República de Colombia

Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE **GERMAN FRANCISCO URIZA GUTIÉRREZ** CONTRA **INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL.**

MAGISTRADO PONENTE: DR. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

En Bogotá D.C., a los dieciséis (16) días del mes de abril del año dos mil diez (2010), siendo la hora de las cinco de la tarde (5:00 p.m.), día y hora señalados para la celebración de la presente **AUDIENCIA**, el Magistrado ponente la declaró abierta en asocio de los H. Magistrados con quienes integra la Sala de Decisión y del Secretario de la Laboral.

SENTENCIA

La Señora **GERMAN FRANCISCO URIZA GUTIÉRREZ** actuando mediante apoderado judicial, promovió demanda Ordinaria Laboral en contra **INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL** representado legalmente por la gerente servidores públicos Seccional Cundinamarca Dra. BLANCA NELLY MOLANO CARO o por quien haga sus veces para que previos los trámites que le son propios a esta clase de procesos, se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

"PRETENSIONES:

1. Se declare que el Dr. GERMAN FRANCISCO URIZA GUTIÉRREZ mantuvo relación laboral con el Distrito Capital al servicio de la entidad "Hospital de Chapinero", por tanto tuvo el carácter legal de ser servidor publico con aportes a la extinta CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL y ahora último al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES I.S.S; y se declare que el demandante también tuvo vinculación como trabajador de régimen privado, con aportes al mismo I.S.S.
2. Se condene al I.S.S, ha reconocerle y pagarle una PENSIÓN DE VEJEZ al Dr. GERMAN FRANCISCO URIZA GUTIÉRREZ ya identificado, en los términos de ley 100 de 1993, su régimen de transición y el acuerdo 049 de 1990 Art. 12 y 13.
3. Se condene a la demandada, a reajustar y reliquidar conforme a las normas pertinentes la pensión ordenada por el despacho también con posterioridad al Status de pensionado, además de ordenar los retroactivos pertinentes y pago de mesadas

que se causaren dentro del proceso y hasta la sentencia que ponga fin al presente, incluso hasta el cumplimiento del fallo y posteriormente.

4. Se condene a la demandada a INDEXAR las mesadas y diferencias ordenadas por el despacho, a fin de mantener el poder adquisitivo de los pagos, INDEXACIÓN que debe ser ordenada sobre la siguiente formula legal:

$$R: Rh \times \frac{\text{ÍNDICE FINAL}}{\text{ÍNDICE INICIAL}}$$

Ordénese el cumplimiento al fallo, indexando las sumas debidas, mes a mes para cada mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial (IPC.: certificado por el DANE) es el vigente al momento de la Causación del derecho y el índice final (IPC. certificado por el DANE) determinado al momentos de quedar ejecutoriada la sentencia, por tratarse de pagos de tracto sucesivo.

5. Se condene a la demandada a pagar los intereses moratorios más altos vigentes desde el momento en que quede ejecutoriada la sentencia y hasta cuando se confirme el pago de retroactivos respectivos.
6. Se condene a la demandada a pagar al aquí demandante los demás derechos que el señor juez pueda declarar en virtud de la aplicación de los principios *ultra* y *extra petita* que rigen el Derecho Laboral.
7. Se condene a la demandada, al pago de costas y agencias en derecho que se causen como consecuencia del presente proceso."

Como fundamento de las anteriores pretensiones se relacionan en síntesis, los siguientes, **HECHOS:**

"El Dr. (profesional de la salud) GERMAN FRANCISCO URIZA GUTIÉRREZ plenamente identificado, prestó servicios al hospital de Chapinero Bogotá D.C. desde el 01 de agosto de 1979 hasta julio de 2002, en calidad de medico y como trabajador oficial de carácter distrital. El I.S.S, por resolución No 0135522 del 11 de julio de 2003, reconoció y ordenó el pago de una pensión de jubilación al actor; reconocimiento hecho en virtud de las normas que se mencionan en el Capitulo respectivo de la presente demanda. Dentro de la resolución No. 0135500 del 11 de julio de 2003, se aclara de parte del I.S.S, que se pensiona al demandante, por los servicios prestados al Distrito y que no es viable tener en cuenta dentro del ingreso Base de Liquidación, la totalidad de aportes realizados por el mismo pensionado, por labores prestadas al sector privado, aportes que se efectuaron en calidad de medico particular, servicio prestado a INPES, UNIVERSIDAD Javeriana y a la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR DE FENALCO desde el 27 de Septiembre de 1971 hasta 31 de mayo de 2005, de acuerdo al certificado adjunto a la presente y entregado por el I.S.S como administradora de aportes. El demandante, se encuentra retirado del Sistema General de Pensiones, desde septiembre de 2002 (aportes

publico – DISTRITAL) y desde mayo de 2005 (aporte privado), motivo por el cual no se encuentra activo o aportando o cotizando suma posterior al hecho, en ninguno de los dos sistemas, es decir ni el servicio publico ni privado. El demandante tiene aportes de carácter distrital y de carácter particular, aportes que ingresaron a las arcas del I.S.S, y de las cuales sólo se han utilizado los de carácter público, por tanto tiene derecho a su otrora pensión de vejez. El I.S.S tiene pensionados por servicios prestados en áreas de salud, con mesada de jubilación y de vejez, por los aportes realizados en calidades de servidores públicos y privados. Por estos hechos manifestados en petición de agotamiento de vía gubernativa, radicada como se prueba en el I.S.S, con respuesta negativa a lo solicitado, se agoto la vía gubernativa con la entidad en conjunto, siendo negado el derecho".

ADMISIÓN Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

Por auto de fecha veintiocho (28) de julio dos mil nueve (2009), el Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá, admitió la demanda (folio 114) y ordenó notificar y correr el traslado de rigor a la demandada. Efectuada en debida forma la notificación, el INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL representado legalmente por Blanca Nelly Molano Caro o por quien haga sus veces, al momento de la notificación de éste proveído, contestó la demanda, sin embargo, por presentarse en forma extemporánea el juzgado la tuvo por no contestada a través de auto del veintiséis (26) de noviembre de 2009 (folio 124).

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y/O PRIMERA DE TRÁMITE

El día nueve (9) de diciembre de 2009, el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, declaró abierta la audiencia de que trata el artículo 77 CPL, con la asistencia de la parte demandante y su apoderado únicamente, hecho por el cual el despacho declara fracasada la etapa conciliatoria. En cuanto a la fijación del litigio, el apoderado de la parte demandante, manifiesta: teniendo en cuenta la actuación renuente frente a la citación de la presente conciliación y determinando la celeridad procesal que ataña al presente solicita al despacho se continúe con el procedimiento, además se ratifica en las pretensiones ya admitidas de acuerdo a autos. Procede el juzgado a fijar el litigio y al efecto se deja establecido que el mismo versa sobre la naturaleza jurídica del vínculo existente entre el Distrito Capital al servicio del

Hospital de Chapinero en su carácter de servidor público con aportes a la extinta Caja de Previsión Social y al Instituto de Seguros Sociales, también como vinculación de régimen privado y, como consecuencia, se reconozca la pensión de vejez. Finalmente, se decretaron las pruebas solicitadas por la parte demandante como quiera que se tuviera por no contestada la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo (8°) Laboral del Circuito de Bogotá le puso fin, mediante sentencia de fecha cinco (5) de febrero de dos mil diez (2010) (folio 127 a 142).

"RESUELVE:

PRIMERO: ABSOLVER al I.S.S, representado legalmente por la Dra. BLANCA NELLY MOLANO CARO, o quien haga sus veces, de TODAS Y CADA UNA de las pretensiones incoadas en su contra por el señor GERMAN FRANCISCO URIZA GUTIÉRREZ, por lo expresado en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR al demandante al pago de las COSTAS del proceso.

TERCERO: CONSULTAR la presente providencia con el Superior, en caso de no ser apelada. (…)."

RECURSO

Contra esta sentencia, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, según sustentación visible a folio 143 a 147 en donde indica como inconformidad:

"En cuanto a que el despacho de primera instancia manifiesta, frente a la solicitud de la pensión de vejez, debida por la demandada a razón de los aportes realizados a la misma, en calidad de empleado particular, a tenencia de la pensión de jubilación que el mismo I.S.S le otorgaré por los aportes realizados como empleado publico, que con la expedición de la ley 100 de 1993, se creó el sistema de seguridad social integral, que separó los riesgos a los que se encuentra sometido el ser humano y estableció los sistemas de pensión, de salud y el de riesgos profesionales. En materia de pensiones determino entre otros, como objeto garantizar el amparo contra las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte y propender por una mayor cobertura a los segmentos de población que no cubiertos. El sistema de pensiones estableció también dos regímenes el de prima media con prestación

definida administrada por el I.S.S y el de ahorro individual con solidaridad administrado por las sociedades administradoras de pensiones creadas y autorizadas para ello. Con relación a los servidores públicos, se estableció la obligación de afiliarse o bien al I.S.S o bien a los fondos de pensiones privados. Manifestación a la que el apoderado de la parte demandante se aparta toda vez que el demandante se encuentra cobijado por el régimen de transición, el cual desplaza de manera contundente la ley 100 de 1993, al momento de reconocerle el derecho. Continua el fallo diciendo que en el caso bajo examen, si bien es cierto, con las relaciones de novedades al proceso, los cuales son provenientes de la demandada, se acredita que efectivamente el actor cotizó como trabajador oficial y como trabajador particular también es cierto que como se vio, cumplió 55 años de edad el 9 de mayo de 2000, en vigencia de la citada ley 100 de 1990, para acceder a la pensión de jubilación de conformidad con los requisitos exigidos por la ley 33 de 1985 y así lo solicitó, como se desprende de la resolución expedida por la demandada mediante la cual efectivamente se la reconoció. Así las cosas, se trata de dos modalidades de pensión de prima media con prestación definida, administrada por el I.S.S que tienen por objeto, como se vio, cubrir el riesgo de vejez, que al actor le fue cubierto con la pensión reconocida. De otro lado, no es posible aceptar el argumento expuesto en la demanda en cuanto a que no se viola la prohibición contenida en el Art 128 de la C.N. anotación expresa del Art. Indica que puesto que la demandada es una empresa industrial y comercial del Estado que se encuentra inmersa dentro de las entidades descentralizadas por servicios, adscrita al Ministerio de la Protección Social a la que no imponerle la condena perseguida, de cubrir una segunda pensión, ahora de vejez con fundamento en el acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 del mismo año, y con fundamento en aportes efectuados como trabajador particular, pues ya disfruta de una pensión de carácter legal, originadas ambas en servicios prestados casi simultáneamente a los dos sectores. Tampoco esta de acuerdo con el argumento según la cual no se considera erogación del tesoro publico la pensión de vejez que proviene el sistema de seguridad social, en el que los fondos constituidos para financiarlas son de carácter para fiscal, pues proviene de aportes causados por el afiliado, sufragados por él mismo y su empleador, pues la pensión de vejez que se demanda, también es de prima media con prestación definida forma parte del sistema integral de seguridad social que es único, en el que participa el Estado y afecta su presupuesto, puesto que tiene garantía del mismo y se repite, la finalidad de proteger al trabajador en su vejez; y si a ello se suma que ambas tiene origen en aportes efectuados durante un mismo tiempo de trabajo, debe concluirse que se trata en esencia, de la misma erogación prestacional pues ante una sola actividad laboral como fuente del derecho y una sola vejez estamos frente a una unidad de causa y de riesgo que impone la unidad de prestación. Consecuencia de lo anterior es que no es posible devenga dos pensiones del régimen de prima media con prestación definida, administradas ambas por la demandada. Indica que el demandante no está pidiendo que se le reliquide la pensión, tampoco que se le acumule las cotizaciones para que le sean, con base en la normatividad vigente, tenidas en cuenta todas las cotizaciones, como lo mencionó la demandada en la resolución de reconocimiento a la que tantas veces se ha referido la

parte actora, lo que no implica la negativa absoluta al derecho a la pensión de vejez con base en el Decreto 758 de 1990, que aprobó el acuerdo 049 del mismo año emanado del I.S.S, a la que podría acceder si no tuviera la de jubilación fundamentada en ley 33 de 1985, o prefiriera la primera por serle más beneficiosa, que no es lo que pretende con la demanda pues lo que se persigue es el reconocimiento de la de vejez y devengar una segunda pensión, según los términos en que se formulan las pretensiones. Consecuencia de lo anterior, es que no es posible acceder a la pretensión y por lo tanto, se absolviera a la demandada. Con las demás pretensiones de reajustar la pensión ordenada por el despacho, del pago de retroactivos y mesadas causadas dentro del proceso hasta cumplimiento del fallo y aun después, contenida en pretensión tercera dependía de la prosperidad de pretensión de pensión de vejez solicitada, la cual se absuelve también de ellas. Desvirtúa lo expresado, en ningún momento se pretende DOBLE PENSIÓN bajo la modalidad de régimen de prima media con prestación definida de ley 100 de 1993, se pretende se aplique la transición ya denotada por la H. Corte Constitucional, para así determinar que la norma a aplicar es el acuerdo 049 de 1990 y su reglamentario. Manifiesta que en ningún momento se viola el Art. 128 de la superior, toda vez que como argumentó en la demanda EL DEMANDANTE NUNCA DEVENGO DOBLE ASIGNACIÓN DEL TESORO PUBLICO. Invoca H. Consejo de Estado en Concepto No. 1480 del 8 de mayo de 2003 “ALCANCE DE LA PROHIBICIÓN CONTENIDA EN EL art. 128 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA NOCIÓN Y CONTENIDO DE LA EXPRESIÓN TESORO PUBLICO”. De donde indica que se puede afirmar que el vocablo asignación es un término genérico que comprende las sumas provenientes del tesoro publico, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, percibidas por los servidores públicos sin excepción, dado que la expresión nadie no excluye a ninguno de ellos, por concepto de remuneración, consista esta en salario o prestaciones, honorarios o cualquier otro emolumento o retribución, salvo aquellas exceptuadas de forma expresa por el legislados. Y a su vez manifiesta que no existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación ya reconocida y la de vejez solicitada invocando H. Consejo de Estado en Concepto No 1480 del 8 de mayo de 2003 ”de esta manera la incompatibilidad constitucional se presenta cuando ambas asignaciones tiene como fuente el servicio publico y son sufragadas por el tesoro publico y no se encuentres dentro de los casos expresamente exceptuados por la ley previa autorización constitucional; una interpretación contraria de la disposición prohibitiva iría en contravía de la finalidad de la norma, tal como y lo advirtió la Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida por la Sección Primera de la Sala de Casación Laboral, el 27 de enero de 1995” manifiesta que el demandante no se vincula con posterioridad a la expedición de la pensión de jubilación, el tan solo laboro desde antes de la ley 100 de 1993, como medico al sector publico y privado. Y que el demandante pertenece al régimen de transición aclarado por la sala del H. Consejo de Estado en Concepto No 1480 del 8 de mayo de 2003, no devengo doble asignación del tesoro publico, aporto tanto por el sector publico como privado, fue pensionado de jubilación por resolución 0135522 del 11 de julio de 2003, cuenta con mas de veinte años de aportes del sector privado para una pensión de vejez la cual no es incompatible con la jubilación,

cuanta con mas de 60 años de edad y el I.S.S. se encuentra en mora de otorgarle la mesada de vejez, por lo anterior la ley 33 de 1985, cuenta con transición y no es taxativa frente a los factores de salario en Colombia, mas si todo lo devengado por el empleado publico es razón del servicio y no como dadiva".

Razón por la cual el expediente ha sido enviado ante este Tribunal para que se surta la **instancia,** y como la Sala, no observa causales de nulidad que invaliden lo actuado, se procede a decidir, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

A fin de verificar este requisito que concede competencia se observa con las documentales militantes a folios 13 a 21 y 36 a 39 que el accionante agotó la reclamación administrativa ante el Instituto de Seguros Sociales, conforme lo exige el artículo 6 del Código Procesal del Trabajo.

STATUS DE PENSIONADO

A través de la Resolución 013522 del 11 de julio de 2003 el Instituto de Seguros Sociales le reconoció al demandante la pensión de jubilación a partir del 01 de agosto de 2003, como quiera que acreditó las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición del art. 36 de la Ley 100 de 1993, a lo que condujo el estudio con lo regulado por la Ley 33 de 1985, contabilizando únicamente el tiempo cotizado al ISS y a la Caja de Previsión Social Distrital, como servidor público, alcanzando 23 años (folios 29 a 32).

A su turno en la Resolución 026349 del 11 de noviembre de 2003 el ISS dispuso la modificación del acto administrativo de reconocimiento de la pensión, ordenando el mentado reconocimiento a partir del 30 de septiembre de 2002 en cuantía de $976.933.oo. (Folios 33 a 35).

República de Colombia

Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Pretende el actor a través de la presente acción ordinaria laboral el reconocimiento y pago de la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, como consecuencia de ser beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la Ley 100 de 1993.

Al desatar la controversia relacionada con el derecho de obtener la pensión de vejez prevista en el Decreto 758 de 1990 diferente a la de jubilación reconocida también por la demandada desde el momento en que cumplió los 55 años de edad, el *a quo* determinó la incompatibilidad de la pensión de jubilación como servidor público con la vejez por aportes como trabajador del sector privado, por tratarse de dos modalidades de pensión del régimen de prima media con prestación definida, administrada por el ISS, que cubren el mismo riesgo de vejez y por la naturaleza jurídica de la demandada constituye una violación a la prohibición constitucional de recibir más de una asignación del tesoro público.

Con la finalidad de examinar a la luz de la realidad procesal, si en realidad hubo acierto, o no, en la determinación adoptada en la sentencia primigenia, esta instancia se permite en cumplimento a sus atribuciones, analizar el conflicto traído a su órbita, teniendo presente que el ataque de la alzada se enfoca a rebatir la posición del *a quo* considerando que no le es aplicable el análisis de separación de regimenes que contiene la Ley 100 de 1993, pues el demandante persigue es la aplicación de la norma anterior al ser beneficiario del régimen de transición, por ello aclara que no pretende el reconocimiento de doble pensión bajo la modalidad de prima media con prestación definida de la Ley 100 de 1993; que no se presenta doble asignación del tesoro público pues las pensiones reconocidas por el ISS provienen o de los aportes patronales o de los aportes al trabajador y que no existe incompatibilidad entre la pensión de jubilación reconocida con la de vejez solicitada.

Haciendo relación de todos los medios de prueba a que se contrae el expediente, conforme al art. 60 del C.P.L., podemos observar, en especial, el reporte de semanas cotizadas por el periodo comprendido entre 1967 y 1994 (folios 22 a 28), copia de la Resolución No. 013522 del 11 de julio de 2003 emitida por el ISS de reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación del demandante (folios 29 a 32), Resolución No. 026349 del 11 de noviembre de 2003 del ISS modificando la anterior sobre la fecha de reconocimiento de la pensión (folios 33 a 35), Resolución No. 012365 del 13 de marzo de 2008 proferida por el ISS en la cual negó el reconocimiento de la pensión de vejez del Decreto 758 de 1990 planteada por derecho de petición (folio 41 a 43), copia del registro civil de nacimiento del demandante (folio 44); dan cuenta que el accionante al momento de peticionar por primera vez la pensión al ISS acreditó las condiciones previstas en la Ley 33 de 1985, es decir, los 55 años de edad y más de 20 años de cotizaciones como servidor público las cuales las realizó al ISS y a la Caja de Previsión Social Distrital, así mismo, informa el reporte de semanas de cotización que, además de las contabilizadas al momento del reconocimiento de la pensión de jubilación también acredita 1.207.5714 semanas de cotización como particular efectuadas al ISS.

Con los precedentes derroteros esta Corporación se adentra al análisis del conflicto jurídico relacionado con la compatibilidad o coexistencia entre la pensión de jubilación (Ley 33 de 1985) y la de vejez (Decreto 758 de 1990), para luego, de ser el caso, analizar si se trata de doble asignación del tesoro público.

COEXISTENCIA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN Y LA PENSIÓN DE VEJEZ

En el asunto sometido a estudio resulta claro y fuera del debate que el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que al 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad como da cuenta el registro civil de nacimiento

obrante a folio 44, por tanto las condiciones pensionales se analizaran de conformidad con el régimen anterior al que se encontrare afiliado, que el *petitum demantorio* lo delimita en el Decreto 758 de 1990.

Para determinar si es dable la coexistencia de la pensión de jubilación otorgada con fundamento el la Ley 33 de 1985 con la de vejez prevista en el Decreto 758 de 1990, resulta forzoso determinar la diferenciación de pensiones por consideración exclusiva a la fuente que consagra el derecho, pero en especial, observar la naturaleza del derecho en conexión con el riesgo que ampara.

Pues si bien es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en repetidos pronunciamientos ha reiterado la imposibilidad de disfrutar de dos pensiones por un mismo beneficiario, esta regla solamente se aplica en aquellas ocasiones en que así lo disponen expresamente las normas aplicables o éstas atienden al mismo seguro.

Con la expedición de la Ley 33 de 1985 se dictaron disposiciones relacionadas con las prestaciones sociales para el sector público, regulando la pensión de jubilación o de vejez, pero exigiendo únicamente el acreditar veinte años como empleado oficial y que tenga la edad de 55 años, sin para ese momento se exigiera cotizaciones al ISS o una caja de previsión social.

Mientras que el régimen regulado por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad trata del reconocimiento de la pensión de vejez requiriendo una sumatoria de semanas de cotización al ISS en el sector privado, ya sea 1000 en cualquier tiempo o 500 dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad (60 años).

Frente a la confrontación de la pensión prevista en la Ley 33 de 1985 con la del Decreto 758 de 1990, es claro que tratan de pensiones con orígenes diferentes del capital o tiempo acumulado, pues mientras aquella trata del tiempo de servicio en el sector público ésta sólo exige las semanas de cotización al Instituto de Seguros Sociales son el sector privado.

Si bien es cierto que se presenta un cubrimiento de la misma contingencia, no es dable ignorar que deviene de previsiones del trabajador como servidor público y como trabajador en el sector privado, es por ello que si se presenta una identidad subyacente del cubrimiento de la contingencia derivada de la vejez, se cobija por diferentes regímenes, que, a su vez, tiene génesis en tiempo diferente de trabajo, en esencia, en diferente erogación prestacional.

Entonces, de cara a dos regímenes pensionales diferentes, uno sector público y, otro, sector privado, con dos fuentes laborales de derecho y una sola vejez por proteger, se concluye que si bien cubre el mismo riesgo no se presenta la unidad de causa situación que impide interpretar la unidad de prestación, por ello es compatible la pensión de jubilación reconocida al demandante al momento de acreditar los 55 años de edad y 20 años de servicio público (Ley 33 de 1985) con la vejez al momento de cumplir los 60 años de edad y mas de 1000 semanas de cotización (Decreto 758 de 1990).

Sobre la coexistencia de la pensión de jubilación con la de vejez el Consejo de Estado analizó:

> "*Sobre lo segundo, es decir sobre la compatibilidad entre la pensión reconocida por el SENA y la que reconoció el ISS, se observa: como ya se precisó, el SENA mediante Resolución No. 418 de 14 de junio de 1976, reconoció a favor de Luis Hernando Amezquita Sánchez la pensión mensual vitalicia de jubilación, por servicios prestados a la Secretaría de Educación del Departamento de Cundinamarca del 14 de febrero de 1950 al 14 de octubre de 1960 y al SENA - Regional de Boyacá del 11 de enero de 1961 al 2 de mayo de 1976. Para el efecto consideró que se cumplían los requisitos señalados en el Decreto 3135 de 1968.*
>
> *Por su parte, la pensión que reconoció el ISS mediante Resolución No. 6594 de 25 de mayo de 1988, se causó porque "… el citado asegurado cotizó como trabajador activo para la empresa "Fundación Universidad La Sabana …puesto que tiene cotizaciones simultáneas como trabajador y pensionado."*
>
> *La pensión vitalicia de jubilación, que reconoció el SENA es compatible con la que reconoció el ISS, puesto que a la primera se hizo acreedor el demandante por servicios prestados en el sector oficial y la segunda proviene de cotizaciones del sector privado.*

Son suficientemente ilustrativas las consideraciones que expuso la Sala en sentencia de 3 de abril de 1995, dictada en los procesos acumulados 5708, 5833 y 5937, en la cual en lo pertinente, dijo:
…

"puede decirse entonces que el ISS se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportarán asalariados y empleadores con el compromiso de manejarlos; por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que éste otorgue provinieron del Tesoro Público"
La Sala comulga con tal apreciación. Se trata de dos asignaciones completamente diferentes por su origen y por su fuente. La pensión que reciba la persona de la Caja Nacional de Previsión Social o de cualquiera otra similar, y la que reclame del ISS; obedece a servicios prestados al Estado; la otra por haber prestado servicios laborales a otra entidad, a un ente particular llamado patrono o empleador, todo lo cual conduce a indicar que las dos pensiones sean compatibles por cuanto no se opone a los señalado en la norma constitucional que prohíbe, salvo excepciones, percibir una pluralidad de asignaciones provenientes del Tesoro Público.

Por las razones que anteceden, se revocará la sentencia de primera instancia por medio de la cual se denegaron las súplicas de la demanda y en su lugar se accederá a lo pedido. Igualmente, se dispondrá el ajuste de valor como lo tiene definido la jurisprudencia de la Corporación y de conformidad con la fórmula que se expondrá en la parte resolutiva de esta providencia."[1]

Acogiendo el análisis precedente, se vislumbra que la prestación perseguida tiene génesis en diferente causa, ello es, por coexistencia de prestación de servicio, una en el sector oficial, en la cual debía cotizar a la Caja de Previsión Social - como efectivamente lo hizo- y, la otra, para el sector privado, esta última, la cual le era forzoso cotizar al ISS, por la obligatoriedad establecida por el legislador, ante la prohibición de cotizar a CAJANAL laborando para el sector privado, como también lo dispuso el legislador; a más cuando ambas obligaciones de cotización eran forzosas mal puede predicarse que las pensiones de jubilación a que le asiste el derecho conforme a la ley al demandante constituyen una doble asignación al presupuesto de la nación, empezando porque no ha existido aportación por parte del Estado sino que ambas pensiones son construidas a través de un sistema de ahorro impuesto por el legislador pero producto de un sacrificio de

[1] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, subsección B, sentencia del 6 de noviembre de 1997, rad. 8516. M.P. Javier Díaz Bueno.

los salarios de un empleado público y trabajador particular, lo cual hace imposible que se llegue al dislate jurídico de predicar con respecto al demandante una multiafiliación, pues estamos en presencia de aportes a dos fondos diferentes, al fondo público para adquirir el derecho a la pensión de jubilación y, otro, en fondo privado para hacerse acreedor del derecho a la pensión de vejez pero por causa diferente.

No está demás reiterar que la seguridad social esta cimentada sobre un régimen de inversión de capital que recogen los fondos para atender el riesgo de vejez, sin importar para nada la prestación de servicio, como tampoco existe norma expresa que prohíba la coexistencia de esas pensiones, por el contrario, una interpretación integral de los principios de seguridad social en pensiones lo permiten frente a la obligatoriedad de su afiliación, por otra parte, se adiciona que el demandante carece de acción para la devolución de las cotizaciones adicionales efectuadas como trabajador particular, que ascienden a 1.207.5714 semanas, las cuales se realizaron con independencia de los 20 años de servicios públicos del actor; por ello consideraría una bonificación torticera a favor de la demandada sino se le permitiera al demandante el derecho a la pensión de vejez con fundamento en el Decreto 758 de 1990.

Se reitera, que si bien es cierto que no puede dar lugar a mas de una pensión las mismo tiempo de servicio o las cotizaciones, es menester destacar que no el caso del demandante, pues reúne de manera separada los requisitos de la pensión de jubilación exigidos por la Ley 33 de 1985 como las semanas de cotización para la pensión de vejez del Decreto 758 de 1990.

PROHIBICION CONSTITUCIONAL DEL ART. 128

No se desconoce que el artículo 128 de la Carta Política dispone la prohibición de que *"Nadie puede recibir más de una asignación proveniente del tesoro público o de empresas o instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo en los casos expresamente determinados en la*

ley. (…)", y que el Instituto de Seguros Sociales es una Empresa Industrial y Comercial del Estado adscrita al Ministerio de Protección Social, pero tampoco puede pasarse por alto que para efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación en coexistencia con la de vejez, no constituye una empresa que maneje tesoro público en tanto las pensiones constituyen aportes del empleador o del trabajador, no patrimonio del Estado.

En igual sentido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha estudiado:

> *"(…) la filosofía del precepto constitucional que no permite la percepción de dos asignaciones del Tesoro Público o que provengan de empresas o de instituciones en que la participación estatal sea principal o mayoritaria, no es otra que la de impedir, por razones de moralidad y decoro administrativos, que los empleados oficiales puedan valerse de su influencia para obtener del Estado una remuneración diferente o adicional a la que perciben como sueldo, sea que tal asignación adicional revista el carácter de honorario, dieta o como quiera denominarse. Pero debe observarse que esa prohibición constitucional no puede extenderse a aquellos casos en los cuales no se vulnera esa norma, que tiende –se repite- a preservar la moral en el servicio público. (...) Puede decirse, entonces, que el I.S.S. se convirtió en un mero administrador de los dineros que aportaran asalariados y empleadores, con el compromiso de manejarlos; y por consiguiente no puede afirmarse que las pensiones que este otorgue provinieron del Tesoro Público. (...) Con base en todas las reflexiones que se han dejado expuestas, se tiene que en el sub-exámine, estamos en presencia de dos pensiones completamente diferentes, la que recibe el demandante de la Caja Nacional de Previsión Social y la que reclama ahora del Seguro Social, las que igualmente tienen un origen o concepto distinto, pues la una obedece a servicios prestados al Estado Colombiano y la que reclama del I.S.S. es por haber prestado servicios laborales a otra entidad, cotizando a dicho ente para el riesgo de vejez y los fondos con los que se pagan esas pensiones, son igualmente opuestos, todo lo cual hace que las dos pensiones sean compatibles".*[2]

Corolario de las anteriores reflexiones y verificando que el demandante tiene las condiciones exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, pues con el reporte de semanas cotizadas al ISS militante a folio 22 acredita un total de 1.207.571 semanas como trabajador privado (independientes de las contabilizadas que en otrora sirvieron para el reconocimiento de la pensión de jubilación) y la edad de los 60 años, adquirida el 9 de mayo de 2005, pues el registro civil de nacimiento (folio 44)

---

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, sentencia del 27 de enero de 1995, rad. 7109, M.P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

y la copia de la cedula (folio 95) informan como fecha de nacimiento el 9 de mayo de 1945; se condena al ISS al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en cabeza del demandante a partir del 9 de mayo de 2005.

Para determinar la cuantía a la que asciende la pensión de vejez es menester precisar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 regula para los beneficiarios del régimen de transición aplicar el tiempo de servicios, o semanas de cotización y el monto de la pensión de vejez del régimen anterior aplicable, pero el ingreso base de liquidación obedece al art. 36 en mientes, en el cual las personas que les faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, mientras si falta más de 10 años es el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo.

Como el demandante tiene derecho a la pensión de vejez a partir del 9 de mayo de 2005 es claro que transcurrieron más de 10 años desde el 1 de abril de 1994, por lo que se toma el promedio de lo devengado durante todo el tiempo de cotizaciones. Calculando ese promedio, tomando las cotizaciones al momento de laborar a INPES (1971-1974), Universidad Javeriana (1974-1994) y FENALCO (1976-1994) arroja un valor promedio mensual de $130.674,2775, suma a la cual se aplicará la indexación del salario base de liquidación tomando como IPC final la fecha de reconocimiento del derecho (9 de mayo de 2005) y como IPC inicia el momento en que dejó de cotizar como trabajador particular al ISS (31 de diciembre de 1994), arrojando como salario base de liquidación indexado la suma de $491.328.oo.

Atendiendo lo preceptuado en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad el porcentaje correspondiente a la pensión es del 87% como quiera que alcanzó 1207,5714 semanas de cotización (folio 22); por ello la mesada pensional del accionante asciende CUATROSCIENTOS VEINTISIETE MIL CUATROSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS ($427.455,36), la cual deberá cancelarse junto a las mesadas adicionales y los correspondientes reajustes de ley.

República de Colombia

Tribunal Superior Bogotá
Sala Laboral

COSTAS

Se revocan las de primera instancia y se imponen en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.,** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero y segundo de la sentencia de fecha 5 de febrero de 2010, proferida por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario laboral seguido por **GERMAN FRANCISCO URIZA GUTIERREZ** contra **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y, en su lugar, condenar a la demanda al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en coexistencia con la de jubilación, a partir del 9 de mayo de 2005, equivalente a CUATROSCIENTOS VEINTISIETE MIL CUATROSCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON TREINTA Y SEIS CENTAVOS ($427.455,36), junto a las mesadas adicionales y los correspondientes reajuste de de ley.

SEGUNDO: COSTAS. Se revocan las de primera instancia y se imponen en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE.

Las partes se notifican en estrados.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

MARIA DEL CARMEN CHAIN LÓPEZ **MILLER ESQUIVEL GAITAN**

GUSTAVO ORLANDO FONSECA PEREZ
SECRETARIO