se fija la suma de **QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS PESOS MCTE** ($535.600.oo)

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia se levanta y firma esta acta.

2010-01332-01

Los Magistrados,

ALBERTO RESTREPO ALZATE

HUMBERTO ALBARELLO BAHAMÓN
Con permiso

ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN

MÓNICA ANDREA JARAMILLO ZULUAGA
Secretaria