

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C**  
**SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 33-2018-106-01

DEMANDANTE: HÉCTOR JAIME DE JESÚS OCHOA DE LOS RÍOS

DEMANDADO: BANCO POPULAR S.A.

**MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE**

**SALVAMENTO DE VOTO**

Me aparto parcialmente de lo resuelto por la mayoría de La Sala en el proceso de la referencia como quiera que en casos similares, el criterio que he sostenido es que la prestación prevista en la Ley 171 de 1961, es **incompatible** con la reconocida por el ISS, cuando el trabajador se retira **voluntariamente** como ocurre para el caso del aquí demandante por las razones que paso a exponer:

Las pensiones especiales de jubilación, se ha dicho fueron creadas para proteger la estabilidad en el empleo y no para cubrir los riesgos de invalidez vejez y muerte, afirmación que se acomoda a la hipótesis del despido pues la del retiro voluntario es ostensiblemente diferente, se origina en la voluntad del trabajador, luego el concepto de estabilidad es de alguna manera allí relativo, siendo la pensión que se genera, una proporcional a la plena que le correspondería si hubiese seguido laborando; así como también se ha sostenido que cubren el mismo riesgo –vejez- siendo claro que independientemente de esta controversia, se ha reconocido que fueron creadas en sus dos hipótesis despido y retiro, para evitar que no se pudiera obtener la pensión plena de jubilación, luego en últimas si tienen la misma naturaleza es decir las dos atienden el riesgo de vejez, por lo que hoy resulta imposible insistir en que una no pueda remplazar a la otra, lo que surge de su mismo nombre y concepto restringida y plena de jubilación.

Ahora, estando acreditado que el aquí demandante, se encuentra pensionado por vejez por parte del ISS es claro que dicha prestación que se encuentra percibiendo y la aquí reclamada, son incompatibles, pues como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, las pensiones que se valen para su causación de los mismos tiempos, ostentan el carácter de incompatible y así lo reiteró entre otras en sentencia SL 536 de 2018 Rad N°

48880 de 28 de febrero de 2018 MP GERARDO BOTERO ZULUAGA, oportunidad en que al respecto indicó:

“(…)

*Para esta Sala de la Corte, las conclusiones jurídicas a las que arribó el juzgador de segundo grado no son equivocadas, **pues finalmente lo que hizo fue evidenciar que bajo la Ley 100 de 1993, no era posible la asignación de dos pensiones de vejez, independientemente del origen de los servicios prestados.***

***En efecto, la regla general del actual sistema es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, por razón de la solidaridad, y porque además, se prevé la acumulación de las cotizaciones indistintamente de su procedencia, las cuales van a servir para aumentar el valor de la base de liquidación, y aunque ello no siempre ha acontecido de la misma manera, pues décadas antes primaba una estructura de acumulación de tiempo, que se cargaba a cajas de previsión, o a las propias entidades territoriales y no siempre se requería de aportes. En ellos era preeminente la idea de empleo como único vehículo de acceso a la protección social; el tratamiento diferenciado se justificaba en la propia evolución de la legislación social, pues recuérdese que **antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, existían una multiplicidad de regímenes dispersos, que había iniciado más de un siglo atrás, con las primeras reglas sobre los montepíos familiares, en los que únicamente se aseguraba el riesgo de la muerte, para luego ampliarse también al de invalidez y vejez en los eventos de los servicios civiles y de quienes fuesen educadores.*****

*Desde 1843 y hasta 1993 la creación de distintos entes, en los que, de forma segmentada se cubrían tales contingencias, evidencian las dificultades que suponía en su momento la unificación a disposiciones comunes de seguridad social y la determinación sobre la viabilidad de que prestaciones que se causaran pudiesen compatibilizarse con las del nuevo modelo de aseguramiento, este sí con pretensión de universalidad e integralidad, aunque la Ley 90 de 1946 fue su primer impulso.*

***La doctrina jurisprudencial es la que, finalmente, ha venido a solventar tales dificultades al generar una serie de parámetros para hacer puente entre tales regímenes de naturaleza diversa; en lo relacionado con la Ley 33 de 1985, cuyo objeto no fue otro que el de establecer responsabilidades sobre el otorgamiento pensional que se hiciera a los empleados oficiales, y en la que también se reguló el tiempo que debía computarse para tal efecto, esta Sala de la Corte ha estimado que si bien sus prestaciones pueden ser compatibles con las de servicios privados cotizados al ISS, esto es bajo el entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen, impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez, como se trataría en este evento.***

***En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable.***

*Así, por ejemplo, en la CSJ SL452-2013 se declara la compatibilidad, pero porque la pensión de docente se dispuso por una Caja distinta del ISS, como de allí se lee:*

*«En sentencias como la del 6 de diciembre de 2011, Rad. 40848, la Sala ha dicho que no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulte incompatible con la pensión de vejez que puede obtener el Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada.*

(…)

*Además los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral, como sucedió*

en el evento bajo examen, en el que los colegios Salesiano San Medardo, desde febrero de 1969 hasta junio de 1972, y La Presentación, desde febrero de 1977 hasta noviembre de 2004, honraron la obligación de realizar los aportes para pensión.

(...)

Sobre el problema jurídico debatido, el criterio de la Sala se ha orientado en sentido contrario al estimado por el ad quem, por ejemplo, en la sentencia 28164, de 19 de junio de 2008, se expuso:

La circunstancia de que la demandante se encontrara afiliada por cuenta de un colegio oficial al sistema a cargo de la Caja Nacional de Previsión no exoneraba a la institución demandada de la obligación de afiliarla a la seguridad social, pues esa obligación es de carácter general y no estaba contemplada como excepción en el Acuerdo 049 de 1990, ni en las normas que la antecedieron. La regla allí consignada se limita a prescribir que los trabajadores nacionales o extranjeros que presten sus servicios a patronos particulares mediante contrato de trabajo o de aprendizaje son afiliados forzosos. No consagra ese Acuerdo la incompatibilidad de que habla la institución demandada. En el mismo sentido, las normas citadas en su defensa por la demandada en la inspección judicial, artículo 134 del Decreto Ley 1650 de 1977 y el 57 del Decreto 3063 de 1989 no consagran a esa excepción (folio 202).

Importa anotar que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, establece sobre el particular la posibilidad de acumulación de cotizaciones de los docentes que deban ser afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, que además reciban remuneraciones del sector privado, para que sean administrados en ese fondo o en cualquiera de las administradoras de los regímenes pensionales creados por la Ley 100 de 1993, lo que corrobora la obligación de la demandada de efectuar las cotizaciones a ese sistema por razón de la vinculación laboral de la actora».

En la CSJ SL 4, jul, 2012, rad.40413, la pensión de Ley 33 de 1985 se había causado antes del 1 de abril de 1994, y en pronunciamiento más reciente, SL2576-2015, la Sala estableció dicha compatibilidad, y aun cuando en este evento el ISS fue condenado a pagar dos pensiones, esto se derivó en que la de servicios privados se otorgó en 1991, y la de Ley 33 de 1985 se causó en el año 2002, así se dijo:

**(...) la pensión de vejez que le fue otorgada al actor resultaba compatible con la de jubilación que se pretende a través del presente proceso [también a cargo del ISS]. Para tales efectos, como se dijo en sede de casación, quedó demostrado que los tiempos y cotizaciones que sirven a una y otra prestación son diferentes,** así como las normas en las cuales se fundamentan. Asimismo, que no se vulnera la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política, en tanto los recursos que concurren a la financiación de la pensión de vejez no provienen del Tesoro Público.

Por iguales razones, no resulta inválida la afiliación del actor al Sistema General de Pensiones, como se arguye en el recurso de alzada, puesto que, por el contrario, el Municipio de Medellín estaba en la obligación de realizarla, por virtud de lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto Reglamentario 691 de 1994.

Lo anterior está justificado en las propias diferencias en cuanto a cobertura, cotización y asunción del riesgo e incluso a que en el aseguramiento que la referida Ley 33 de 1985, planteaba y en el que no estaban previstos principios como los de universalidad, integralidad, ni solidaridad, pues si bien al iniciar los debates sobre pensiones causadas como servidores públicos y como privados, se optó por preservar la confianza legítima de los trabajadores que duplicaron su esfuerzo, al prestar servicios en doble jornada con la pretensión de ampliar la protección en la vejez, esto es bajo un esquema en el que aquella derivaba pre eminentemente del esfuerzo del empleo, **más que de la ampliación del Estado de bienestar, lo cierto es que ello no desdibuja que la existencia y entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, lo que habilita no es ya la compatibilidad, sino la posibilidad, ante la concurrencia de dos regímenes de transición, de elegir el que se considere más benéfico.**

Como las pruebas que se denuncian ratifican tal conclusión jurídica, pues la Resolución de otorgamiento pensional 0006181 de 21 de febrero de 2007, da cuenta que se aplicó **«el régimen establecido en la Ley 33 de 1985, que exige acreditar 20 años de servicios al Estado y 55 años de edad y para ello el ISS Seccional Cundinamarca, tuvo en cuenta el tiempo cotizado a la Caja de Previsión Distrital con el empleador Hospital Centro Oriente II Nivel ESE del 24 de octubre de 1977 al 1 de enero de 1996, totalizando 6847 días -60 días de interrupción- y 2130 días cotizados al ISS»** este último tiempo también público, por su prestación al hospital Samper Mendoza y al de Centro Oriente, según consta en la historia laboral denunciada.

*Y además se corrobora que Víctor Manuel Pérez Cuesta estaba inscrito, como trabajador particular, en el régimen de pensiones del Instituto de Seguros Sociales desde el 15 de diciembre de 1973, con el Instituto y Laboratorio Clínico Ltda., luego Colsalud S.A. entre el 1 de noviembre de 1977 y el 28 de enero de 1978, y después en la Congregación Dominicanas de Santa Catalina y en Clínica Nueva, del 1 de junio de 1978 al ciclo de octubre de 2010, es evidente que no era posible disponer de un doble pago pensional por vejez, a cargo del ISS, como se aspiró en la demanda, y que el pensionado, lo que puede solicitar ante la entidad, es la reliquidación pensional que estime más favorable, bien la de Ley 33 de 1985, con unos requisitos distintos, que los previstos en el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 del mismo año.*

*Para la Sala, no solo porque se anticipó la edad para pensionarse, a los 55 años, sino por el valor reconocido, es claro que la de Ley 33 de 1985, le resulta más benéfica”.*

Dicha incompatibilidad también fue puesta de presente por el Magistrado Gustavo José Gnecco, en salvamento de voto que le hiciera a la sentencia con radicado 31959 del 19 de febrero de 2008, oportunidad en que indicó:

*Me aparto de la decisión adoptada por la Sala, pues en mi opinión la pensión restringida de jubilación conferida al actor no puede ser compatible con la de vejez otorgada por el Seguro Social, por las siguientes razones:*

**1. La que se ha dado en denominar pensión sanción es una prestación social que cubre el riesgo de vejez, pues ello es claro desde su origen legal. En efecto, se estableció en el artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, ubicado en el capítulo II, sobre pensión de jubilación, del título IX, que trata sobre las prestaciones sociales especiales. Y la Ley 171 de 1961, que posteriormente la reglamentó, trata exclusivamente sobre pensiones. Por otra parte, está en función de la edad del beneficiario, como requisito de exigibilidad de su pago, de suerte que guarda directa relación con la vejez del trabajador. Que atiende el riesgo de vejez lo confirma el hecho de que fue materia de regulación por el reglamento del riesgo de vejez expedido por el Seguro Social.**

*Y aun cuando es cierto que en vigencia de ese reglamento, contenido en el Acuerdo 224 de 1966, la mayoría de la Sala nunca admitió la naturaleza prestacional de la pensión sanción, índole jurídica que era necesario determinar para establecer su compatibilidad con la pensión de vejez del Seguro Social, no comparto ese criterio, por las razones que arriba expuse brevemente.*

*2. Por otra parte, es cierto que el artículo 61 del Acuerdo 224 de 1966, que reglamentó el seguro de vejez, estableció la compatibilidad de la pensión restringida por despido sin justa causa con la de vejez reconocida por el Seguro Social, consagrando que los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho al cumplir la edad prevista en la ley al pago de esa prestación, “con la obligación de seguir cotizando de acuerdo con los reglamentos del Instituto hasta cumplir con los requisitos mínimos exigidos por éste para otorgar la pensión de vejez; en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión siendo obligación del patrono continuar pagando la pensión restringida”. Pero el parágrafo de esa norma con total claridad estableció que: “Esta disposición regirá únicamente durante los primeros 10 años de vigencia del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte”.*

**Es mi opinión por lo tanto que no es posible después de cumplido el anterior plazo afirmar que subsiste la referida compatibilidad, pues ello equivale a desconocer el preteritorio mandato de la norma reglamentaria. Como en este caso el despido del actor se produjo el 23 de noviembre de 1982, cuando ya habían transcurrido los 10 primeros años de vigencia del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, es forzoso concluir que no puede disfrutar simultáneamente de la pensión restringida otorgada por la demandada y la de vejez que le confirió el Seguro Social. (Negrilla fuera del texto original)**

Por lo señalado en precedencia claro resulta que los tiempos que sirven a la pensión de vejez percibida y la aquí reclamada, no son diferentes, luego la compatibilidad es inviable, máxime se cuando en el presente el trabajador creó su propio riesgo, esto es, se retiró de manera **voluntaria** del empleo, lo que

determina que la prestación por retiro voluntario prevista en la Ley 171 de 1961, está erigida para proteger el riesgo de vejez y no el de estabilidad en el empleo, como lo advirtiera de igual forma en salvamento de voto realizado por el Magistrado Eduardo López Villegas a la sentencia 33640 del 5 de mayo de 2009, en el que señaló:

*Ciertamente la pensión sanción, esto es, la que tiene por causa el despido injusto de un trabajador que hubiere cumplido más de diez años, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 171 de 1961, se causa en el momento del despido, como se infiere de la expresión “**tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido**”, y la edad se limita a ser condición para el pago, lo que se deduce cuando ordena que la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla la edad. Si bien lo primero es una referencia textual al evento del despido del trabajador que tiene entre 10 y quince años, y lo segundo al que tiene más de quince, lo uno y lo otro tiene cabal aplicación para la pensión impuesta al empleador que impide la causación de la jubilación del trabajador mediante un despido injusto.*

***Pero ninguna de estas reflexiones es adecuado cuando se trata de la pensión restringida por retiro voluntario; ella no tiene cabida en esa excepción; en su lugar ha de obrar la regla general, según la cual la edad es condición sine qua non de la causación del derecho reclamado.***

***Efectivamente la pensión restringida por retiro voluntario, aunque su regulación esté bajo el mismo alero del de la pensión sanción, responde a conceptos y contextos diferentes; en ella el retiro tiene por causa la decisión libre del trabajador, evento justamente contrario de aquel del que emerge la pensión sanción.***

*Y es la misma ley la que bajo una formula igualmente precisa le otorga a la edad el carácter que le corresponde; ella manda a que cuando el trabajador se retira voluntariamente, **tendrá derecho a la pensión pero sólo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.***

*La consecuencia de considerar la edad como condición de existencia del derecho a la pensión restringida por retiro voluntario, bajo la regla según la cual la preceptiva que gobierna la pensión es la vigente en el momento en que ella se cause, es de que no existe esa pensión en el sub lite, por cuanto el actor como servidor público cumplió la edad luego de la vigencia del sistema general de pensiones.*

*Naturalmente, la interpretación de la ley de seguridad social ha de propender a hacer efectiva la protección de la vejez, dentro de un marco de justicia con perspectiva social, concordante con la dimensión colectiva de los derechos que brinda la seguridad social, medida no sólo en los términos de los beneficios individuales que se dispensan, sino con el equilibrio entre las cargas prestacionales del sistema y los aportes al mismo, de manera que ni se ofrezcan las primeras o se exijan los segundos en condiciones de privilegios frente al de los demás del régimen general.*

***Bajo la consideración de que la pensión restringida por retiro voluntario se estableció como paliativo a la estrechez de una protección de vejez vigente en 1961, limitada al contingente de trabajadores que pudiera cumplir los veinte años de servicios a un mismo empleador, hacerle producir efectos, para cuando no se está en ese contexto, y donde el sistema general de pensiones le admite como válido el tiempo servido, es darle al actor el privilegio: de no exigirle como a los demás servidores públicos servicios o aportes por veinte años; ni siquiera, entonces, la decisión pasa el análisis desde el punto de vista de la igualdad simple..***

*Discrepo, entonces, de la Sala al extenderle, contra la expresa limitación de la ley, el régimen de la pensión sanción al de la pensión por retiro voluntario, por considerarlas como especies indistintas de pensiones restringidas; **y no admitir lo que ya estaba anunciado desde la Ley 90 de 1946, el que las prestaciones para la protección social estarían provisionalmente a cargo del patrono, hasta tanto las asumiera de mejor forma las instituciones que se crearan para el efecto.** (Negrilla fuera del texto original)*

Por último y en gracia de discusión, de determinarse la procedencia del reconocimiento de ambas prestaciones, postura que actualmente es la que

imperera en la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que esta Alta Corporación ha reiterado que las prestaciones económicas bajo estudio, ostentan el carácter de **compatibles**, cuando como es el caso del actor, el retiro del servicio tiene lugar en vigencia del artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, no siendo objeto de reparo que este ocurrió el 30 de abril de 1991, y así lo dejó sentado esa Alta Corporación en sentencias SL 224 y 815 de 2021, esta último que sirvió de fundamento a la decisión de la cual me aparto y en la cual, se determinó la compatibilidad de las prestaciones económicas bajo estudio, figura que no tendría lugar bajo tales presupuestos para el caso del aquí demandante.



**MARLENY RUEDA OLARTE**  
**MAGISTRADA**