

República de Colombia



*Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL**

**Magistrada Ponente
RUTH MARINA DÍAZ RUEDA**

Bogotá D., C., once (11) de diciembre de dos mil nueve (2009).

Ref.: Exp. 05001-22-03-000-2009-00742-01

Se decide la impugnación interpuesta frente al fallo de 23 de octubre de 2009, proferido por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que negó la tutela instaurada por **Marybel Osorio Gallo** contra **ING Pensiones** y la **Contraloría General de la República**.

ANTECEDENTES

La accionante acude a la tutela para que se le protejan sus derechos al trabajo, carrera administrativa, mínimo vital y subsistencia en condiciones dignas; en consecuencia, deprecó ordene a *"ING pensiones levantarle el status de pensionada, y en razón de lo anterior proceda a afiliarla nuevamente al sistema general de pensiones"*; de no ser posible lo precedente, pide el mandato para que la Contraloría le de posesión del cargo de profesional universitario, al cual accedió luego de un concurso de

méritos, sin que se le exija la obligación de afiliarse al régimen pensional.

Como sustento de sus pretensiones adujo los hechos que a continuación se compendian:

El mencionado *"fondo de pensiones"* le concedió, el 23 de junio de 2009, la devolución de saldos de ahorro en pensión, sustentada en que no cotizó al sistema las 1150 semanas exigidas, y que cuenta con la edad para acceder a ese beneficio.

Antes de esa *"devolución"*, participó en un concurso de méritos en la Contraloría General de la República, donde se le incluyó en la lista de elegibles para profesional universitario grado 01, nivel profesional, por medio de la resolución No. 00318 de 27 de marzo de 2009; finalmente fue nombrada por virtud de la resolución No. 1162 de 22 de septiembre pasado.

Cuando se presentó a tomar *"posesión"* del cargo, se le exigió la correspondiente afiliación a pensiones; misma que fue rechazada verbalmente por el ISS e ING, con el argumento de que *"se encontraba en la categoría de pensionada, por efecto de la devolución de aportes"*.

Frente a esa determinación, la Contraloría igualmente se ha negado a darle *"posesión"*, decisión con la que se vulnera el derecho al trabajo y se le limita la posibilidad de ocupar un cargo público.

En la actualidad cuenta con 60 años, y su situación económica le exige posesionarse en el cargo que por méritos ganó.

2. ING Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías pidió declarar la improcedencia del amparo porque *“las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores o las entidades administradoras, cualquiera que sea la naturaleza jurídica y los actos que se controvierten”*, corresponde a la justicia laboral según lo establecido en el artículo 2º de la Ley 712 de 2001.

Precisó, en el caso concreto que se somete a examen, lo siguiente:

“1. La señora Osorio solicitó ante ING Pensiones y Cesantías, pensión de vejez.

“2. Una vez adelantado el estudio del trámite de pensión de vejez se determinó que no cumplía con los requisitos de pensión de vejez establecidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual se aprobó en su lugar la devolución de saldos por vejez regulada en el artículo 66.

“3. Frente a la posibilidad de vincularse nuevamente nos permitimos hacer las siguientes precisiones:

"a) El riesgo asegurable, en este caso la contingencia de vejez, ya se encuentra amparado mediante la devolución de saldos por vejez otorgada al accionante.

"b) De acuerdo con el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4º de la Ley 797 de 2003, señala que la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado cumpla con requisitos para acceder a la pensión de vejez, en este caso dado que a la accionante se le reconoció devolución de saldos por vejez, se entiende que cesó la obligación de cotizar al sistema...

"c) Resaltamos que el Ministerio de la Protección Social y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público emitieron la circular conjunta 01 de 2005, mediante la cual se estableció que los afiliados que hayan recibido indemnización sustitutiva por vejez y en caso del régimen individual devolución de saldo por vejez están excluidos del sistema general de pensiones, para mayor claridad transcribo el numeral 2 de la circular referida: '2. Cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente o reciba la indemnización sustitutiva, cesa la obligación de cotizar al sistema general de pensiones, en razón a que los pensionados por jubilación, vejez o invalidez y quienes hayan recibido la correspondiente pensión sustitutiva, están excluidos del sistema.

"d) Así las cosas es claro que el riesgo asegurable en este caso la vejez ya está cubierto por el sistema general de pensiones a través de la devolución de saldos reconocida a la accionante por valor de \$67.985.913, por lo que el objeto del

sistema general en este caso particular ya se cumplió” (folios 37 y 38).

Por su parte, la Contraloría General de la República indicó que *“en el evento en que a la accionante le acepten su afiliación al Sistema General de Pensiones, de manera inmediata procederá a darle posesión en el cargo para el cual fue nombrada si así lo requiere, pese a la prórroga que fue solicitada por ella y que fue autorizada hasta el 14 de diciembre de 2009”.*

Acotó que el estatuto de personal de la entidad, resolución 0050 de 26 de febrero de 2007, en relación con los requisitos para la posesión estableció: *“En la misma fecha de la posesión, el funcionario deberá registrar su afiliación en salud a una empresa promotora de salud EPS y en pensión a una administradora de fondos pensionales AFP o al Seguro Social”* (folios 64 a 67).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Consideró que *“la devolución de aportes a la accionante, por cuantía de \$67.985.913, no implica la adquisición de la calidad de jubilada, el que sólo se detenta cuando se “tiene o cobra” una pensión. Con ello coligió que si existe una relación laboral y la interesada no está “pensionada”, permanece la obligación legal del fondo de afiliarla al sistema general respectivo.*

Agregó que *“la talanquera para que la accionante pueda acceder al cargo para el que concursó, es la no afiliación a*

un Fondo de Pensiones, sin que se hubiese tenido en cuenta que aún no cuenta con el estatus de pensionada, por lo que dicha negativa que es del resorte del ente de seguridad social, sólo es predicable al mismo, pues no existe supuesto normativo que ampare su decisión y sí el derecho de afiliación del trabajador, por lo que es del caso amparar los derechos de los que se solicita salvaguardia".

Aclaró que con su decisión "no está reconociendo beneficio pensional alguno a la accionante, ni tampoco está desconociendo el pago que la persona jurídica de derecho privado ING le realizó a aquella como devolución de los saldos existentes en su cuenta de ahorro pensional individual, así como tampoco se está dirimiendo su status de pensionada en cuanto a las semanas que se le pueden tener en cuenta para esos efectos, sino solamente se recalca, se le está salvaguardando el derecho al trabajo al que ha accedido mediante concurso público de méritos".

Como corolario, ordenó a la ING afiliar a la accionante al sistema general de pensiones; y a la Contraloría posesionarla, siempre y cuando cumpla con los demás requisitos de ley (folios 76 a 84).

LA IMPUGNACIÓN

ING pensiones apeló, porque "el riesgo asegurable referido a la contingencia de vejez, se encuentra cubierto por el sistema a través de la devolución de los saldos reconocidos a la accionante; siendo así, cesó la obligación de cotizar conforme a lo

dispuesto en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4° de la Ley 797 de 2003" (folios 88 a 90).

CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con los antecedentes relacionados, se advierte que la accionante persigue por este medio, principalmente, que se ordene a ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S. A., afiliarla nuevamente al sistema general de pensiones, para así poder cumplir con los requisitos que a su vez le exige la Contraloría General de la República para posesionarse en el cargo de Profesional Universitario, al cual accedió previo concurso de méritos.

2. Lo primero que corresponde señalar es que si bien existe en principio otro medio de defensa judicial, en el que es viable dirimir las controversias relacionadas con la seguridad social integral, el presente caso corresponde analizarlo de fondo en este estrado constitucional, pues por los términos que se concedieron a la accionante para su posesión, el proceso laboral no resultaría oportuno e idóneo para la protección de los derechos en juego.

3. Dilucidado lo anterior, corresponde señalar que en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de tutela ha señalado que el derecho a acceder a un cargo público adquiere la categoría de fundamental; por ello, con el amparo es posible remover los obstáculos que erigidos arbitraria o caprichosamente, impidan gozar de tal prerrogativa.

La condición de "pensionada" o no de una persona, resulta ser indiferente para poder ingresar al sector público como empleada de carrera, cuestión que se infiere de lo dispuesto en el artículo 150 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, si el estatus de "pensionada" no es relevante para acceder a un cargo público de carrera, tampoco puede serlo para que se cumplan las exigencias o formalidades propias inherentes a la posesión, como son la afiliación a salud y pensiones, esto último hecho más evidente cuando se repara en el contenido del artículo 15 de la Ley 100 de 1993: *Serán afiliados al sistema general de pensiones: en forma obligatoria; **todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos.** Así mismo, las personas naturales que presten directamente servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado, bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, o cualquier otra modalidad de servicios que adopten, los trabajadores independientes y los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales*" (resaltado fuera del texto).

4. Viene de lo anterior que la negativa de ING pensiones a afiliar a la accionante al régimen que maneja, resulta injustificada, y además contraria a los derechos fundamentales de esta, en concreto a la garantía a acceder a un cargo público; en este punto debe indicarse, como lo hiciera el *a-quo*, que la afiliación que en sede de tutela se ordena no conlleva el

reconocimiento de beneficio pensional alguno, ni mucho menos desconocer la suma que como devolución de saldos efectuó la aseguradora.

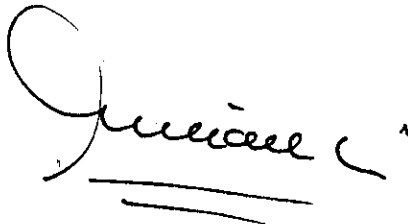
Cualquier controversia que se llegue a suscitar en el futuro, producto de la *"presente afiliación"*, esa sí, deberá ser dirimida por la autoridad judicial correspondiente, de ser el caso.

5. Los anteriores argumentos son suficientes para concurrir en la ratificación de la sentencia atacada.

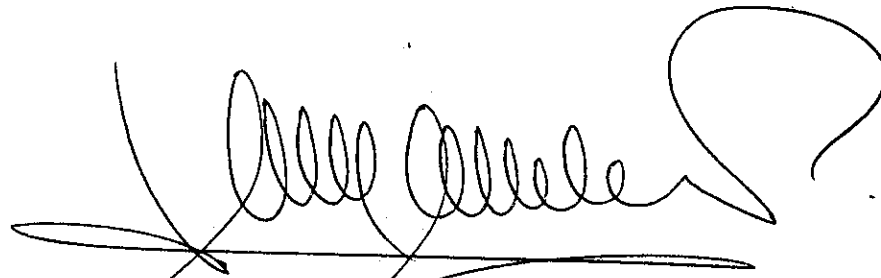
DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** el fallo impugnado.

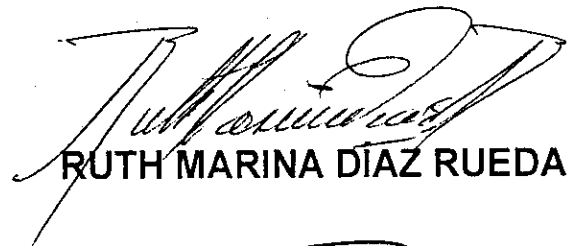
Notifíquese telegráficamente lo aquí resuelto a las partes y, en oportunidad remítase el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión.



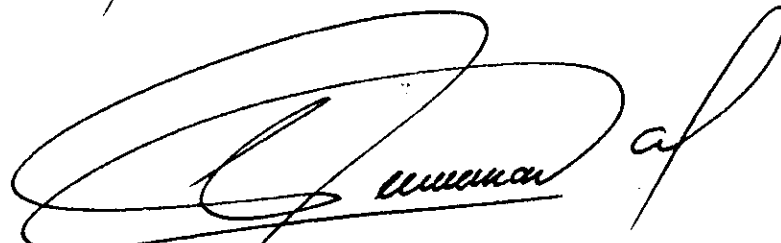
WILLIAM NAMÉN VARGAS



JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR



RUTH MARINA DÍAZ RUEDA



PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ
En comisión de servicios

CÉSAR JULIO VALENCIA COPETE



EDGARDO VILLAMIL PORTILLA