



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

Magistrado ponente

SL3484-2022

Radicación n.º 91573

Acta 31

Valledupar (Cesar), catorce (14) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **JOSÉ HILDER DE JESÚS GÓMEZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 22 de mayo de 2020, en el proceso que instauró el recurrente contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

AUTO

Se reconoce personería a Soluciones Jurídicas de la Costa SAS, representada legalmente por Carlos Rafael Plata Mendoza, identificado con CC n.º84.104.546 y TP 107.775

del CSJ, como apoderada de Colpensiones, para los efectos y en los términos del poder conferido.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, José Hilder de Jesús Gómez promovió proceso contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, con el fin de que se declarara la calidad de beneficiario del régimen de transición, el derecho a la pensión de vejez a partir del 1 de mayo de 2014, calculada con una tasa de reemplazo del 90%, liquidada con el promedio de las cotizaciones de los 10 últimos años o de toda la vida laboral, en la suma de \$1.670.679,00 como valor de la primera mesada pensional; así mismo, que la demandada le adeudaba como diferencia de la primera mesada pensional la suma de \$299.974,00, junto con las que se causaran mes a mes, más los incrementos legales; que se prescindiera de efectuar los descuentos de salud al retroactivo pensional; que se ordenaran los intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas, desde el 1 de abril de 2014 y hasta que fuera incluido en nómina; y que se ordenara la devolución del valor de 754 semanas cotizadas en exceso.

Como consecuencia de lo anterior solicitó se condenara a la demandada a pagar las sumas de \$2.999.740,00 por reajustes de las mesadas del 2014; \$4.353.342,00 por reajustes de las mesadas de 2015; \$4.648.070,00 por reajustes de las mesadas de 2016; \$5.510.959 por reajustes

de las mesadas hasta septiembre de 2017; los reajustes que se causaran a partir de octubre de 2017; los intereses moratorios, desde el 1 de abril de 2014 y hasta que fuera incluido en nómina; la devolución del valor de 754 semanas cotizadas en exceso; la indexación; y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que: *i)* nació el 30 de agosto de 1954; *ii)* se afilió a Cajanal el 27 de octubre de 1975, como empleado público de la Registraduría Nacional del Estado Civil; *iii)* se afilió al ISS el 1 de abril de 1994; *iv)* cotizó a Cajanal 18 años, 5 meses y 4 días, entre el 27 de octubre de 1975 y el 1 de abril de 1994, por lo cual pertenecía al régimen de transición; *v)* la Registraduría Nacional del Estado Civil lo afilió y le pagó cotizaciones al ISS, entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 2014; *vi)* se desafilió del sistema general de pensiones el 1 de abril de 2014; *vii)* entre el 27 de octubre de 1975 y el 1 de abril de 2014, cotizó 35 años y 5 meses equivalente a 14.029 días y 2004 semanas de cotización; *viii)* al 1 de abril de 1994 tenía más de 15 años cotizados y menos de 20, por lo que era beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no del artículo 1 de la Ley 33 de 1985; *ix)* por resolución GNR 112683 del 28 de marzo de 2014, Colpensiones le reconoció la pensión de vejez, la que luego fue reliquidada mediante la resolución GNR 303161 del 1 de octubre de 2015; *x)* por resolución SUB 16705 del 22 de marzo de 2017, Colpensiones confirmó la resolución GNR 112683 del 28 de marzo de 2014, quedando agotada la reclamación administrativa; *x)* la pensión a la que tenía

derecho era equivalente al 90% del ingreso base de liquidación, en cuantía de \$1.670.679,00, a partir del 1 de abril de 2014; *xi*) la demandada debía pagar la diferencia de la mesada inicial por la suma de \$299.974,00, más las que se causaran en adelante, junto con los reajustes legales; *xii*) los intereses moratorios se causaron por la incorrecta liquidación de la primera mesada pensional; y *xiii*) acreditó un total 2004 semanas cotizadas, de las cuales 754 debían ser materia de devolución, porque excedían a las 1250 que se requerían para la pensión.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al ISS, hoy Colpensiones, a partir del 1 de abril de 1994, el reconocimiento de la pensión de vejez, la reliquidación de la pensión, los demás dijo que no eran ciertos o no le constaban. Propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de intereses moratorios, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 14 de mayo de 2019 (fls. 64 a 66), resolvió absolver a la demandada Colpensiones de todas y cada una

de las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, mediante fallo de 22 de mayo de 2020 (fl. 72), confirmó la sentencia proferida en primera instancia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si era procedente ordenar la reliquidación de la pensión de vejez del actor, aplicando una tasa de reemplazo del 90%.

Señaló que no era materia de controversia que Colpensiones reconoció al demandante la pensión de vejez por resolución GNR 112683 del 28 de marzo de 2014, a partir del 1 de abril de 2014, en cuantía inicial de \$1.370.705,00, con fundamento en la Ley 33 de 1985, aplicable por ser beneficiario del régimen de transición; que Colpensiones reliquidó la pensión de vejez del actor mediante resolución del 1 de octubre de 2015, en cuantía inicial \$1.433.189,00; y que por resolución SUB-16705 del 22 de marzo de 2017, la demandada negó la reliquidación que solicitó el actor.

Anotó que para resolver la controversia se hacía necesario determinar si la pensión de vejez del actor se causó

al amparo del Acuerdo 049 de 1990, «*única norma del régimen de transición que permitía aplicar a la liquidación de este tipo de prestaciones una tasa de reemplazo de 90%*», en el que se disponía como requisitos para los hombres una edad de 60 años y haber efectuado 500 semanas de cotización al sistema, durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Advirtió que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha enfatizado en que,

[...] para reconocer pensiones del Sistema General de Seguridad Social por transición, con fundamento en el acuerdo 049 de 1990, solo se pueden incluir los aportes efectuados al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, pues el parágrafo del artículo 36 y el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que permite la inclusión de servicios o aportes efectuados a otras cajas, solo regulan las pensiones que se causan con fundamento integral en la Ley 100 de 1993, y no aquellas que nacieron por aplicación de otros estatutos por transición.

Para este efecto, la Sala Laboral de la Corte, considera: “dado el principio de inescindibilidad de las normas, que no se puede romper la unidad de la normatividad para definir el nacimiento del derecho aplicando la parte favorable de dos estatutos distintos”.

En ese orden, sostuvo que la prestación del actor no podía causarse con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 y, por ello, la Sala confirmaba la decisión de primera instancia que «*negó la reliquidación que el demandante reclama en este proceso*», pues, en la historia laboral se observaron cotizaciones al ISS por 201.57 semanas, pero el tiempo restante que tuvo en cuenta la entidad para reconocer la pensión con base en la Ley 33 de 1995 correspondía a tiempos cotizados como empleado público.

Por último, para responder el argumento que planteó el demandante en la apelación, precisó que, *«no son aplicables al caso bajo estudio las sentencias de tutela que al efecto profiere la Corte Constitucional, porque esta tiene efectos “inter” “partes” y, de todas formas, el órgano de cierre de nuestra jurisdicción, es decir, la Corte Suprema de Justicia, ya tiene definido un criterio sobre el asunto»*.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia *«REVOQUE la del a – quo y en su lugar, CONDENE conforme a las peticiones de la demanda»*.

Con tal propósito formula un único cargo, por la causal primera de casación, el cual mereció réplica.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia por violar de manera directa, en la modalidad de interpretación errónea, el literal b) del parágrafo 1 del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículo 48 y 53 de la

Constitución Política, artículos 12 y 20 del acuerdo 049 de 1990, en cuanto a que, «*se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio (parágrafo art. 36 de la ley 100 de 1993)*».

Dada la vía escogida, la censura manifiesta que no discute lo que el sentenciador dio por probado en cuanto a las 201.57 semanas cotizadas al seguro social, pero aclara que, en esa situación, que es cierta, «*interpretó erróneamente el literal b) del parágrafo 1 del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la ley 100 de 1993*».

La censura transcribe el pronunciamiento del Tribunal, referente a la prohibición de acumular tiempos públicos con cotizaciones al ISS para acceder al derecho pensional bajo el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición; y manifiesta que la Corte Suprema de Justicia rectificó su criterio jurisprudencial referente a la temática expuesta *con la sentencia del 1 de julio de 2020, radicado No. 84.243*, en la que determinó:

“De todo lo anterior se concluye:

(i)El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos

efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotizaciones al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiero de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

De acuerdo con los anteriores argumentos, la Corte Suprema de Justicia abandona su criterio mayoritario conforme al cual el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, solo permite sumar cotizaciones realizadas exclusivamente al ISS y, en su reemplazo, postula que si es posible para efectos de obtener la pensión por vejez prevista en ese reglamento, contabilizar las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social. En consecuencia, todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no, son válidos para efectos pensionales”.

De lo anterior asegura la censura que, para el reconocimiento pensional a cargo de la demandada, «*se debe tener en cuenta la totalidad de los servicios prestados a la Registraduría Nacional del Estado Civil como empleado público y no solo en período que cotizó como afiliado al*

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en los términos de los numerales (iv) y (v) de la sentencia transcrita, respetándole el régimen de transición a que tiene derecho».

Agrega que, en cuanto al régimen aplicable, debe observarse que es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por acreditar al 1 de abril de 1994 más de 15 años de servicios en la Registraduría Nacional del Estado Civil, por lo que,

[...] le corresponde una mesada pensional a partir de los sesenta (60) años de edad, con mil doscientas cincuenta (1.250) semanas de afiliación y una tasa de reemplazo del noventa por ciento (90%), pero para el ingreso base de liquidación tomar el promedio de los últimos diez (10) años de cotizaciones o todo el tiempo laborado si es superior, en los términos de la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 1 de marzo de 2017, radicado No. 52.320, en la que con relación al régimen de transición y la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, dispuso:

“Llegados a este punto del sendero, surge una pregunta ¿qué sucede con la pensión de vejez protegida por el régimen de transición?

Esta Sala al contestar el interrogante en precedencia ha sostenido, de manera invariable hasta hoy, que el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, «petrificó» para sus beneficiarios tres requisitos de la prestación, conforme al régimen pensional en que venían consolidando su expectativa: (i) la edad; (ii) el tiempo de servicios o cotizaciones; y (iii) el monto.

El cuarto, que corresponde a uno de cuantificación, a decir, la base de liquidación, el legislador decidió armonizarlo con la nueva normativa”.

Concluye diciendo que tiene derecho a que Colpensiones le tenga en cuenta *«la totalidad del tiempo servicio para la Registraduría Nacional del Estado Civil como*

empleado público y dentro del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993».

VII. RÉPLICA

Sostiene la oposición que el juez de alzada interpretó correctamente las normas que el recurrente considera vulneradas, pues, en virtud del régimen de transición establecido por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, son varias las normas aplicables dependiendo de la situación particular de cada afiliado, circunstancia de la cual pende la tasa de reemplazo aplicable para cada caso.

Agrega que se opone al alcance de la impugnación para que se case a la sentencia del Tribunal, *«ello por la potísima razón de que ella se encuentra ajustada a derecho. En efecto la Sentencia expedida por el Ad-quem determinó, interpretando debidamente la normatividad vigente la solución al caso subexamine reiterando el precedente vigente».*

VIII. CONSIDERACIONES

El Tribunal fundamentó su decisión en que esta Sala de Casación sostuvo que bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990 no es posible sumar tiempos públicos, con el fin de acreditar el número de semanas de cotización exigidas como requisito para acceder a la pensión de vejez.

Por su parte, el impugnante sostiene que, en atención al actual criterio jurisprudencial, se debe tener en cuenta el tiempo de servicios prestados como empleado público en la Registraduría Nacional del Estado Civil, no solo el cotizado al Seguro Social, con el fin de obtener una tasa de reemplazo del 90% del promedio de lo cotizado en los últimos 10 años o en todo el tiempo si fuere superior, conforme al régimen de transición y al acuerdo 049 de 1990.

Corresponde a la Corte determinar si el Tribunal se equivocó en su planteamiento en relación con la sumatoria de tiempos cotizados al ISS con tiempos laborados en el sector público sin aportar a esta entidad para los beneficiarios del régimen de transición, en aplicación del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año.

Al respecto, si bien es cierto lo dicho por el juez colectivo en su pronunciamiento, respecto de la posición que tenía la Corte sobre la imposibilidad de acceder a la prestación de vejez, con arreglo al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en régimen de transición, acumulando tiempos públicos y privados, también lo es que ese criterio fue rectificado por la Corporación en sentencias CSJ1947-2020, CSJ SL1981-2020 y CSJ SL2557-2020, en donde asentó que dicha pensión puede consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS y los tiempos laborados a entidades públicas, por cuanto en la Ley 100 de 1993 se reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador, público o

privado. Dijo la Sala en la providencia CSJ SL1981-2020 mencionada:

Frente al punto, esta Sala ha sostenido que con arreglo al régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990, solo es posible computar semanas cotizadas exclusivamente al Instituto de Seguros Sociales, por cuanto a la luz de los reglamentos de esta entidad, no existe una sola disposición que autorice la sumatoria de semanas laboradas en el sector público, sufragadas a cajas, fondos o entidades de previsión social o, simplemente, no cotizadas.

De igual modo, ha considerado que el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, ubicado en el precepto que establece el régimen de transición, si bien, en principio, alude a las pensiones obtenidas en aplicación de ese régimen, lo cierto es que esa referencia corresponde a la pensión de vejez instituida en el nuevo sistema de seguridad social y, en su esencia, es una repetición de la proposición consagrada en el párrafo 1.º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, «que dispuso que para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere tal artículo se tendría en cuenta el número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados o como trabajadores al servicio de empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y el número de semanas cotizadas a cajas provisionales del sector privado».

Estas reflexiones quedaron consignadas principalmente en la sentencia CSJ SL, 4 nov. 2004, rad. 23611, reiterada hasta la fecha, entre muchas otras, en las identificadas bajo los números CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 35792, CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 42242, CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 42191, CSJ SL4461-2014, CSJ SL1073-2017, CSJ SL517-2018, CSJ SL4010-2019 y CSJ SL5614-2019.

Lo anterior sería suficiente para declarar fundados los cargos, de no ser porque la Sala considera necesario replantear su criterio jurisprudencial, con asidero en argumentos que, en los últimos años han cobrado fuerza, solidez y, desde este punto de vista, ameritan ser revisados nuevamente.

[...]

Rectificación jurisprudencial:

De todo lo anterior, se concluye:

(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la

pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

De acuerdo con los anteriores argumentos, la Corte Suprema de Justicia abandona su criterio mayoritario conforme al cual el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, solo permite sumar cotizaciones realizadas exclusivamente al ISS y, en su reemplazo, postula que sí es posible para efectos de obtener la pensión por vejez prevista en ese reglamento, contabilizar las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social. En consecuencia, todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no, son válidos para efectos pensionales.

Entonces, el criterio mayoritario y vigente de esta Corte, consiste en que es posible acceder a la pensión de vejez regulada por el Acuerdo 049 de 1990 y aprobada por el

Decreto 758 del mismo año, en régimen de transición, sumando tiempos de servicio público a los cotizados exclusivamente al ISS, sobre la base de una regla general expresada en que *«todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no, son válidos para efectos pensionales»*, en razón ello de que la columna vertebral de la construcción pensional es *el trabajo, la afiliación del trabajador al sistema es obligatorio y la cotización del afiliado al sistema es obligatoria en tanto se tenga la calidad de trabajador.*

Ahora bien, con relación a la sumatoria de tiempos públicos no cotizados al ISS con semanas cotizadas a este para efectos de obtener la reliquidación pensional en los términos del Acuerdo 049 de 1990, vale recordar que la Sala en varias de sus providencias ha avalado su procedencia, como en efecto lo reiteró en la sentencia CSJ SL2061-2021, en donde manifestó lo siguiente:

Asentado que la dicha sumatoria de tiempos públicos y cotizaciones al ISS es perfectamente posible en la consolidación de la prestación a que se ha venido haciendo referencia, esto es, la regida por el Acuerdo 049 de 1990, en régimen de transición, cabe preguntarse si su *reliquidación* también es factible en las condiciones en que se ha venido explicando. Este segundo tema también ha sido abordado por la Corporación, que en fallo CSJ SL2557-2020 expresó:

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser

ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este párrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado *ius cogens* (...).

Conforme lo anterior, conforme al Acuerdo 049 de 1990 es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó la actora a otras cajas de previsión del sector público a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en dicho reglamento.

De modo que tal criterio jurisprudencial también es aplicable al asunto en controversia, esto es, a la reliquidación de la pensión de vejez de la demandante.

Así las cosas, la recurrente tiene la razón en cuanto afirma que tiene derecho a la reliquidación reclamada porque el régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990 es más favorable que aquel con el que la entidad de seguridad social accionada reconoció la pensión. (Subrayas de la Sala)

Las anteriores consideraciones serían suficientes para la prosperidad del cargo, si no fuera porque la Sala observa que del material probatorio obrante en el plenario se evidencia que al demandante le fue reconocida y pagada la

pensión bajo la Ley 33 de 1985, en virtud del régimen de transición, a partir del 1 de abril de 2014, es decir, en tiempo anterior al cumplimiento de los 60 años de edad exigidos para la pensión de vejez por el Acuerdo 049 de 1990.

En efecto, el recurrente nació el 30 de agosto de 1954, por lo que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2014, lo que significa que para la fecha en que Colpensiones ordenó el reconocimiento y pago de la pensión, 1 de abril de 2014, aun no reunía las exigencias para causar el derecho según lo dispuesto en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990 y, por esta razón, no tiene derecho a la reliquidación con una tasa de reemplazo del 90%, como así lo solicita.

Al respecto, conviene recordar que tanto la Ley 33 de 1985 como el Acuerdo 049 de 1990 resultan aplicables en virtud del régimen de transición, pero solo en lo que atañe a la edad, tiempo y monto, pues las demás condiciones y requisitos se rigen por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, se hace posible sumar tiempos públicos y privados para efecto de computar las semanas bajo cualquier régimen que cobre vigencia por la transición, con fundamento en el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1 del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo dijo la Sala, se reitera, en la sentencia CSJ SL1947-2020.

En ese orden, debe tenerse presente que el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 consagró para el sector público la pensión

de jubilación de la siguiente manera: *«El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio».*

Por su parte, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de ese mismo año, estableció que tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos: *« a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo ».*

Así las cosas, mientras la Ley 33 de 1985 exigió como requisito para los hombres una edad de 55 años, el Acuerdo 049 de 1990 estableció que la edad requerida era de 60 años, con lo cual se evidencia entre los dos regímenes una diferencia de cinco años en las edades para la causación del derecho, no obstante, en principio, ello no debería impedir la reliquidación pensional basada en la sumatoria de tiempos públicos y cotizados al ISS.

Sin embargo, la reliquidación se torna improcedente cuando la prestación se reconoce inicialmente bajo la Ley 33

de 1985, pero a partir de una fecha en la cual el afiliado no había cumplido aún los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pues la reliquidación está cimentada en un cambio de régimen y, por ello, para que sea viable deben estar acreditados los requisitos exigidos por ambos regímenes a la fecha del reconocimiento inicial, dado que no existe disposición legal que permita acceder a una pensión de forma temporal y hasta que se cumplan los requisitos consagrados en otra normativa.

De esta manera, si se accede inicialmente al reconocimiento pensional bajo la Ley 33 de 1985 sin el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, la reliquidación posterior resultaría contraria a derecho, porque al pensionado ya le fueron canceladas las mesadas pensionales que se causaron bajo el régimen inicial, las cuales, de efectuarse la reliquidación, quedaría sin soporte legal su reconocimiento, pero, además, cualquier mecanismo de devolución, retorno o descuento a futuro de lo ya cancelado, distorsiona la aplicación efectiva del régimen de transición y pone en riesgo el funcionamiento del régimen de prima media con prestación definida.

De la misma manera, conviene advertir que diferente es la situación para las personas que inicialmente acceden a la prestación bajo la Ley 33 de 1985, pero cumplen los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, situación que suele coincidir en el caso de las mujeres porque en ambos regímenes la edad es de 55 años y, tratándose de hombres, cuando por cualquier circunstancia no se pensionan sino

hasta los 60 años o con posterioridad, eventos en los cuales sí es viable la reliquidación en comento, ya que no se han cancelado mesadas pensionales en períodos anteriores.

En la misma línea, los pensionados que en virtud de la transición accedieron al derecho bajo la Ley 71 de 1988, también son destinatarios de la reliquidación de la pensión en los términos del Acuerdo 049 de 1990, pues las edades tanto de las mujeres como de los hombres son idénticas en los dos regímenes, 55 años para ellas y 60 años en el caso de los hombres, razón por la cual, la reliquidación se hace posible por no haberse recibido mesadas pensionales anteriores a la fecha en que se ordena la reliquidación.

Bajo las anteriores consideraciones, el cargo no prospera.

Las costas en el recurso extraordinario serán a cargo de la recurrente, por cuanto la acusación no tuvo éxito y hubo réplica. Se fija como agencias en derecho la suma de \$4.700.000,00, que se incluirán en la liquidación que el juez de primera instancia haga con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

IX. 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 veintidós (22) de mayo de dos mil veinte

(2020) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JOSÉ HILDER DE JESÚS GÓMEZ** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**.

Costas como se indicó en la parte motiva

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

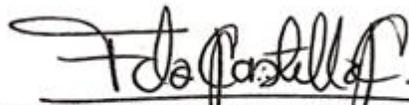


IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ
Aclaro voto

Presidente de la Sala



GERARDO BOTERO ZULUAGA
Aclaro voto

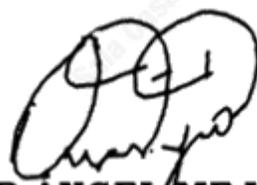


FERNANDO CASTILLO CADENA

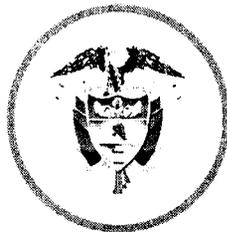
Aclaro voto



LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ



OMAR ANGEL MEJÍA AMADOR



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ

Magistrado ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 91573

**REFERENCIA: JOSÉ HILDER DE JESÚS GÓMEZ vs.
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, en esta ocasión me permito aclarar el voto toda vez que si bien comparto la conclusión de no casar la sentencia impugnada, me aparto de aquella afirmación relativa a la posibilidad de la sumatoria de tiempos públicos no cotizados al ISS hoy Colpensiones y bajo la égida del Acuerdo 049 de 1990.

En efecto, tal conclusión quiebra una línea jurisprudencial sólida y consolidada, y no se aviene al concepto de justicia que se deriva de los objetivos de universalización, eficiencia y progresividad que persigue el servicio público de la seguridad social, por las razones que a continuación paso a explicar.

Estimo que la posición mayoritaria incurre en un inadecuado entendimiento del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que la lleva a darle un alcance que no tuvo ni tiene el régimen de transición propiamente dicho. Obsérvese que este precepto no se dedica única y exclusivamente a las normas de tránsito entre la legislación derogada y la vigente, lo que conocemos como régimen de transición, sino que también hace alusión a los derechos adquiridos y a los cambios normativos ordinarios dentro del Sistema General de Pensiones. Veamos:

A. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993

Un primer ejercicio nos invita a revisar la estructura original del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sin tener en cuenta las reformas legales posteriores ni las declaratorias de inexequibilidad realizadas:

ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado

en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

De una lectura desprevenida aflora que la norma tiene diferentes objetivos de protección. Me permito revisarlos uno a uno:

1. Derechos Adquiridos

El inciso 6 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señala:

Quienes a la fecha de vigencia de la presente Ley hubiesen cumplido los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez, conforme a normas favorables anteriores, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento, tendrán derecho, en desarrollo de los derechos adquiridos, a que se les reconozca y liquide la pensión en las condiciones de favorabilidad vigentes, al momento en que cumplieron tales requisitos.

Aunque técnicamente los derechos adquiridos no pueden ser modificados ni derogados por la ley posterior, por tanto, no deben hacer parte de los regímenes de transición, este inciso reafirma lo establecido en el artículo 11 del mismo marco normativo. A nuestro juicio, lo más importante es que reconoce que el derecho se adquiere con el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o vejez.

2. Régimen de transición

Los incisos 2, 3, 4 y 5 del artículo 36, indican:

La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos

(2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida.

Estos incisos del artículo 36 regulan el régimen de transición entre la normatividad inmediatamente anterior y la nueva que configura el Sistema General de Pensiones. Dado que se trataba de integrar en un solo texto todos los esquemas pensionales de prestación definida vigentes con anterioridad al sistema general de pensiones, que no fueron exceptuados expresamente por el artículo 279, con el nuevo régimen de prima media con prestación definida, y la incompatibilidad que se genera por sus mecanismos financieros excluyentes (capitalización colectiva versus capitalización individual), la norma instituyó como renuncia voluntaria al régimen de transición el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad; pero, además, para reafirmar esta consecuencia, se estableció expresamente que la transición no se recupera por un posterior nuevo traslado al régimen de prima media.

3. Cambios futuros legislados para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en relación con la pensión ordinaria de vejez

El inciso 1º y el párrafo del artículo 36, enseñan:

ARTÍCULO 36. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1o) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.

El artículo 19 del Decreto 1650 de 1977 estableció como régimen financiero para las contingencias de invalidez, vejez y sobrevivientes, el de prima media escalonada. De ahí, que cuando se optó por unificar los regímenes pensionales preexistentes, todos de prestación definida, en torno al esquema financiero del seguro adoptado por el Instituto de Seguros Sociales, se definió uno solo denominado «*Régimen de prima media con prestación definida*». Atrás quedaron los sistemas de reparto. Ello explica por qué el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, como regla general, dispuso que será administrado por el Instituto de Seguros Sociales.

Para este régimen, prima media con prestación definida, se adoptaron las edades mínimas para acceder a la pensión fijadas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 de 1990, que eran de 55 años para las mujeres y de 60 para los hombres, conforme se constata de la lectura del primigenio artículo 33 de la Ley 100 de 1993. No obstante, el párrafo 4º *ibidem* dispuso que:

PARÁGRAFO 4º. A partir del primero (1o) de Enero del año dos mil catorce (2014) las edades para acceder a la pensión de vejez se reajustarán a cincuenta y siete (57) años si es mujer o sesenta y dos (62) años si es hombre.

Como se infiere claramente, la norma trazó un cambio futuro en la edad de pensión, razón por la cual el legislador debió reafirmar esta situación en el inciso 1º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues técnicamente se trata de un cambio normativo.

Pero, además siendo la norma consecuente con el párrafo 1º del artículo 33 del texto normativo, que establece cuáles son los tiempos válidos para la pensión ordinaria de vejez del régimen de prima media, el párrafo del artículo 36 replicó dichos tiempos válidos.

En otras palabras, el inciso 1º y el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, regulan la edad y tiempos válidos de pensión que deben ser tenidos en cuenta para acceder a la pensión de vejez ordinaria del régimen de prima media con prestación definida, de que trata el artículo 33 de dicha normativa, dados los cambios que en las edades de pensión se establecieron para el año 2014.

En ningún caso estos preceptos regulan las edades ni los tiempos válidos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de transición pues, expresamente, el inciso 2º del multimencionado artículo consagró que la edad, el tiempo de servicio o semanas de cotización y el monto de la pensión

serán las establecidas en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Para no dejar dudas sobre ello, el inciso 1º del artículo 3º del Decreto 813 de 1994, instituyó:

Artículo 3o. Beneficios. Las personas que cumplan algunos de los requisitos previstos en el artículo anterior, tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación cuando cumplan los requisitos de edad y tiempo de servicios o número de semanas cotizadas **establecidos en las disposiciones del régimen que se les venía aplicando con anterioridad al 1º de abril de 1994.** (Subrayas mías)

Es palmario entonces, que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 contiene diferentes objetivos de protección que no deben ser confundidos, como me temo que lo fueron, y menos ser mezclados para obtener un resultado paternalista, pues ello trae como consecuencia que la política pública de pensiones, y el concepto de justicia que subyace a la misma, no brinde el resultado esperado en términos del objetivo social que se persigue.

B. El régimen de los seguros sociales obligatorios

En primer lugar, es patente que para tener derecho a las prestaciones del seguro social obligatorio debía existir afiliación expresa a dicho instituto.

Los artículos 13 a 16 del Decreto 1650 de 1977, señalan:

Artículo 13. De la afiliación del régimen. Para tener derecho a exigir los servicios y prestaciones correspondientes a las

contingencias que cubren los seguros sociales obligatorios, es requisito indispensable afiliarse al régimen.

Artículo 14. Del concepto de afiliación. La afiliación es la inscripción de un trabajador al régimen de los seguros sociales obligatorios y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que de él se derivan.

Artículo 15. De la reglamentación de la afiliación. Los reglamentos generales de los seguros sociales obligatorios señalarán la forma y oportunidad de la afiliación, las sanciones por el incumplimiento en efectuarla y, en todo caso, el derecho del trabajador para exigirla por sí mismo.

Artículo 16. De los beneficios y derecho habientes. Son beneficiarios de los seguros sociales obligatorios y, por lo tanto, tienen derecho al reconocimiento y efectividad de las prestaciones económicas y de salud, las personas afiliadas al régimen y las que por su vinculación a un afiliado puedan recibir tal beneficio, según los reglamentos. Estas últimas reciben en este estatuto el nombre de derecho habientes.

La afiliación al Instituto de Seguros Sociales es entonces el instrumento que permite al ciudadano ser beneficiario de las prestaciones que este otorgaba.

El Decreto 3063 de 1989, que aprobó el reglamento en sus artículos 8 y 10, dice:

Artículo 8º AFILIADO. Se entiende por afiliado, la persona natural que encontrándose legalmente inscrita al Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios cotiza para dicho régimen y es sujeto de los derechos y obligaciones que de él se derivan, de conformidad con los respectivos reglamentos.

Artículo 11. ASEGURADO. Se entiende por asegurado al Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios, la persona natural que por haber cumplido con los requisitos establecidos en los respectivos Reglamentos se encuentra amparada contra las contingencias propias de los Seguros Sociales Obligatorios.

Así las cosas, es totalmente cristalino que, desde siempre, pero en especial a la vigencia del sistema general de pensiones, se entiende por afiliado el que cotiza al régimen

de los seguros sociales obligatorios y por asegurado el que ha cumplido con los requisitos de los respectivos reglamentos, básicamente, tratándose de invalidez, vejez y muerte, las semanas de cotización a dicho Instituto, no a otras entidades.

Pero quizás lo más importante es que, para el Instituto de Seguros Sociales, como arriba se advirtió, se adoptó la técnica financiera de la prima media escalonada, propia del seguro social, que exige que los afiliados se encuentren asegurados y cotizando (pagando las primas de seguro) al ente asegurador. Entonces, el pago de las prestaciones se supedita al cumplimiento estricto del deber de sufragar el aporte por las semanas de cotización exigidas (pago de la prima), reitero, al asegurador. Así, la estructura técnica establecida para el seguro social niega cualquier posibilidad de administrar pensiones en régimen de reparto simple, dado que no se trata de «*acumulación de tiempos*» sino de cancelar verdaderas primas de seguro, a través de los aportes mensuales para asegurar el pago de las prestaciones que se derivan de los riesgos, en este asunto específico, de la invalidez, la vejez y la muerte.

El contexto trazado se desprende, sin esfuerzo alguno, de la lectura desprevenida de las siguientes normas del acuerdo inmediatamente referido.

Artículo 20. COTIZACION. Es el porcentaje del salario total del trabajador con que deben contribuir patronos y trabajadores para financiar un determinado seguro. [...]

Artículo 21. APORTE. Es el valor que a cada patrono o trabajador corresponde cancelar al ISS para un determinado seguro, según el salario o ingreso real reportado. [...]

Por último, los incisos 6 y 7 del artículo 79 del mencionado acuerdo, rezan:

Los aportes para los distintos seguros se liquidarán por semanas completas en cada período mensual de aportación.

Para la liquidación de las prestaciones económicas, el Instituto adoptará los mecanismos necesarios a fin de establecer las semanas cotizadas en un período determinado.

Así es como, finalmente, se instituye en términos de semanas de cotización al Instituto de Seguros Sociales los requisitos de acceso a cada una de las prestaciones que ofrece el seguro social, pero en especial, el seguro de invalidez, vejez y muerte -IVM.

A guisa de ejemplo, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, establece:

Artículo 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:

a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y,

b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.0.00) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

De esta manera es claro que el régimen de los seguros sociales obligatorios se fundamenta en el pago de aportes para cubrir los riesgos asumidos por parte del asegurador. En caso alguno, la norma escindió o siquiera permitió que la

actividad aseguradora se fraccionara entre varias aseguradoras para luego permitir la suma de tiempos cotizados entre ellas con el fin de cubrir el riesgo asumido, en este caso, la pensión de vejez.

En otras palabras, en el país, hasta 1988, no existía posibilidad alguna de tener en cuenta los tiempos de aportes o servicios al sector público para acceder a las prestaciones ofrecidas por el régimen de los seguros sociales obligatorios, ni de sumar las semanas cotizadas al ISS a los tiempos de servicios o aportes exigidos por las normas del sector público para acceder a las pensiones de jubilación vigentes.

C. La solución normativa: la pensión de jubilación por aportes

La imposibilidad legal de sumar los tiempos de cotización al Instituto de Seguros Sociales con los tiempos de aportes al sector público fue lo que dio origen a la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988.

Al respecto la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 47 del 29 de marzo de 1990, sostuvo:

a) Para resolver la cuestión planteada, la Corte debe tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 7º de la Ley 71 de 1988, aunque sea su parágrafo solo lo demandado, porque entre una y otra parte de aquel, existe una estrecha relación de dependencia. En efecto, el citado artículo 7º establece la posibilidad de adquirir el derecho a la pensión de jubilación por los empleados oficiales, es decir, trabajadores oficiales y empleados públicos y por los trabajadores particulares, en el evento de que estos acrediten la acumulación de veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo, en una o varias de las entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, del orden nacional,

departamental, municipal, intendencia, comisariar o distrital, con los efectuados ante el Instituto de los Seguros Sociales; esto quiere decir que a partir de la vigencia de la Ley 71 de 1988, es posible acceder a la prestación jubilatoria, mediante la acumulación de aportes y cotizaciones derivados de la relación contractual particular u oficial y la legal y reglamentaria, cuando la suma de aquellos equivalgan por 10 menos a veinte (20) años;

b) Sin embargo, dicha posibilidad jurídica de acumulación conforme a lo establecido en el citado artículo 7º, está condicionada, además, como presupuesto fundamental, al arribo a la edad de sesenta (60) años si el afiliado aportante es varón, y de cincuenta y cinco (55) si es mujer, puesto, que de no mediar dichos términos no es posible la acumulación que daría derecho a esta situación pensional especial;

c) De lo visto se colige que el trabajador vinculado por una relación laboral particular que no haya sufragado aporte o cotización alguna a una o varias entidades de previsión social, no queda cobijado por los efectos de la ley que establece la prerrogativa de la acumulación; en este mismo sentido se tiene que esta nueva disposición se restringe al ámbito de los trabajadores amparados mediante aporte o cotización por el régimen de seguridad social organizado en sustitución de los patronos, sean estos particulares u oficiales;

d) De otra parte, conviene advertir que esta nueva y especial regulación, de connotación evidentemente social, no modifica la aplicación de los regímenes ordinarios establecidos para regular la citada prestación jubilatoria, cuando a ella se tiene vocación dentro de cada sistema, particular u oficial, autónoma e independientemente considerados en cuyos casos, los presupuestos de edad y tiempo de servicios continúan siendo los que establecen las demás "normas de los regímenes actuales vigentes".

e) Por lo que hace al párrafo cuestionado por la demanda, la Corte advierte que se trata de una disposición de carácter excepcional que ordena en determinadas hipótesis la aplicación de las disposiciones ordinarias; las que continuaran rigiendo para las personas que al entrar en vigencia la Ley 71 de 1988 ya hayan cumplido ciertas condiciones de edad y de tiempo de aportes como son las de tener 50 años o más de edad para los varones y 45 años o más para las mujeres; y en todo caso que unos y otras tengan diez (10) o más años de afiliación en una o varias entidades de previsión social o de las que hagan sus veces, en todos los órdenes de la organización territorial. Si a la fecha de sanción de la ley estas personas ya habían arribado a estos límites de edad y de aportes no pueden acceder a la pensión de jubilación por la nueva vía de la acumulación, ni acogerse a ella;

f) Además, debe tenerse de presente que las normas de los regímenes actuales vigentes a las que hace relación la norma

acusada son, principalmente, para el empleado oficial el artículo 1º de la Ley 33 de 1985 y sus decretos reglamentarios, y para los demás trabajadores, lo dispuesto por el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y demás normas complementarias como el Decreto 2218 de 1966.

Nótese que la providencia en el literal d), a la vez que reconoce una nueva forma de acceder a la pensión, reafirma que las normas vigentes del sector público y privado que regulan las pensiones preexistentes mantienen su autonomía y especialidad.

De igual manera, la Corte Constitucional en sentencia CC-C-012 de 1994 da cuenta del nuevo tipo de derecho pensional creado por la Ley 71 de 1988, en los siguientes términos:

Es evidente, que a través del inciso 1º del artículo 7º de la ley 71 de 1988 se consagró para "los empleados oficiales y trabajadores" el derecho a la pensión de jubilación con 60 años o más de edad, si es varón, y 55 años o más de edad, si es mujer, cuando se acrediten aportes durante 20 años, a diferentes entidades de previsión social y al ISS. Pero con anterioridad, los regímenes jurídicos sobre pensiones no permitían obtener el derecho a la pensión de jubilación en las condiciones descritas en la norma; es decir, no era posible acumular el tiempo servido en entidades oficiales, afiliadas a instituciones de previsión social oficiales y a las cuales se habían hecho aportes, con el tiempo servido a patronos particulares, afiliados al Instituto Colombiano de los Seguros Sociales, y al cual, igualmente se había aportado, aun cuando si era procedente obtener el derecho a la pensión acumulando el tiempo servido a diferentes entidades oficiales, cuando se hubieren hecho aportes a diferentes entidades de previsión social oficial o al ISS.

En tal virtud, si como se afirmó antes, la norma en referencia creó un nuevo tipo de derecho pensional, no se puede hablar, como lo hace el demandante, de un derecho "causado", con base en la misma disposición; en otros términos, es inconcebible que el aparte de la norma acusada (parágrafo del artículo 7º), pueda violar el derecho que ella misma crea en el inciso 1º.

Así las cosas, es menester señalar que a la vigencia del Sistema General de Pensiones coexistían regímenes pensionales incompatibles entre sí, a decir: i) los regímenes del sector público, que otorgaban la pensión de jubilación (Ley 33 de 1985, Ley 6 de 1945 y otros); ii) el régimen de los seguros sociales obligatorios y en caso de ausencia de subrogación de los riesgos por parte del Instituto de Seguros Sociales el establecido en el Código Sustantivo del Trabajo; y iii) el régimen de acumulación de aportes y cotizaciones establecido por la Ley 71 de 1988, único y excluyente que permite la sumatoria de los tiempos aportados tanto en el sector público como en el privado.

D. El régimen de transición y la protección de expectativas

La Ley 100 de 1993 pretendió la unificación de los esquemas pensionales anteriormente vigentes en torno a un sistema de pensiones, configurado por los regímenes pensionales de prima media con prestación definida y ahorro individual con solidaridad.

Al buscar la universalización del servicio, conforme a las necesidades económicas y sociales identificadas, unificó en un primer momento, para el régimen de prima media con prestación definida, las edades mínimas de pensión en 55 años para las mujeres y 60 años para el hombre, buscando armonizar en el año 2014 las edades mínimas de pensión para ambos regímenes en 57 años para la mujer y 62 años para los hombres.

De igual manera consagró el requisito mínimo de 1000 semanas de cotización. Por razones de equilibrio en el sistema, este requerimiento fue dispuesto con desbalance en ambos regímenes; jamás se pretendió la equiparación del número de semanas de cotización para acceder a la pensión mínima, dadas las diferencias naturales de sus sistemas financieros.

El régimen de transición como vehículo, valga la redundancia de tránsito, entre la legislación anterior y la posterior, busca llevar a los ciudadanos en sus expectativas a la actual situación ordinaria creada por la nueva ley.

Sobre este punto, en aclaración de voto del expediente 47557, expliqué:

La segunda lectura propuesta es problemática desde el punto de vista de la equidad. Si un régimen de transición busca garantizar, en todo o parte, las mayores ventajas de favorabilidad del régimen precedente, es patente que las condiciones de acceso y cuantificación de la pensión, deben ser próximas a las de la legislación inmediatamente anterior para evitar cambios demasiado bruscos en la expectativa pensional del afiliado.

En este sentido, debe recordarse que los objetivos de la Ley 100 de 1993 eran en su orden i) proteger derechos adquiridos; ii) garantizar las expectativas; y iii) crear un nuevo régimen de pensiones para aquellos excluidos de transición y nuevos afiliados.

Ahora bien, por definición, cuando se salvaguardan expectativas, estas se traducen como un puente, soportado por el principio de favorabilidad entre la nueva legislación y la anterior, para amparar expectativas legítimas. Ello implica que la legislación anterior prima facie es más favorable que la nueva, lo cual deviene claro con la implementación del Sistema General de Pensiones, pues los requisitos de acceso y los elementos de cuantificación del derecho se tornan más exigentes para optar por la pensión.

De ello se sigue que el régimen de transición no busca reconocer pensiones más favorables que las consagradas en el mismo régimen anterior, ni menos favorables que las del nuevo ordenamiento.

Con todo, si para un afiliado con derecho a transición, el nuevo régimen ordinario le resulta más favorable por alguna razón, que lo puede ser, el artículo 288 del estatuto de la seguridad social le permite optar por la prestación consagrada en la nueva ley, a condición, eso sí, de que **se someta íntegramente a sus disposiciones.**

Aquí y ahora reafirmamos que, un régimen de transición, sobre todo cuando la nueva ley establece requisitos de acceso a los derechos más exigentes, **no crea nuevos derechos, al contrario, o mantiene la expectativa legítima que trae el ciudadano, no protege la mera expectativa, o, como en el caso del artículo 36 en relación con el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones en transición, va tornando poco a poco más exigente la forma de determinarla, llevando a los grupos de población a lo querido por la nueva ley.**

En nuestro criterio el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 no creó nuevos derechos ni buscó instaurar nuevas formas para acceder a ellos; al contrario, estimó que los requisitos de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y monto de la pensión de vejez serían los del régimen anterior. Y como arriba lo aduje, cada régimen precedente tiene su especificidad y autonomía, que hacen que la expectativa legítima de cada afiliado sea edificada conforme a la que venía construyendo; determinarlo de otra manera, sería no buscar la protección de una expectativa legítima, sino crear otras, que, como en el presente caso, no

son acordes con el objetivo perseguido por la Ley 100 de 1993.

Se itera, el objetivo social que se busca con el régimen de transición propiamente dicho, y claramente delimitado, no es otro que el de protección de expectativas legítimas, conforme se venían desarrollando por el afiliado. Al aplicarse indebidamente la norma lo que se genera es regresividad en el sistema pensional. El principio de universalidad de la seguridad social requiere de requisitos de acceso uniformes para el grueso de la población, con ello se satisface a plenitud el principio de igualdad, dando contenido al concepto de justicia social. La Ley 100 de 1993 se implementó buscando este objetivo, por tanto, crear nuevas formas de acceso al derecho, contraviene gravemente el cometido estatal.

Como arriba lo asentamos el inciso 1º y el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no regulan el régimen de transición; solo la edad y tiempos válidos para pensión del régimen ordinario determinado en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Utilizar estos apartes normativos para justificar sumatorias de tiempo en el régimen de transición es aplicarlos indebidamente pues su real propósito no fue regular el régimen de transición. Al contrario, pretender utilizar dichos apartes normativos de esta manera, resulta contradictorio toda vez que limita el verdadero alcance de las expectativas que protegen los incisos 2, 3, 4 y 5 del mencionado artículo 36.

Así las cosas, insistimos en que las pensiones en régimen de transición, basadas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 de ese mismo año, se construyen a partir de los aportes realizados, única y exclusivamente, al Instituto de Seguros Sociales, respetando la autonomía y especificidad de dicho estatuto pensional.

Es mi convicción que el concepto de justicia social no abarca situaciones en las cuales la medida resulta injusta para el agregado; lo aparentemente justo para el individuo cuando deviene en injusto para la sociedad, se manifiesta como un privilegio de unos pocos en detrimento de la colectividad. Considero que la posición mayoritaria actual, adoptada después de la expiración del régimen de transición, en lugar de generar progresividad en el sistema de derechos engendra regresividad.

Básicamente, la interpretación de la posición mayoritaria lleva a que a los funcionarios públicos que tenían la expectativa, única y legítima, de acceder a un monto de pensión del 75% de la base de liquidación, dada la transición de la Ley 71 de 1988, se les conduzca injusta e indebidamente a una expectativa, que jamás tuvieron, no propia del régimen de los seguros obligatorios, de acceder a una pensión con un monto del 90%, como se mostró, sumando indebidamente tiempos del sector público y del privado. Pero además, afiliados que no tenían una expectativa de acceder al derecho, v.g. afiliados que no reunieron 500 semanas de cotización al ISS, terminen beneficiándose de una prestación, sobre la cual no tenían

ninguna expectativa, sumando indebidamente tiempos públicos y privados, pues, se itera, esta posibilidad fue creada, en criterio nuestro, por la indebida aplicación del marco legal, excediendo la teleología y con ello el alcance del régimen de transición.

Estas son las razones por las cuales aclaro el voto.

Fecha ut supra,


FERNANDO CASTILLO CADENA