



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

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

Magistrado Ponente

SL10138-2015

Radicación n°.58331

Acta 024

Bogotá, D.C., veintidós (22) de julio de dos mil quince (2015)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **NÉSTOR RÁUL COLORADO RODRÍGUEZ**, contra la sentencia proferida por Tribunal Superior de Medellín - Sala de Descongestión -, el 29 de febrero de 2012, en el proceso que promovió contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, Raúl Colorado Rodríguez demandó al Instituto de Seguros Sociales, para que fuera condenado a reliquidarle la pensión de vejez con el 75% del promedio salarial devengado en el último año de servicios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, así como a pagarle el retroactivo pensional a partir de la fecha en que operó la desafiliación del sistema -1° de octubre de 2007- hasta el 30 de octubre de 2010, cuando ingresó a nómina de pensionados, más los interés moratorios y la indexación de las sumas adeudadas.

Fundamentó sus pretensiones en que cumplió 55 años de edad el 3 de noviembre de 2007 y 20 años de servicio en el sector público; que es beneficiario del régimen de transición; que fue retirado del sistema de pensiones el 30 de noviembre de 2007; que mediante Resolución No.008867 de marzo 31 de 2008 el ISS le reconoció la pensión de vejez, precisando que a pesar de haber adquirido el derecho y por ende desafiliado del sistema, *«el ISS no ingresó la prestación a nómina de pensionados , ni pagó el retroactivo, sino que dejó en reserva la prestación; debiéndose reconocer la pensión con su correspondiente inclusión en nómina a partir del 01 de octubre de 2007.»*; que a pesar de que se le reconoció la pensión al amparo de la Ley 33 de 1985, *«efectuó la liquidación de la prestación conforme a lo indicado por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993»*, sobre un ingreso base de liquidación de \$1.181.695, al que aplicó el 75%, estableciendo como primera mesada pensional la suma de \$886.271, para

2008; que contra la referida decisión administrativa interpuso los recursos de ley, que fueron decididos negativamente; que fue desvinculado de las Empresas Públicas de Medellín a partir del 30 de octubre de 2010; que el ISS mediante Resolución No. 019634 del 21 de octubre de 2010, dispuso el ingreso en nómina de pensionados a partir del 1° de noviembre de 2010, con una mesada pensional de \$973.333 actualizada; que la EPM como empleadora, le expidió certificación de lo devengado en el último año de servicio, y que a través de derecho de petición elevado el 15 de octubre de 2010, solicitó el retroactivo pensional y pago de intereses sin obtener respuesta.

El Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó el cumplimiento de la edad de 55 años y 20 años de servicio público; la calidad de beneficiario del régimen de transición, el acto de reconocimiento de la prestación que dejó en reserva hasta tanto el asegurado acreditara el retiro del servicio público, la aplicación del inciso 3° de la Ley 100 de 1993 en cuanto al IBL, la interposición de los recursos, las resoluciones mediante las cuales los resolvió negativamente, la fecha de desvinculación del servicio, el consecuente ingreso en la nómina de pensionados, la certificación de lo devengado por el actor y la reclamación del retroactivo y los intereses moratorios. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocer y pagar el retroactivo pensional, de cancelar el mayor valor de la pensión de vejez y de pagar intereses moratorios,

compensación, prescripción, e imposibilidad de condena en costas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue proferida el 29 de julio de 2011, y con ella el juzgado declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación; absolvió al ISS de todas las pretensiones y dejó a cargo del actor las costas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación del demandante, el proceso subió al Tribunal Superior de Medellín, Sala de Descongestión, Corporación que mediante la sentencia recurrida en casación, confirmó la del a quo, dejando las costas de la alzada a cargo del apelante.

El Tribunal transcribió el artículo 2º del Decreto 691 de 1994, señalando que a partir de la entrada en vigencia del sistema para los servidores públicos, estos quedaron sujetos *«en todo por las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y demás disposiciones que las modifiquen, adicionen o reglamenten, luego entonces, y aquí tenemos que volver sobre la reiterada jurisprudencia vertida por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, no es dable aplicar a los beneficiarios del régimen de transición, la totalidad de la normativa que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente un parte de ella»* por eso pretender como lo procura el demandante señor Néstor

Raúl Colorado que su pensión de vejez reconocida a través de la Resolución No. 008867 de marzo 31 de 2008, se liquide con el 75% del promedio de sueldo y demás factores salariales que conforman la asignación salarial mensual más elevada que hubiere devengado durante el último año, NO ES POSIBLE, y no lo es porque esa petición se construye sobre una normatividad que si bien se aplica en virtud del régimen de transición a servidores públicos, de ella no es posible extraer el ingreso base de liquidación (IBL), pues este último se rige, como lo enseña el inciso segundo del artículo 36 de la Ley 36 de 1993, « por las disposiciones contenidas en la presente ley», es decir, concluye esta Sala por el artículo 21 ibídem, o mejor aún, como de manera pacífica lo expuso nuestra máxima Corporación Judicial en sentencia 43336 del 15 de febrero de 2011.».

Respecto del retroactivo pensional, consideró que en aplicación del artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, el pago de la pensión de “jubilación” reconocida se hacía efectivo a partir de la fecha del retiro definitivo del servicio oficial, por lo que la pretensión en ese aspecto era infundada, para finalmente manifestar que dada la no prosperidad de las peticiones anteriores, se consideraba relevado de estudiar lo relativo a los intereses moratorios.

IV. EL RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que se case la sentencia recurrida, para que en sede de instancia revoque la del juzgado y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda inicial.

Subsidiariamente, solicita casar parcialmente la sentencia en *«cuanto confirmó la absolución del a quo por el retroactivo, los intereses moratorios y la indexación y como juez de apelaciones, la revoque accediendo a esos conceptos en los términos de la demanda.»*

Con tal propósito, formula tres cargos, oportunamente replicados, los cuales se resolverán conjuntamente los dos primeros, y por separado el tercero.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la aplicación indebida del artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, modificado por el 1º del Decreto 625 de 1988, en relación con los artículos 8 y 9 de la Ley 71 de 1988, reglamentados por los artículos 9 y 10 del Decreto 1160 de 1988, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990; 4,13, 15, 17, 31, 36, 150, 157, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993; 1, 18 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo; 32 del Código Civil; 1º de la Ley 33 de 1985; 18, 20 y 23 de

la Ley 6 de 1945; 17 de la Ley 90 de 1946; 19 de la Ley 4ª de 1992, y 48, 53 y 128 de la Constitución Política.

En la demostración del cargo empieza por precisar que como era el ISS quién había reconocido la pensión al actor, y no directamente las Empresas Públicas de Medellín como empleadora, era evidente que la desvinculación del servicio no era necesaria para el disfrute de la prestación.

Seguidamente se refirió a los artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, 1º de la Ley 33 de 1985, 1º del Decreto 625 de 1988 y 8 de la Ley 71 de 1988, que son claros en la exigencia del retiro del servicio público para el disfrute de la pensión, pero con aplicación en el momento histórico en que se expidieron cuando el Estado asumía directamente el pago de las pensiones.

Señaló que con la creación de las Cajas de Previsión Social y el Instituto de Seguros Sociales, se radicó en ellas la cobertura de las pensiones con ocasión de los aportes o cotizaciones que la financiaban, subrogándose con ello a los empleadores tanto del sector privado como público, de ahí que hubiera surgido la necesidad de la expedición de la Ley 71 de 1988, cuya finalidad era la de que se acumularan tiempos “CON APORTES”, por lo que al haberse apoyado el Tribunal en dicha disposición para *«concluir en la exigencia del retiro del servicio para el disfrute de la pensión del demandante»*, había sido desacertado, por cuanto dicha preceptiva se *«EXPIDÓ EN UN MOMENTO HISTÓRICO DETERMINADO donde la idea principal era la pensión a*

cargo de los empleadores y no de las CAJA DE PREVISIÓN», pues, sólo bajo esos precisos parámetros resultaba entendible y lógico la exigencia del retiro del servicio para el disfrute de la pensión, ya que era evidente la incompatibilidad de la prestación del servicio con el disfrute de la pensión por constituirse una doble asignación proveniente del erario público.

Alude a la expedición de la Ley 100 de 1993, y concretamente su artículo 36, que conservó para sus beneficiarios los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas y monto de la pensión del régimen anterior, que también de forma categórica estableció que *«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»,* dejando intactas las demás condiciones y requisitos a que hace referencia dicha ley, condiciones entre las que se encuentra *«las que hacen relación con el disfrute, goce o efectividad del derecho a la pensión»,* lo que supone entender que *“Las demás condiciones y requisitos serán las de la Ley 100 de 1993. **Entre esas condiciones se encuentra las que hacen relación con el disfrute, goce, o efectividad del derecho a la pensión,** debiéndose buscar en la normatividad de la ley 100 de 1993 la solución y no en normas anteriores por cuanto, tal como se señaló, no son aplicables al no haberlo señalado expresamente el artículo 36.»* (Sic).

Precisó luego que si bien el régimen general de pensiones no tenía una norma que de manera directa definiera cuál es el momento en que se debe conceder el disfrute de la pensión, sin embargo, en aplicación del artículo 31 ibídem, debía recurrirse a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, que exigían la desafiliación del sistema para el disfrute de la pensión “*MÁS NO EL RETIRO DEL SERVICIO*”, máxime cuando los recursos que maneja el ISS y con los cuales sufragaba el pago de las pensiones no hacían parte del erario público, tal como lo había sentado la jurisprudencia de esta Sala de Casación en sentencia del 23 de abril de 2007, radicación 27435.

Descartó la aplicación del artículo 19 de la Ley 344 de 1996, porque además de que el Tribunal no la había mencionado, fue analizado por la Corte Constitucional en la sentencia C- 584 de 1997, con anterioridad *«al artículo 4 de la Ley 797 de 2003 que modificó el 17 de la Ley 100 de 1993, al establecer la extinción de la obligación de cotizar y, además, por cuanto esa norma se expidió con la finalidad de racionalizar el gasto público y una de esas medidas es la de impedir que una persona reciba a la vez pensión y salario CUANDO DICHOS CONCEPTOS LABORALES SON RECONOCIDOS POR EL EMPLEADOR y no para los casos donde el FONDO DE PENSIONES ha reconocido el beneficio por vejez CON BASE EN APORTES O COTIZACIONES y el servidor se mantiene vinculado.»*

Agrega que con la opción que trajo consigo el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, sobre la extinción de la obligación

de cotizar, el panorama frente al disfrute de la pensión cuando una persona continuaba laborando sin hacer aportes se modificó de manera ostensible, pues significaba que no tendría la posibilidad de realizar más aportes ni de que se le tengan en cuenta tiempos posteriores al cumplimiento de los requisitos, con los que muy seguramente obtendría mejores salarios, para efectos de calcular el ingreso base de liquidación, «injustica que se vislumbra en la tesis de la sentencia que se ataca: la parte demandante no tiene derecho al retroactivo porque no se ha retirado del servicio, pero tampoco puede mejorar su pensión por cuanto fue desafiliado del sistema pensional», lo que muestra la aplicación indebida por el Tribunal de las normas que regían el retiro del servidor público para disfrutar de la pensión, en tanto en el caso del demandante no estaba regulado por ellas por tratarse de una pensión obtenida mediante aportes, reconocida por un fondo y no por el empleador.

VII. SEGUNDO CARGO

Acusa la **interpretación errónea** del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con el artículo 76 del Decreto 1848 de 1969, modificado por el 1º del Decreto 625 de 1988; artículos 8 y 9 de la Ley 71 de 1988 reglamentados por el 9 y 10 del Decreto 1160 de 1988; 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990; 4, 13, 15, 17, 31, 150,157,288 y 289 de la Ley 100 de 1993; 1,18 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo; 32 del Código Civil; 1º de la Ley 33 de 1985; 18, 20 y 23 de

la Ley 6 de 1945; 17 de la Ley 90 de 1946; 19 de la Ley 4 de 1992 y 48, 53 y 128 de la Constitución Política.

Para la sustentación del cargo se vale de idénticos argumentos expuesto en el primero, por lo que se hace innecesario su reproducción.

VIII. RÉPLICA

Asevera que el cesar la obligación de cotizar por cumplirse los requisitos para causarse el derecho, y el consecuencial retiro o desafiliación del sistema, como sucedió en el caso bajo examen, no significaba que desde esa fecha surgiera la obligación del ISS de ordenar el pago y por consiguiente el disfrute de la pensión, sino que para ello se requería el retiro del servicio si el beneficiario continuaba laborando en el servicio público, exigencia con la que en manera alguna se infligía ningún principio constitucional o legal de la seguridad social en pensiones

Además, que si bien era cierto que la pensión no había sido reconocida por el empleador, sino por el ISS como administrador del sistema del régimen solidario de prima media, también lo era que para el reconocimiento de la prestación se tuvo en cuenta el tiempo de servicio que el actor cumplió como servidor público así como las cotizaciones que realizó a esa entidad en tal condición.

IX. CONSIDERACIONES

Dada la senda escogida en los dos cargos, son hechos incontrovertidos la condición de servidor público del actor; que cumplió los 55 años de edad el 3 de noviembre de 2007; que fue desafiliado del sistema de pensiones por haber satisfecho los requisitos para acceder a la pensión de vejez en noviembre de 2007; que el ISS a través de la Resolución No. 008867 de 31 de marzo de 2008, le reconoció pensión en aplicación de la Ley 33 de 1985, efectuando «*la liquidación de la prestación conforme a lo indicado por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993*», tomando un ingreso base de liquidación de \$1.181.695, que al aplicarle el 75% obtuvo como mesada pensional inicial la suma de \$886.271 para el año 2008; que fue desvinculado del servicio a partir del 30 de octubre de 2010, y que fue incluido en nómina de pensionados a partir del 1° de noviembre 2010.

En ese orden, debe advertirse desde ya que la cuestión a decidir, es decir si el actor, como trabajador oficial que fue, le asiste derecho a disfrutar de su pensión de vejez desde el mismo momento en que fue desafiliado del ISS por su empleador público, hecho ocurrido en noviembre de 2007, no obstante haber seguido laborando para el mismo empleador hasta el 30 de octubre de 2010, cuando se retiró del servicio activo, ya ha sido resuelta por la Corte en asuntos similares, dándole la razón al Tribunal, como se observa en la sentencia CSJ SL4413-2014, del 02 de abr. de 2014, rad. 44825, dictada en proceso en que igualmente fue demandado el ISS y era empleadora del demandante en esa causa las mismas Empresas Públicas de Medellín, en la que

así reflexionó esta Corporación:

“A partir de la senda de ataque que seleccionó la censura en sus 3 cargos, pueden considerarse a salvo de la impugnación: (i) A la demandante le fue reconocida pensión de vejez por el Instituto, mediante Resolución 021400 de 19 de septiembre de 2006, desde el 28 de abril de 2007; (ii) El pago de dicha pensión quedó en suspenso, hasta tanto la afiliada acreditara su retiro del servicio, y comenzó a devengar mesadas desde el 28 de abril de 2007 y (iii) a partir del mes de febrero de 2003, la actora fue desafiliada del sistema de seguridad social en pensiones.

No obstante que el Tribunal se equivocó al edificar el fallo sobre jurisprudencia ya superada por esta Sala, por ejemplo en sentencias CSJ SL, 20 de octubre de 2009, rad. 35605, y CSJ SL, 7 feb. 2012, rad. 39206, aunque fundado el cargo no deviene próspero, puesto que la Sala encontraría que conforme con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996, no es viable percibir simultáneamente ingresos a título de salario y pensión, sino que la persona que se encuentre ante esa disyuntiva debe optar por uno de los derechos, en la medida en que debe prevalecer la racionalización del gasto público.

En efecto, luego de una retrospectiva histórica por la legislación relativa al problema jurídico que se debate, expuso la Sala, en sentencia CSJ SL, 23 marzo 2011, rad. 37959:

*«Sin embargo, la jurisprudencia definió el asunto al dejar evidenciado que ya el Estado no aportaba dineros para conformar el fondo de pensiones administrado por el Instituto, por lo que las compatibilidades se abrieron paso. Así, en fallo pronunciado el 12 de septiembre de 2006, rad. 28257, reiterado en el de 23 de abril de 2007, rad. 27435, se dijo:
(...).*

Lo cual se consolida al disponer la Ley 797 de 2003, en su artículo 2°, que modificó al artículo 13 de la Ley 100 de 1993

que:

"m) Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran".

Así pues, cuando la Ley 71 de 1988 (anterior a la Carta de 1991) en cuyo artículo 2° se dice que la pensión (de jubilación por aportes) solo puede ser disfrutada desde la fecha en que el beneficiario se haya retirado definitivamente del servicio, siempre y cuando éste fuere necesario (frase alusiva a los casos exceptuados) y el artículo 2° del Decreto 2709 de diciembre 13 de 1994, al disponer, respecto de la efectividad y pago de dicha pensión que "...para los servidores públicos se hará efectiva una vez se retiren del servicio"..., y para los demás trabajadores se requeriría "la desafiliación de los seguros de invalidez, vejez o muerte y accidente de trabajo y enfermedad profesional, salvo las excepciones previstas en la ley", ha de entenderse que desarrollaban tanto la prohibición constitucional del artículo 64 de la Carta de 1886, la una, como la del 128 de la Carta de 1991, el otro, en cuanto a servidores públicos se refiere. Pero, como ha quedado determinado que los dineros con los que el ISS sufraga las pensiones que dispensa no provienen, en realidad, del Tesoro Público, la prohibición constitucional actual, como la de las normas de menor jerarquía que la implementan, carece de aplicabilidad en lo que a la exigencia de retiro del servicio concierne, para efectos de poder hacer efectivo el disfrute de la pensión de jubilación por aportes o del resto de pensiones, cuando sean otorgadas por el ISS. Como, obviamente, tampoco será aplicable, valga la oportunidad para asentarlo, en tratándose de pensiones otorgadas por las administradoras de fondos de pensiones privados, en donde los dineros de las cuentas tampoco son de naturaleza pública.

Por otra parte, es de recordar el tenor del artículo 150 de la Ley 100 de 1993:

"Reliquidación del monto de la pensión para funcionarios y empleados públicos. Los funcionarios y empleados públicos que hubiesen sido notificados de la resolución de jubilación y que no se hayan retirado del cargo tendrán derecho a que se les reliquide el ingreso base para calcular la pensión, incluyendo los sueldos devengados con posterioridad a la fecha de notificación de la resolución.

"Parágrafo. No podrá obligarse a ningún funcionario

o empleado público a retirarse del cargo por el sólo hecho de haberse expedido a su favor la resolución de jubilación, si no ha llegado a la edad de retiro forzoso."

Contenido que acredita que el retiro del cargo no se presenta ya como una obligación para el disfrute de la pensión reconocida.

Por tanto, así como la jurisprudencia ha determinado la compatibilidad de la percepción simultánea de una pensión sufragada con dineros estatales con una otorgada por el ISS, así también podría considerarse que resultaría compatible la de un salario de empleado público (caso de la actora) con la pensión de vejez del ISS a la que tenga derecho por haber cumplido los requisitos de tiempo y edad, sin requerirse el retiro del servicio, para su disfrute, por esta sola circunstancia, ya que no se estaría en presencia de la percepción de dos asignaciones provenientes del Tesoro Público, ni del ejercicio simultáneo de más de un empleo estatal, pues quien tiene la calidad de pensionado del ISS (administrador de fondo de pensiones) no ostenta carácter de servidor público, aunque los aportes pensionales hubiesen provenido de dineros oficiales.

De allí que, ciertamente, quepa razón a la censura en sus razonamientos respecto de la aplicabilidad al caso de las dos normas en que el ad quem cimentó su decisión.

Mas, como se advirtió, y como es sabido, la acreditación de la fundamentación de un cargo en el recurso extraordinario no implica, de por sí, que el sentido de la decisión que tuviese que asumir el tribunal de casación sea contrario al del ad quem.

Que es lo que acontece en el presente caso, pues si bien, la pensión de vejez que el ISS dispensó a la actora no tiene carácter de asignación proveniente del Tesoro Público, su carácter de servidora pública en la Universidad de Antioquia la situaban dentro de la égida de la Ley 344 de 1996, diseñada para la racionalización del gasto público, expedida el 27 de diciembre de 1996, publicada en el Diario Oficial No. 42.951.

Dicha ley, en su artículo 19, dispuso:

“ Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiriera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios

podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones.”

Esa preceptiva fue concebida, como un instrumento que, precisamente, evite la posibilidad de la simultánea percepción de asignación salarial y de asignación pensional por parte de los servidores públicos con derecho a pensión, ya que entroniza es una personal opción respecto de cualquiera de los dos derechos, para actuar como amortiguador económico.

De esa manera, si se opta por el continuar con la vinculación laboral, el fondo de pensiones respectivo no resultará afectado con el egreso de la mesada y contará con ese dinero para todos los efectos legales, en especial con lo relativo a las funciones solidarias; y, si se selecciona la opción pensional, se liberará un destino público que permitirá el acceso al mismo de otra persona, sin que el Estado tenga que crear un nuevo cargo para proveerla de empleo, todo lo cual se adecua al objetivo racionalizador de la ley.

Valga señalar que a los docentes universitarios se les otorgó la prerrogativa de poder continuar en sus labores por diez años más, para efectos de aprovechar sus conocimientos y, de paso, despresurizar al fondo pensional de esa acreencia laboral por el mismo lapso.

Es de advertir que la preceptiva en mención fue sometida a control constitucional y, mediante la sentencia C – 584 de 1997 se avaló su exequibilidad, sin condicionamiento alguno.

Por manera que, como para hacer efectivo el goce de la pensión que le fue reconocida por el ISS, debía producirse el retiro de su cargo, el Instituto actuó conforme a derecho al supeditar el pago a la desvinculación laboral».”

Las anteriores orientaciones las reitera hoy la Corte, por no encontrar en los planteamientos de la censura argumentos que las desvirtúen, lo que conlleve inexorablemente a la no prosperidad de las acusaciones.

X. TERCER CARGO

Acusa la interpretación errónea del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, *«lo que lo llevó a aplicar indebidamente el inciso 3° del mismo artículo 36, 21 y 33 de la ley 100 de 1993, en relación con el decreto 1858 de 1994, dejando de aplicar el artículo 1° de la Ley 33 de 1985, en relación con el Decreto 2661 de 1960, los artículos 48,53 y 58 de la Constitución y los artículos 19 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo.»*.

Asevera que el Tribunal se equivocó al afirmar que *«el IBL se conforma como lo dispone el artículo 21 de la ley 100 de 1993 y el monto es el del régimen anterior»*, pues a pesar de ser ese el criterio en la jurisprudencia de esta Corporación, consideraba que debía hacerse un nuevo estudio sobre la interpretación de dicha disposición, bajo la óptica del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 constitucional y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que entre los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 existía una gran contradicción, pues mientras en el primero establecía el respecto en cuanto al “*MONTO*”, en el segundo se determinaba *«un monto diferente para las personas beneficiarias del régimen de transición pensional.»*

Refiere que tanta era la duda razonable en la interpretación y aplicación de tales disposiciones, que el

órgano de cierre de la jurisdicción contenciosa administrativa y constitucional, tenían criterios diferentes a la jurisprudencia de esta Corporación, por lo que de haber interpretado correctamente el Tribunal el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, habría inferido en el caso bajo examen, que el régimen anterior que debió aplicarse en su totalidad era el de la Ley 33 de 1985, determinando el ingreso de liquidación con base en el promedio de lo devengado en el último año de servicios del actor.

XI. LA RÉPLICA

Afirma que contrario de lo aseverado por la censura, el Tribunal en ningún error incurrió al interpretar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto lo que preceptuaba tal disposición era que el derecho pensional se consolidaba bajo el régimen anterior, que para el caso bajo examen era la Ley 33 de 1985, pero restringido a los requisitos de edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, *«no así respecto del salario base de liquidación de la prestación»*, tal como lo había inferido acertadamente el Tribunal.

XII. CONSIDERACIONES

No hay ninguna contradicción entre los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como pretende hacerlo ver la censura. El primero, deja a salvo, para los beneficiarios del régimen de transición que consagra dicho

precepto, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez del régimen anterior al cual se encuentren afiliados. El inciso 3°, a su turno, se refiere al ingreso base para liquidar las pensiones de los beneficiarios de dicho régimen, de manera que en el caso de los servidores públicos que aspiran a la pensión de la Ley 33 de 1985, no puede acudirse al promedio de los salarios que sirvieron de base para los aportes en el último año de servicios, sino, como de manera clara y tajante lo dispone el inciso 3° en comento, al promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para ello, o el cotizado en todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del IPC. En ese orden, es admisible decir que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, si bien respetó el monto pensional de la legislación anterior, sin embargo varió el ingreso base de liquidación de las pensiones de los beneficiarios del régimen de transición, pues mientras que en el caso de las pensiones de quienes adquirieron el derecho a la pensión de la Ley 33 de 1985, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ese salario para liquidar la prestación y del cual se extraía el 75%, era el promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, en el evento de los favorecidos con el régimen de transición, ese salario base de liquidación es, como ya se dijo, el promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciere falta para adquirir el derecho, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior.

El anterior ha sido el entendimiento reiterado y pacífico que ha dado la Corte a los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que en este aspecto mal puede atribuírsele al Tribunal que hubiera dado una hermenéutica equivocada a la aludida disposición.

Teniendo en cuenta que en el caso bajo examen y sin discusión alguna, quedó acreditado que el actor cumplió los 55 años de edad el 3 de noviembre de 2007, resulta indiscutible su condición de beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, lo cual conlleva inexorablemente a que su salario base de liquidación de la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, ya no sea el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes en el último año de servicios, sino el 75 del promedio de lo devengado en el tiempo que le hiciera falta para ello, o el 75% de lo cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior.

Ahora, como en el asunto bajo examen al demandante adquirió el derecho a la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, en el mes de noviembre de 2007, es decir que le faltaban más de diez años para adquirir el derecho desde que entró en vigencia el nuevo sistema pensional, su ingreso base de liquidación ya no es el regulado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sino por el artículo 21 de dicha ley, como puede verse, entre otras, en la sentencia de casación del 17 de octubre de 2008, radicación 33.343,

cuyas orientaciones han sido reiteradas, entre otras, en las sentencias del 15 de febrero de 2011, radicación 44238 y 17 de abril de 2012, radicación 53037, y que fueron del siguiente contenido:

“En lo referente al primer tema, esto es si procede liquidar la pensión de jubilación del actor, en su condición de servidor del sector público, beneficiario del régimen de transición, con base en el salario del último año de servicio, la Sala tiene definido que la finalidad de los regímenes de transición previstos por el legislador, con ocasión de los cambios normativos que han regulado el sistema pensional en el país, han tenido el propósito de beneficiar a quienes tenían la expectativa cercana de consolidar el derecho, propósito que se reflejó en el régimen de transición pensional previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que no conservó en su integridad las normas que regulaban la causación del derecho pensional en los diferentes regímenes existentes, que asumió, a su entrada en vigencia, para quienes tenían una expectativa relativamente cercana de adquirir la pensión.

“Este régimen solamente mantuvo, de las normas anteriores al Sistema General de Pensiones, tres aspectos concretos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión; de tal modo que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por las disposiciones legales precedentes, sino que pasó a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho, por el inciso 3 del artículo 36 citado.

En relación con este tema, la Sala tuvo oportunidad de reiterar el criterio jurisprudencial referido en la sentencia proferida el 17 de

octubre de 2008, radicada con el número 33343, en la que se anotó lo siguiente:

“Es sabido que con los regímenes de transición especialmente creados para cuando se modifiquen los requisitos para acceder a los derechos pensionales, se ha buscado por el legislador no afectar de manera grave las expectativas legítimas de quienes, al momento de producirse el cambio normativo, se hallaban más o menos próximos a consolidar el derecho.

“Desde luego, esos regímenes pueden tener diferentes modalidades respecto de la utilización de la nueva preceptiva y la vigencia de las normas derogadas o modificadas, de ahí que no impliquen necesariamente la aplicación, en su integridad, de estas normas, que, por lo general, consagran beneficios más favorables al trabajador o al afiliado a la seguridad social. Ya la Corte Constitucional ha explicado, al referirse al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que goza el legislador de un amplio poder de configuración al momento de definir la protección que le otorgue a las expectativas de los ciudadanos, como las referidas a los derechos prestacionales.

“Precisamente con el régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no quiso el legislador mantener para los beneficiarios la aplicación en su totalidad de la normatividad que gobernaba sus derechos pensionales, sino solamente una parte de ella. Esta Sala de la Corte ha consolidado, por reiterado y pacífico, el criterio de que dicho régimen comporta para sus beneficiarios la aplicación de las normas legales anteriores a la vigencia del Sistema General de Pensiones, en tres puntuales aspectos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión. Y que el tema de la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por tales

disposiciones legales, sino que pasa a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho por el inciso 3° del artículo 36 citado.

“(...)”.

“De tal suerte que esa mixtura normativa, que no constituye un exabrupto jurídico, pues es característica de los regímenes expedidos para regular transiciones normativas, surge del propio texto de la ley y no es resultado de una caprichosa interpretación de las normas que instituyeron el sistema de seguridad social integral en pensiones.

“Y es claro, además, que al ingreso base de liquidación de la pensión se le quiso continuar otorgando una naturaleza jurídica propia, no vinculada al monto, porcentaje o tasa de reemplazo de la prestación, que es otro elemento de ésta, pero diferente e independiente; pues al paso que el ingreso base corresponde a los salarios devengados por el trabajador o a la base sobre la cual ha efectuado sus aportes al sistema, según el caso y el régimen aplicable, el monto de la pensión debe entenderse como el porcentaje que se aplica a ese ingreso, para obtener la cuantía de la mesada”.

“Lo dicho en la jurisprudencia transcrita, en cuanto a que el régimen de transición respetó para sus beneficiarios la edad, el tiempo de servicios y el monto de la prestación establecidos en la normatividad anterior aplicable a aquéllos, se desprende del contenido literal de los incisos 2° y 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de los cuales también se entiende claramente que las demás condiciones y requisitos se encuentran regulados en la propia Ley 100, dentro de los cuales está el ingreso base de

liquidación, gobernado por el artículo 21, para quienes les faltara más de 10 años para adquirir el derecho al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social, que es la disposición específica que regula el IBL de las pensiones previstas en dicha ley, en los siguientes términos:

“Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”.

“Cuando el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, resulte superior al previsto en el inciso anterior, el trabajador podrá optar por este sistema, siempre y cuando haya cotizado 1250 semanas como mínimo.”

“Como se dijo en líneas anteriores, la anterior regla de liquidación no se aplica para quienes al 1° de abril de 1994 les faltara menos de 10 años para adquirir el derecho, pues, según el inciso 3° de la Ley 100 de 1993, que establece la excepción a dicha regla, el IBL de estas personas será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho o el cotizado durante todo el tiempo, si este fuere superior, actualizado con la variación del índice de precios al consumidor.

“De suerte que, en materia de ingreso base de liquidación para personas beneficiadas con el régimen de transición, hay que distinguir entre quienes al 1° de abril de 1994, les faltaba menos

de diez años para adquirir el derecho, caso en el cual se les aplicara el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y quienes, para la misma fecha, les faltaba 10 años o más, evento en el que el IBL se liquidará de conformidad con el artículo 21 de la citada ley, es decir, con base en el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años al reconocimiento de la prestación o el promedio del ingreso base, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del trabajador, si resulta superior al anterior, siempre y cuando el afiliado haya cotizado 1250 semanas como mínimo.

“Ya en el caso del demandante, debe decirse que, así como lo estableció el Tribunal, es la regla contenida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la aplicable, toda vez que, para el 1° de abril de 1994, a aquél le faltaban más de 10 años para adquirir la pensión de jubilación, presupuesto fáctico que no discute la censura, por lo que no pudo incurrir aquél en el error jurídico que le atribuye la censura, al aplicar al caso el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, para efectos de liquidar el ingreso base de liquidación de la pensión y no el artículo 1° de la Ley 33 de 1985”.

En todo caso, debe precisarse que el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia corresponde a su función como órgano de cierre dentro de la jurisdicción ordinaria, sin que el hecho de que otras corporaciones judiciales de otras jurisdicciones, se hayan pronunciado en sentido contrario, implique la deslegitimidad de los planteamientos que expone como tribunal de casación, en tanto actúa dentro de los precisos límites constitucionales y legales de su competencia. Y no encuentra la Corte motivos en las

argumentaciones de la censura que la lleven a replantear su pacífica y reiterada jurisprudencia sobre el tema.

En ese orden, no prospera el cargo.

Costas en el recurso de casación a cargo de la parte recurrente. En su liquidación inclúyanse como agencias en derecho la suma de tres millones doscientos cincuenta mil pesos (\$3.250.000).

XIII.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 por el Tribunal Superior Medellín, el 29 de febrero de 2012, en el proceso adelantado por **NÉSTOR RAÚL COLORADO RODRÍGUEZ** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS