



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Magistrada ponente

SL061-2018

Radicación n.º 56640

Acta 02

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de enero de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso **ÓSCAR TIBERIO GÓMEZ MARÍN** contra la sentencia proferida el 21 de noviembre de 2011 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso que adelanta contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

Conforme a la solicitud que obra a folio 39 del cuaderno de la Corte, y a lo establecido en el Decreto 2013 de 2012 y el entonces vigente artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, téngase como sucesora procesal del extinto ISS a Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda ordinaria laboral contra el ISS con el propósito de que se declare que es beneficiario del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que tiene derecho a que se reliquide el monto de su pensión con base en lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, y que la tasa de reemplazo que corresponde a su ingreso base de liquidación debe ser del 84%. En consecuencia, solicitó que se condene a la entidad demandada a pagar el reajuste pensional desde el 1.º de julio de 2005, el retroactivo, los intereses moratorios, la indexación y las costas procesales.

En respaldo de sus pretensiones, señaló que nació el 14 de marzo de 1945, por lo que tenía más de cuarenta años de edad para el 1.º de abril de 1994, fecha en que comenzó la vigencia del sistema de seguridad social regulado por la Ley 100 de 1993.

Explicó que estuvo inicialmente afiliado al ISS; que se trasladó a la AFP Horizonte y que posteriormente regresó a la administradora de pensiones pública a la que la AFP privada le trasladó los aportes que tenía en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos financieros. Asimismo, que durante su vida laboral cotizó 1210 semanas, de las cuales, 29.57 correspondieron a la prestación de servicios en el sector público.

Mencionó que el ISS le reconoció la pensión de vejez a través de la Resolución n.º 03419 de 2007, a partir del 1.º de julio de 2005, con base en un ingreso base de liquidación de \$1.403.320 y que la entidad se equivocó porque calculó el monto de la pensión con base en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Indicó que cumple con los requisitos para recuperar el régimen de transición, de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3800 de 2003 y en la sentencia C-789-2002 de la Corte Constitucional, por lo que su pensión se debe liquidar conforme al artículo 12 del Decreto 758 de 1990, precepto que le arrojaría una tasa de reemplazo del 84%.

El ISS, al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la edad del actor, el reconocimiento de la pensión, la fecha de la primera mesada, el ingreso base de liquidación que tuvo en cuenta al efecto y la norma jurídica que aplicó para otorgar el derecho pensional. Frente a los demás, dijo no constarle.

En su defensa formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, buena fe, pago, improcedencia de reconocimiento de reajuste de pensión e intereses moratorios o indexación, y compensación (f.º 27 y 28, cuaderno del juzgado).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Adjunto al Noveno Laboral del Circuito de Medellín, a través de fallo proferido el 28 de mayo de 2010, absolvió al ISS de todas las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas al demandante.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación que interpuso el accionante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2011, confirmó en todas sus partes la decisión impugnada.

En lo que interesa a los fines del recurso extraordinario, el *ad quem* determinó que el problema jurídico se limitaba a analizar los efectos del traslado de regímenes con respecto a la posibilidad de recuperar el régimen de transición pensional, así como la procedencia del reajuste.

En la anterior perspectiva, abordó el análisis del inciso 4.º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las sentencias C-789-2002 y SU-062-2010 proferidas por la Corte Constitucional, el artículo 3.º del Decreto 3800 de 2003, el fallo de la Sección Segunda del Consejo de Estado de 6 de abril de 2011 que declaró la nulidad del literal b) del inciso final del anterior precepto, y el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008, para concluir que el actor perdió el régimen de

transición a raíz de su traslado a un fondo privado de pensiones, porque a la entrada en vigencia del sistema de seguridad social no tenía más de 15 años de servicios. Sobre esto, adujo:

Finalmente, con sentencia del 6 de abril de 2001 emitida por el Consejo de Estado Sección segunda, expediente No. 1097, Consejero Ponente Dr. Gerardo Arenas Monsalve, se declaró la nulidad del literal b del inciso final del artículo 3º del Decreto 3800 ya enunciado, con lo cual desaparece el requisito de la equivalencia de los rendimientos entre los aportes de ambos regímenes y por tanto el único requisito para efectos del traslado entre regímenes y con ello recobrar el beneficio del régimen de transición es haberlo adquirido por contar con más de 15 años de servicios y/o cotizaciones al momento de entrada en vigencia del sistema General de pensiones y trasladar al régimen de prima media todos los aportes acumulados en el RAIS.

Conforme al recorrido jurisprudencial indicado y acorde con las particularidades del caso, concluye esta Sala que para el caso del señor Oscar (sic) Tiberio Gómez Marín el traslado entre regímenes pensionales tuvo como consecuencia la pérdida del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mismo que no recuperó con el traslado entre regímenes, devolución del capital acumulado en los fondos privados de pensiones y cotizaciones directas al Instituto de los Seguros Sociales, toda vez que al momento de entrada en vigencia del sistema no acumulaba más de 15 años de cotizaciones y/o servicios, específicamente contaba con 12.675 años entre cotizaciones y tiempos de servicios.

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 impugnada para que, en sede de instancia,

revoque el fallo de primer grado y se acceda a las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito, formula dos cargos por la causal primera de casación, los cuales fueron objeto de réplica, que la Corte estudiará conjuntamente porque persiguen la misma finalidad, atacan normas similares y contienen argumentos complementarios.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial directamente por interpretación errónea de los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, 12 del acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990), 2.º de la Ley 797 de 2003, 1.º del Decreto 3800 de 2003 y 1.º a 14 del Decreto 3995 de 2008, en relación con los artículos 50, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993 y 8.º de la Ley 4ª de 1976, y por aplicación indebida de los artículos 9.º de la Ley 797 de 2003 y 48 y 53 de la Constitución Política.

El recurrente menciona inicialmente que es errado el entendimiento que dio el Tribunal al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque a partir de las sentencias C-789-2002 y C-1056-2003 proferidas por la Corte Constitucional, existen casos en que la persona conserva la transición aun en el evento que no haya tenido 15 años de servicios al 1.º de abril de 1994.

Señala que el Decreto 3995 de 2008 reguló lo atinente a los conflictos de múltiple vinculación, que ocurre cuando una persona, como lo admite el *ad quem* y no lo cuestiona el ataque, se hallaba inscrita al mismo tiempo en el régimen de prima media como en el de ahorro individual, por lo que tal situación también permite recuperar el régimen de transición; argumento que fundamenta en la exposición de motivos del mencionado decreto, que parcialmente transcribe.

Indica, además, que el literal e) del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003 estableció un plazo de gracia para que los afiliados que habían cambiado de régimen y se encontraban en el RAIS, regresaran al de prima media y recuperaran la transición con todas sus garantías, es decir, conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993; precepto que contempló alternativamente una de dos condiciones para acceder al beneficio: (i) el tiempo de servicios de 15 años, o (ii) la edad, 35 mujeres o 40 hombres.

Agrega que en la resolución que concedió la pensión, que obra a folios 9 y 10, se señaló que existía una múltiple vinculación y que como el Decreto 3995 de 2008 buscaba privilegiar la voluntad de los cotizantes, el conflicto se definió a favor del ISS, por lo que al entenderse que la afiliación fue válida con el régimen de prima media, se debe recuperar la transición y considerar como si el demandante nunca se hubiere trasladado al régimen de ahorro individual.

Igualmente, manifiesta que el artículo 3.º del Decreto 3800 de 2003 fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, y que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido que no se puede exigir que el capital devuelto sea equivalente (CSJ SL 36301, 1.º dic. 2009).

Por último, asevera que el Decreto 1161 de 1994 posibilitó la retractación a fin de recuperar el régimen de transición, y si bien dicha disposición estableció que debía probarse un perjuicio, este sería el no poderse pensionar con condiciones más favorables.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial por infracción directa de los artículos 1.º a 14 del Decreto 3995 de 2008, 36, 50, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993, 2.º, literal e) de la Ley 797 de 2003; 1.º del Decreto 3800 de 2003, 12, 13 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, 8.º de la Ley 4 de 1976 y 48, 53 y 58 de la Constitución Política.

En su argumentación, el censor refiere explicaciones similares a las expresadas anteriormente, salvo en lo atinente al Decreto 1161 de 1994 y al artículo 3.º del Decreto 3800 de 2003, las cuales excluye en este cargo.

VIII. RÉPLICA CONJUNTA A LOS CARGOS PRIMERO Y SEGUNDO

La opositora manifiesta que el Tribunal acertó en las normas jurídicas aplicables y en el análisis del material probatorio allegado al proceso, toda vez que ese ha sido el criterio jurisprudencial de la Corporación (CSJ SL 33442, 3 oct. 2008), sentencia que copió en parte.

En cuanto a la multifiliación aludida por el censor, indica que en ninguno de los hechos y pretensiones de la demanda se mencionó ese asunto ni se precisaron los períodos en que se dio tal situación, por lo que el argumento implica un hecho nuevo que no pudo controvertir, que de ser considerado por la Corte, llevaría a la trasgresión del derecho de defensa.

IX. CONSIDERACIONES

De manera pacífica, uniforme y reiteradamente esta Sala (CSJ SL 37174, 10 ago. 2010; CSJ SL16887-2014; CSJ SL10038-2015; CSJ SL15958-2016; CSJ SL15504-2017) ha sostenido que solo recuperan el beneficio de la transición pensional los afiliados que se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, retornaron al del prima media con prestación definida y tengan 15 años o más de servicios o cotizaciones al 1.º de abril de 1994, fecha de inicio de la vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993. Precisamente, en la sentencia CSJ SL-15958-2016 se dijo lo siguiente:

Desde el punto de vista de puro derecho, el análisis normativo que hizo el juez ad quem del régimen de transición, en virtud del cual consideró que las personas

que se hubieren trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad y luego regresado al de prima media con prestación definida, perdieron los beneficios del régimen de transición, a menos que a 1º de abril de 1994 hubieran laborado o cotizado por 15 o más años, es acertado.

En efecto, el inciso 5º del art. 36 de la Ley 100 de 1993 señala que el régimen de transición no cobija a quienes «habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida». Ahora, dicha disposición fue declarada exequible condicionadamente por la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002, en el entendido que pueden recuperar los beneficios del régimen de transición, exclusivamente, quienes hubieran cumplido 15 años o más de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones. (...)

En realidad, su decisión desestimatoria radicó en que si bien la demandante, en un inicio perteneció al régimen de transición por su edad, tiempo después lo perdió al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad. Dicho en otras palabras: el Tribunal nunca expresó que, según la norma, únicamente eran titulares del régimen de transición los que tuvieran 15 años o más de servicios cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, sino que, ese estado se pierde al configurarse un traslado al régimen de ahorro individual y, la persona al regresar a su régimen primitivo, no cuenta con 15 años o más de labores.

Por último, si de precedentes judiciales de Altas Cortes se trata, no está por demás precisar que si bien la Corte Constitucional, en un principio, emitió algunas decisiones de tutela en las que admitió la posibilidad de recuperar el régimen de transición por cumplimiento del requisito de la edad, en la actualidad esa Corporación unificó su criterio en el sentido que «únicamente los afiliados con quince (15) años o más de servicios cotizados a 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia el SGP, pueden trasladarse “en cualquier tiempo” del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, conservando los beneficios del régimen de transición» (SU-130 de 2013), el cual se encuentra a tono con el de esta Sala expuesto en las sentencias CSJ SL, 31 ene. 2007, rad. 27465, CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 37174, CSJ SL, 23 oct. 2012 y CSJ SL563-2013, de modo que, hoy por hoy, el tema es pacífico.

Por otra parte, no le asiste razón a la censura al afirmar que por el simple retorno al régimen de prima media conforme al literal e) del artículo 2.º de la Ley 797 de 2003, se es titular del régimen de transición por una de las dos condiciones establecidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque si bien la Sala ha indicado que en la primera disposición mencionada se estableció un período de gracia para recuperar el régimen de transición, la misma no dejó sin efectos el requisito de acreditar 15 años de servicios o cotizaciones al inicio de la vigencia del sistema general de pensiones (CSJ SL 37174, 10 ago. 2010; CSL SL-15958-2016).

En cuanto a los argumentos relacionados con un posible conflicto de multifiliación, no son pertinentes. Ello porque, como lo afirma acertadamente la accionada, ese asunto no se debatió en las instancias del proceso y solo se plantea con ocasión del recurso extraordinario, lo que constituye un medio nuevo que no es admisible en casación. En este sentido, la jurisprudencia de la Sala ha reiterado que tal circunstancia altera la *litis* y quebranta el derecho de defensa que le asiste a la parte contraria, al no tener en las instancias la oportunidad de controvertir y oponerse frente a lo que únicamente viene a plantearse ante la Corte (CSJ SL2949-2015). Nótese que el juzgador de segunda instancia solo consideró el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 para efectos de referirse al traslado de aportes cuando se da un cambio de régimen en el sistema general de pensiones.

Así las cosas, el Tribunal no incurrió en los desaciertos que se le endilgan, por lo que la pensión del actor se rige por las estipulaciones de la Ley 100 de 1993, modificada parcialmente por la Ley 797 de 2003.

En consecuencia, los cargos no prosperan.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de tres millones setecientos cincuenta mil pesos (\$3´750.000) m/cte., que se incluirán en la liquidación que se practique conforme lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

X. 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 proferida el 21 de noviembre de 2011 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario laboral que **ÓSCAR TIBERIO GÓMEZ MARÍN** adelanta contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

Costas como se dijo en la parte motiva.

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

FERNANDO CASTILLO CADENA

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN