El siguiente es el documento presentado por la Magistrada Ponente que sirvió de base para proferir el salvamento dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

**Providencia**: Sentencia de Segunda Instancia

**Radicación No**:66001-31-05-001-2014-00615-01

**Proceso**:Ordinario Laboral.

**Demandante**: Armando Vargas

**Demandado:** Colpensiones

**Juzgado de origen**: Primero Laboral del Circuito de Pereira.

**Tema: PENSIÓN DE VEJEZ / RETROACTIVO PENSIONAL-SERVIDOR PÚBLICO / DISFRUTE A PARTIR DEL RETIRO DEL SERVICIO** - Igualmente, el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, en la sentencia SL 10671-2016, radicado 46807, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno, providencia que fuera citada por la a quo, precisó frente a la aplicación de dicha incompatibilidad en relación con las pensiones reconocida por el ISS hoy Colpensiones, lo siguiente:

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

(…)

Se tiene probado dentro del presente asunto que, al señor Armando Vargas le fue reconocida mediante resolución GNR 342182 del 05-12-2013 expedida por Colpensiones- fls. 51 al 55-, la pensión de vejez, a partir del mes de febrero de 2014, en cuantía de $2.870.075, para el año 2013; todo ello, con sujeción a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, al ser beneficiario del régimen de transición. Sin embargo, dicha prestación solo se hizo efectiva en el mes de agosto de 2014, cuando se realizó el primer pago, tal como se certificó por la misma entidad demandada en el documento visible a folio 128 del C.1.

Igualmente, que el señor Armando Vargas arribó a los 60 años de edad el 18/08/2006, según se deprende de la resolución expedida por Colpensiones, mediante la cual le reconoció la pensión al actor; que la última cotización se hizo el ciclo de 08-2011-fls. 91 al 96-; y finalmente, se elevó la solicitud de reconocimiento pensional el 28/07/2011, tal como se extrae de la resolución GNR 342182

Además, dentro del presente trámite se acreditó con la certificación expedida por el SENA Regional Risaralda- fls. 160 al 165-, que el señor Armando Vargas, le fue aceptada la renuncia al cargo desempeñado, a partir del 30-06-2014, en la resolución No. 000198 de 2014, por ende, la fecha de retiro efectivo del servicio del demandante lo fue el 30-06-2014, por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia citada sería a partir de dicha calenda que es viable el disfrute de la prestación, tal como lo dispusiera Colpensiones y lo concluyera la Jueza de Instancia.

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

**MAGISTRADA PONENTE: OLGA LUCÍA HOYOS SEPULVEDA**

**AUDIENCIA PÚBLICA**

En Pereira, a los diecisiete (17) días del mes de abril de dos mil dieciocho (2018), siendo las nueve (9:00 a.m.), la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, se declara en audiencia pública con el propósito de resolver la apelación interpuesta por la parte demandante respecto a la sentencia proferida el 14 de Febrero de 2017 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira, dentro del proceso que promueve el señor **Armando Vargas** contra **la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones,** con radicado 66001-31-05-001-2014-00615-01.

**REGISTRO DE ASISTENCIA:**

Demandante y su apoderado: Demandada y su apoderado:

**TRASLADO A LAS PARTES**

En este estado se corre traslado a los asistentes para que presenten sus alegatos.

**ANTECEDENTES**

**1. Síntesis de la demanda y su contestación**

Pretende el señor Armando Vargas**,** que se declare que tiene derecho a que se le reconozca su pensión a partir del 1-09-2011; en consecuencia, se condene a Colpensiones a reconocer y pagar el retroactivo pensional, desde el 01-09-2011 hasta el 31-07-2014, los intereses de mora y las costas procesales.

Fundamenta sus pretensiones en que: (i) cumplió la edad y los demás requisitos exigidos para adquirir la pensión desde el 18-08-2006, y para el disfrute de ésta el 31-08-2011; (ii) que el Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, lo vinculó a las contingencias de vejez, invalidez y muerte, cotizándole hasta el 31-08-2011, cuando lo retiró del sistema; (iii) el 28-07-2011 solicitó ante el ISS hoy Colpensiones el reconocimiento de la pensión, concedida mediante resolución No. 342182 del 05-12-2013, a partir del 01-02-2014, con inclusión de nómina en el mes de julio, y pago efectivo en el mes de agosto de 2014; que presentó recurso de reposición el 20-01-2014, solicitando se le concediera la pensión desde el 01-09-2011, decisión que se confirmó a través de resolución GNR 27862 del 27-10-2014, en donde se señaló que no se presentó novedad de retiro.

**Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**, se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó como razones de defensa que para el disfrute de la pensión es necesario reportar la novedad de retiro del sistema por parte del empleador, pues no es suficiente acreditarse el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas cotizadas, además del retiro del servicio. Interpuso las excepciones de mérito que denominó “Estricto Cumplimiento a los Mandatos Legales”, “Inexistencia de la Obligación”, y “Prescripción”.

**2. Síntesis de la sentencia apelada.**

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira declaró probadas las excepciones denominadas “Estricto Cumplimiento a los Mandatos Legales” e “Inexistencia de la Obligación Demandada”; en consecuencia, absolvió a la Administradora Colombiana de Pensiones “Colpensiones”, de las pretensiones elevadas en la demanda y condenó en costas procesales a la parte demandante.

Para arribar a la anterior decisión, precisó que si bien el demandante cumplió la edad el 18-08-2006, solicitó la pensión el 28-07-2011, y cesó cotizaciones en el mes de agosto de 2011, entendiéndose a partir de allí el retiro expreso al sistema, continuó laborando al servicio del SENA, pese a que en tratándose de servidores públicos, que es la calidad que ostentaba el demandante, era necesario el retiro del servicio para disfrutar de la pensión, todo ello con sujeción a lo reglado en el artículo 6 y 128 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que fueran objeto de pronunciamiento en tal sentido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en las sentencias SL4413 de 2014 y 10671 de 2016; por tanto, concluyó, que el actuar de Colpensiones se ciñó a las normas legales que lo regían para el disfrute de la prestación reclamada.

**3. Síntesis del recurso de apelación.**

El apoderado judicial de la parte actora presentó recurso de apelación y argumentó que el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 debe mirarse desde una perspectiva constitucional, bajo lo reglado en el artículo 4 de la Constitución Política de Colombia, dado que de presentarse contradicción entre normas, debe aplicarse la de mayor jerarquía, que sería la Constitución; por lo que propone se aplique una excepción de constitucionalidad frente al artículo 19 de la citada Ley, pese a haberse analizado ya, en la sentencia C 584-97, pues con las modificaciones introducidas en la Ley 797 de 2003, perdió vigencia material al variarse los supuestos fácticos y por ende, no tiene fuerza gravitacional.

Refiere que la excepción que propone se sustenta en que no existe unidad normativa al respecto, y si la razón es racionalizar el gasto público, debe tenerse en cuenta que éste no hace parte del erario público sino del sistema, por lo que con ello, se está generando una discriminación entre los trabajadores del sector público de cara con los del sector privado, por lo que en su sentir, no debe aplicarse dicha norma.

Finalmente, hace mención al *distinguish* y un *overruling*. Frente al primero, dice, se presenta, cuando se infiere que cierta situación fáctica está regulada en el precedente jurisprudencial existente pese a no estarlo; en el caso de marras, sería que con la ley 797 citada cambió por completo la racionalización del gasto público, es decir, se presenta una variación con los hechos que se analizó en la sentencia C-584. El segundo, explica, se da cuando se aparta del precedente para cambiar las reglas que serían aplicables; en el caso bajo estudio, ello se daría ante el cambio de reglas, y que la clave interpretativa serían las normas del derecho laboral, que disponen que ante la duda se debe resolver a favor del trabajador o afiliado, al ser la parte débil de la relación jurídica.

**CONSIDERACIONES**

**1. Problema jurídico**

Visto el recuento anterior, la Sala formula los siguientes:

* 1. ¿Hay lugar al reconocimiento de la pensión a favor del señor Armando Vargas, desde el 01 de septiembre de 2011? De ser positiva la respuesta. ¿Es viable ordenar el retroactivo pensional solicitado?
  2. En caso afirmativo, ¿Es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios deprecados?

**2. Solución a los interrogantes planteados**

Con el propósito de dar solución a los anteriores cuestionamientos, se considera necesario precisar lo siguiente:

**2.1. De la fecha en que se comienza a disfrutar la pensión de vejez en el sector público – Retroactivo Pensional.**

**2.3.1. Fundamento jurídico**

Frente al tema, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, mediante sentencia SL. 17358 del 25-10-2017[[1]](#footnote-1), con ponencia de la magistrada Dolly Amparo Caguasango Villota-, expuso:

*“(…) En primer lugar, la Sala recuerda que el retiro del servicio, es una condición necesaria para percibir la pensión de jubilación oficial establecida en la Ley 33 de 1985, la cual, como quedó establecido, es la norma que rige la situación pensional del actor. Dicha circunstancia no se altera en razón de la naturaleza de los recursos administrados por el ISS, en tanto no resulta válido acudir a los presupuestos que establece la norma para obtener el reconocimiento de la prestación y pretender la omisión de aquéllos que consagran las condiciones para su disfrute, como equivocadamente se pretende.*

Más adelante

*Aparte de lo anterior, la Sala advierte que el actor, como servidor público que fue y sobre lo cual no hay discusión, sólo podía entrar a disfrutar de la pensión de jubilación una vez acreditase el retiro del servicio y no desde el momento en que solicitó al empleador fuese retirado del sistema de pensiones; ello es así en virtud de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que prevé que no es viable percibir simultáneamente, ingresos a título de salario y pensión, sino que el servidor público que se encuentre ante esa disyuntiva debe optar por uno sólo de los derechos, en la medida en que debe prevalecer la racionalización del gasto público (ver CSJ SL 12296 -2017). (…)”.*

Igualmente, el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, en la sentencia SL 10671-2016, radicado 46807, con ponencia del Magistrado Rigoberto Echeverry Bueno, providencia que fuera citada por la a quo, precisó frente a la aplicación de dicha incompatibilidad en relación con las pensiones reconocida por el ISS hoy Colpensiones, lo siguiente:

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

**2.3.2. Fundamento fáctico:**

Se tiene probado dentro del presente asunto que, al señor Armando Vargas le fue reconocida mediante resolución GNR 342182 del 05-12-2013 expedida por Colpensiones- fls. 51 al 55-, la pensión de vejez, a partir del mes de febrero de 2014, en cuantía de $2.870.075, para el año 2013; todo ello, con sujeción a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, al ser beneficiario del régimen de transición. Sin embargo, dicha prestación solo se hizo efectiva en el mes de agosto de 2014, cuando se realizó el primer pago, tal como se certificó por la misma entidad demandada en el documento visible a folio 128 del C.1.

Igualmente, que el señor Armando Vargas arribó a los 60 años de edad el 18/08/2006, según se deprende de la resolución expedida por Colpensiones, mediante la cual le reconoció la pensión al actor; que la última cotización se hizo el ciclo de 08-2011-fls. 91 al 96-; y finalmente, se elevó la solicitud de reconocimiento pensional el 28/07/2011, tal como se extrae de la resolución GNR 342182

Además, dentro del presente trámite se acreditó con la certificación expedida por el SENA Regional Risaralda- fls. 160 al 165-, que el señor Armando Vargas, le fue aceptada la renuncia al cargo desempeñado, a partir del 30-06-2014, en la resolución No. 000198 de 2014, por ende, la fecha de retiro efectivo del servicio del demandante lo fue el 30-06-2014, por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia citada sería a partir de dicha calenda que es viable el disfrute de la prestación, tal como lo dispusiera Colpensiones y lo concluyera la Jueza de Instancia.

Ahora, el punto de inconformidad del recurrente radica en que no debe darse aplicación al artículo 19 de la Ley 344 de 1996, que dispone “*Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones”*. Asimismo, sustenta su desacuerdo en que debe esta Sala apartarse de las decisiones proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se sustentan en dicha norma; en el entendido que no debe mediar el retiro del servicio para disfrutar de la pensión los servidores públicos, sino la desafiliación al sistema, como opera o se exige en el sector privado. Ello se logra, según el apelante, aplicando la figura de excepción de inconstitucionalidad.

Frente a ello, desde ya se dirá que no le asiste razón al demandante en su planteamiento, no solo porque ya fue objeto de revisión por el órgano de cierre en materia constitucional, como acertadamente lo señaló la a quo, el Ministerio Público, inclusive la propia parte actora, sino también, porque no es cierto que las situaciones fácticas que fueran analizadas por la Corte Construccional en la sentencia C-584 de 1997, en donde se estudió la constitucionalidad de dicho canon, hayan variado con la expedición de la Ley 797 de 2003 en su literal m) del artículo 1, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993[[2]](#footnote-2), toda vez que dicha Corporación al analizar la norma en comento, en principio mencionó que podrían catalogarse como asignaciones públicas a las pensiones, pero a renglón seguido, señaló[[3]](#footnote-3) enfáticamente que no lo eran.

Por el contrario, en esa providencia, para declarar exequible la norma que venimos analizando y que genera un trato distinto a los servidores públicos, la Corte halló sustento en la racionalización del erario público[[4]](#footnote-4), pero no en el entendido que las pensiones hagan parte de éste, sino porque al impedirse la continuidad de un funcionario en el servicio público , al mismo tiempo que disfruta ya de su pensión, se permite a la administración una mejor redistribución del gasto, en cuanto se refiere a la generación de ingresos a nuevos funcionarios y, por lo tanto, propiciar sustento a nuevas familias, aspectos que serían imposibles de lograr si el funcionario que ya recibe su ingreso pensional continúe ocupando el empleo.

Pero no solo ese fue el argumento que analizó la Corte al aplicar los test de proporcionalidad, para declarar exequible el artículo 19 en comento, sino aspectos tales como, la igualdad entre los trabajadores del sector público y privado, la provisión de cargos públicos, y la violación de derechos adquiridos, todo lo cual que le permitió concluir a esa Corporación que el trato distinto de la norma es constitucional.

Finalmente, vale acotar que las decisiones adoptadas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que se comparten plenamente por esta Colegiatura, tienen como apoyo el artículo multicitado, el cual, como se vio, fue revisado y declarado constitucional por el órgano competente, sin que la modificación incluida por la Ley 797 de 2003 implique variación de ninguna naturaleza, en cuanto a los presupuestos de Constitucionalidad de la norma previamente estudiados, por lo que no hay lugar ahora a aplicar la excepción de inconstitucionalidad planteada.

En ese orden de ideas, no hay lugar al reconocimiento de la prestación reclamada a partir de la fecha de la desafiliación del sistema, sino del retiro del servicio, tal como se efectuara por la entidad demandada y avaló la a quo, por ser la exigencia contemplada en tratándose de servidores públicos.

**CONCLUSIÓN**

Por lo expuesto, la decisión revisada será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de Colpensiones, ante la no prosperidad del recurso impetrado.

**DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira - Risaralda, Sala Segunda de Decisión Laboral,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pereira el 14 de febrero de 2017, dentro del proceso ordinario laboral propuesto por el señor **Armando Vargas** en contra de la **Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES,**

**SEGUNDO. CONDENAR** en costas en esta instancia a la parte demandante y a favor de Colpensiones al no prosperar el recurso de apelación interpuesto.

Notificación surtida en estrados.

No siendo otro el objeto de la presente audiencia, se eleva y firma esta acta por las personas que han intervenido.

Quienes integran la Sala,

**Los magistrados,**

**OLGA LUCÍA HOYOS SEPÚLVEDA**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

1. En donde se cita la sentencia SL. 12296 del 17-08-2017.

   Frente a ese tema, también se pronunciaron en sentencia SL. 16929 del 18-10-2017. Rad. 53419. M.P Dolly Amparo Caguasango Villota. [↑](#footnote-ref-1)
2. Dice la norma en cita que “*Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administra*”, [↑](#footnote-ref-2)
3. Contra esta última afirmación podría indicarse que las pensiones pueden constituir asignaciones públicas y, por lo tanto, que en virtud de lo dispuesto por el artículo 128 de la C.P., son incompatibles con cualesquiera otras asignaciones públicas, como el salario. No obstante, a lo anterior podría oponerse, en primer lugar, que los recursos destinados a pensiones son recursos parafiscales que no hacen parte del presupuesto nacional y que no deben ser catalogados como “asignaciones públicas”. Sin embargo, frente al eventual fracaso de este argumento, podría indicarse que el nuevo sistema de pensiones introduce una importante modificación, pues si bien el régimen solidario de prima media con prestación definida se administra mediante un fondo común de naturaleza pública, gerenciado por el ISS (art. 32 y 52 de la Ley 100 de 1993), el régimen de ahorro individual con solidaridad se compone de recursos públicos y privados (art. 59 y 60 de la Ley 100 de 1993) y, en consecuencia, resulta difícil catalogarlos como “asignaciones públicas”. Por último, podría alegarse que el propio artículo 128 establece la posibilidad de que el legislador defina las excepciones al principio general antes mencionado, para lo cual, según jurisprudencia de esta Corporación, goza de amplia libertad.  [↑](#footnote-ref-3)
4. En las condiciones expuestas, considera la Corte que la norma estudiada persigue una finalidad legítima de especial importancia constitucional. En primer lugar, está destinada a racionalizar los recursos asignados al pago del pasivo laboral de los servidores públicos, a fin de garantizar el cumplimiento oportuno de las necesidades básicas que la seguridad social está llamada a satisfacer. Pero busca, adicionalmente, un efecto supletorio, cual es el de aumentar las oportunidades de acceso de todas las personas, en igualdad de condiciones, a los cargos públicos. [↑](#footnote-ref-4)