

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

**GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA
Magistrado Ponente**

SL883-2015

Radicación No. 44732

Acta 02

Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de septiembre de 2009, en el proceso que a la entidad recurrente le instauró **DANIEL AGREDO NARVÁEZ**.

I. ANTECEDENTES

El demandante pidió declarar que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que su régimen aplicable es el contemplado en la Ley 71 de 1988; y que el ISS debe tener en cuenta los tiempos cotizados a través del Ministerio de Defensa

Nacional. En consecuencia, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes de conformidad con la Ley 71 de 1988, a partir del 1º de enero de 2008; los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; la indexación de los valores reconocidos, las condenas extra y ultrapetita y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que nació el 21 de mayo de 1943, por lo que, a la fecha de presentación de la demanda, tenía 66 años de edad, y 51 para cuando comenzó a regir la Ley 100 de 1993; que laboró para entidades públicas y privadas por más de 20 años y cotizó un total de 1057 semanas al Ministerio de Defensa Nacional y al Instituto de Seguros Sociales; que éste, mediante Resolución N° 003680 del 19 de agosto de 2008 le negó la pensión solicitada argumentando que no cumplía el requisito exigido por la Ley 71 de 1988; que el Instituto aclaró que *«...para tener en cuenta el reconocimiento de la prestación con base en el régimen anterior, sólo se tiene en cuenta el tiempo (...) válidamente cotizado al ISS...»*, sin explicar la razón por la cual no admitió el tiempo laborado con el Estado; que desconoció que, para cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, contaba más de 40 años de edad lo cual lo hacía acreedor del régimen de transición.

Al dar respuesta a la demanda, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, adujo que el demandante cotizó 959 semanas al Instituto durante todo el tiempo, y 333 durante

los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad; que los servicios prestados a las fuerzas militares están excluidos del régimen de pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, según lo dispuesto en el artículo 279; que la pensión le fue negada por no acreditar 1000 semanas cotizadas; que en la historia laboral no presenta aportes en el sector público.

En su defensa propuso las excepciones de «*CARENCIA DE CAUSA PARA DEMANDAR*», «*INEXISTENCIA DEL DERECHO y LA OBLIGACIÓN RECLAMDO*» (*sic*), «*COBRO DE LO NO DEBIDO*», «*BUENA FE DEL ISS*», «*PRESCRIPCIÓN*» y la «*INNOMINADA O GENÉRICA*» (folios 45 a 50).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 27 de marzo de 2009, condenó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, a reconocer y pagar al demandante, la pensión de vejez a partir del 1º de enero de 2008, o desde la fecha en que acredite el retiro definitivo del Sistema de Seguridad Integral, con el reajuste anual y las mesadas adicionales. También le impuso condena al pago de los intereses moratorios por la no cancelación oportuna de las mesadas; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas al demandado (fls. 56 a 62).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por sentencia del 30 de septiembre de 2009, el ad quem confirmó el fallo de primer grado, y se abstuvo de condenar en costas en esa instancia.

Basado en el artículo 7º de la ley 71 de 1988, dijo que el requisito fundamental para tener el derecho allí contemplado, es la acreditación de 20 años de aportes sufragados en una o varias entidades de previsión social o las que hagan sus veces. Agregó que el derecho a la pensión, por aportes efectuados con anterioridad a la Ley 100 de 1993, y edad cumplida dentro de su vigencia, se debe sujetar a lo previsto en el régimen de transición contemplado en el, artículo 36, en concordancia con la Ley 71 de 1988, y no se exige un tiempo de servicios específico, sino la realización de los aportes durante el tiempo referido; que así lo precisó la Corte en sentencias que transcribió parcialmente. Respecto de la prestación del servicio militar, consideró, de igual forma con apoyo jurisprudencial, que si bien las Fuerzas Militares y de Policía, están exceptuadas del Régimen de Seguridad Social Integral previsto en la Ley 100 de 1993, ello no significa que, en este caso, no puedan acumularse los tiempos prestados por el demandante, en el servicio militar, pues por el contrario, deben ser tenidos en cuenta como lo dispone el artículo 216 de la Constitución Política, la Ley 2ª de 1945, el Decreto Ley 2400 de 1968, el Decreto Reglamentario 1950 de 1973 y el artículo 40 de la Ley 48 de 1993.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por el demandado, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, que procede a resolverlo.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Textualmente lo formula así: *«Pretendo que se case la sentencia impugnada y que, la Corte, en sede de segunda instancia, previa ponderación y valoración de la totalidad de los medios de convicción que obran en el proceso, revoque el fallo de primer grado y en su lugar, deniegue las pretensiones de la demanda».*

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que no fue replicado.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia atacada de *«...de aplicar en forma indebida el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, el artículo 7 de la Ley 71 de 1988 y los artículos 36 y 141 de la Ley 100 de 1993.».*

En la demostración del cargo, advierte que no discute que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Precisa además, que el Instituto de Seguros Sociales negó la pensión pedida por el actor, porque no acreditó la totalidad

de los requisitos para acceder a ella; que el Tribunal consideró posible, acumular a las 959,57 semanas cotizadas ante el ISS, 685 días correspondientes al tiempo en que el demandante prestó el servicio militar, con apoyo en el artículo 40 de la Ley 48 de 1993; que de las disposiciones citadas por el ad quem en la sentencia impugnada, solo ésta tiene relación con lo debatido en el pleito, y que, de acuerdo con ella, la persona que preste el servicio militar, tiene derecho a que se tenga en cuenta el tiempo servido, para el cómputo de las prestaciones sociales allí mencionadas, pero solo a partir de entrada en vigencia de la referida ley, el 4 de marzo de 1993; que tal beneficio no puede aplicarse a situaciones consolidadas antes de su vigencia y el Tribunal otorgó efectos retroactivos a esa disposición legal, por la prestación del servicio militar, entre el 1º de diciembre de 1961 y el 25 de octubre de 1963.

VII. CONSIDERACIONES

Se advierte en principio que aun cuando en la formulación del cargo no se expresa la vía por la cual va dirigido el cargo, es claro que el ataque se dirige por la vía directa, por cuanto ninguna alusión a aspectos fácticos hace la censura en el desarrollo del ataque, además por cuanto el censor expresó su total conformidad con los supuestos fácticos y probatorios establecidos en la sentencia que se recurre. Por tanto, la omisión es un escollo superable, que permite la estimación del cargo.

Aduce el ISS que de acuerdo con el literal a), del artículo 40, de la Ley 48 de 1993, la persona que presta el servicio militar tiene derecho a computar el tiempo de servicio para las prestaciones relacionadas en ella, solo a partir de la vigencia de la norma, desde el 4 de marzo de 1993, porque ésta, como todas las leyes, rigen hacia el futuro, lo cual significa que el beneficio consagrado en ella cobija a quienes hayan prestado el servicio militar después de la entrada en vigencia, o que se encontraran en esa actividad para la fecha, y que, al disponer el Tribunal su aplicación, a hechos sucedidos anteriormente, le imprimió efectos retroactivos.

Conforme a lo anterior, lo que en esencia le cuestiona la censura al fallo fustigado, radica en que el sentenciador de alzada al computar el tiempo del servicio militar prestado por el demandante entre el 01 de diciembre de 1961 y el 25 de octubre de 1963, le dio efectos retroactivos al artículo 40 de la Ley 48 de 1993.

Delimitado como quedó el tema controversial, es preciso destacar que ninguna razón le asiste al recurrente en torno al yerro jurídico que quiere endilgarle a la sentencia, en tanto que si resultaba procedente contabilizar en el sub judice el tiempo del servicio militar que prestó el demandante al Estado Colombiano, ya que no resulta correcto inferir, como equivocadamente lo pretende hacer ver el impugnante, que ese tiempo es aplicable sólo al contingente de ciudadanos que prestaron el servicio militar

con posterioridad al 4 de marzo de 1993, fecha en que se publicó la citada ley en el *-Diario Oficial 40.777*.

Lo precisado por cuanto, como lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Sala, la pensión se convierte en un derecho consolidado, sólo cuando se han satisfecho los dos requisitos, tiempo de servicios o semanas cotizadas y edad, de forma tal, que hasta tanto no se reúnan aquellas dos exigencias, el derecho está en plena formación, y por ende, es procedente en el caso particular y concreto, computar el tiempo del servicio militar para acceder a la pensión de vejez por aportes de que trata el artículo 7º de la Ley 71 de 1988.

Precisamente, en un asunto de similares características al debatido, la Corporación en sentencia CSJ SL 5661 – 2014, en que se reiteró otra en el mismo sentido, se dijo:

*Planteado así el asunto y con total independencia de la validez del razonamiento que hace el juzgador de alzada en torno a la viabilidad de contabilizar dicho tiempo para efectos de la pensión de vejez contemplada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, aspecto sobre el cual guarda entera conformidad el recurrente, pues expresamente señala que dicha sumatoria es “**inobjetable**”, la Sala **limita** su estudio en dilucidar si el beneficio pensional contemplado por el artículo 40 de la Ley 48 de 1993, es aplicable sólo al contingente de ciudadanos que prestaron el servicio militar con posterioridad al 4 de marzo de 1993, fecha en que se publicó la citada ley en el *-Diario Oficial 40.777-*.*

Para aclarar lo anterior, pertinente es recordar que la pensión se convierte en un derecho consolidado, sólo cuando se han satisfecho los dos requisitos, tiempo de servicios o semanas cotizadas y edad, de forma tal, que hasta tanto no se reúnan aquellas dos exigencias, el derecho está en plena formación.

Teniendo en cuenta lo anterior y al haber cumplido el señor MONTROYA HERRERA los dos requisitos en vigencia de la Ley 48 de 1993, esta Sala de la Corte arriba a la conclusión que el Tribunal no aplicó retroactivamente el artículo 40 de la citada ley, pues se itera, 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 concluye que el ad quem al computar el tiempo del servicio militar obligatorio que el demandante prestó entre el 01 de febrero de 1963 y el 30 de noviembre de 1964, no aplicó retroactivamente la Ley 48 de 1993.

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 1º 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 cómputo del tiempo de servicios como servidor público, bajo los criterios contenidos en la Ley 33 de 1985.

De acuerdo a lo expuesto, si el demandante consolidó su derecho a la pensión de vejez el 21 de mayo de 2003, toda vez que su natalicio se produjo el mismo día y mes del año 1943, para aquella calenda ya se encontraba en vigor la Ley 48 de 1993, por lo que sí resultaba procedente contabilizar el servicio militar obligatorio que se prestó entre el 1º de diciembre de 1961 y el 25 de octubre de 1963, siendo infundada la acusación relacionada con la aplicación retroactiva de la referida Ley.

Por lo visto el cargo no prospera.

Sin costas en el recurso extraordinario de casación por cuanto no hubo réplica.

VIII. 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, **NO CASA** la sentencia dictada el treinta (30) de septiembre de dos mil nueve (2009) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **DANIEL AGREDO NARVÁEZ** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Acéptese como sustituta procesal del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, según la petición que obra a folios 48 y 49 del cuaderno de la Corte, en los términos del artículo 60 del C.P.C., aplicable a los procesos laborales y de la Seguridad Social, por expresa remisión del artículo 145 del C.PL. y la S.S.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS