



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

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
Magistrado ponente

SL13260-2015
Radicación n.º 47427
Acta 34

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de **HERNANDO ESCOBAR SENIOR**, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 15 de junio de 2010, en el juicio ordinario laboral que le promovió al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

De conformidad con la petición elevada conjuntamente por el Vicepresidente Jurídico- Secretario General de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- y el Director Jurídico Nacional del

Instituto de Seguros Sociales, obrante a folios 42 a 43 del cuaderno de la Corte, téngase como sucesora procesal del extinto Instituto a la referida administradora, de conformidad con el Decreto 2013 de 2012 y el artículo 60 del C.P.C., aplicable a los procesos del trabajo y de la seguridad social, en virtud de la remisión analógica señalada en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

I. ANTECEDENTES

El señor Hernando Escobar Senior demandó al Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que fuera condenado a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, a partir del 1 de junio de 2006, las mesadas adicionales de junio y diciembre, los intereses moratorios y/o la indexación y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, el demandante adujo que la entidad demandada le negó el otorgamiento de la pensión de vejez, mediante la Resolución No. 01333 de 21 de febrero de 2006, bajo el argumento de que solo contaba con 1067 semanas entre tiempo servido al sector público y aportes al ISS; que, ante esta respuesta negativa, interpuso los recursos legales, pero en la Resolución No. 016083 de 18 de julio de 2007, se mantuvo la decisión inicial; y que, contrario a lo definido por el instituto, tenía derecho a la prestación de vejez, por contar con más de 1000 semanas.

Al dar respuesta a la demanda (fls.30-32 del cuaderno principal), la entidad accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, dijo que no le constaban o que constituían apreciaciones subjetivas del demandante. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, ausencia del deber de reconocer las mesadas pensionales, prescripción, compensación, buena fe, incongruencia jurídica de la condena en costas, imposibilidad de los intereses moratorios e inviabilidad de la indexación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo de 15 de mayo de 2009 (fls.42-65 del cuaderno principal), condenó al Instituto a pagar al demandante el retroactivo pensional causado entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de mayo de 2009, en la suma de \$8.945.500, así como a continuar pagándole la pensión de vejez, desde el mes de junio de 2009, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, los incrementos legales y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de mayo de 2008 hasta el

momento del pago oportuno a la tasa máxima vigente a esta fecha.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al conocer del proceso, por apelación interpuesta por la entidad demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante fallo de 15 de junio de 2010 (fls. 80- 89 del cuaderno principal), revocó el proferido por el a quo y, en su lugar, absolvió de todas las pretensiones elevadas por el demandante.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró que, sobre la posibilidad sumar tiempos servidos al sector público con semanas cotizadas al ISS, para efectos de acceder a la pensión de vejez, esta Corporación se había pronunciado en la sentencia de radicado 30694 de 2007, a la cual se remitió *in extenso*; que el demandante “...*pertenece al grupo de personas a quienes se les respeta el régimen de transición, lo cual no obsta para que en todo caso deba acreditar plenamente los requisitos del régimen al cual pertenece, que no es el previsto en el acuerdo 049 de 1990, como se dejó visto en líneas anteriores, ni la ley 100 de 1993, como parece entenderlo el señor apoderado del actor, porque la transición se refiere precisamente a toda la normatividad existente en materia pensional antes de entrar a regir el nuevo sistema*”; que, en consecuencia, por haber acreditado el demandante únicamente tiempos de servicios en el sector público antes del 1 de abril de 1994, su régimen no podía ser otro que la

Ley 33 de 1985 o la Ley 71 de 1988; que el demandante no podía acceder a la pensión contemplada en la Ley 33 de 1985, toda vez que, según la prueba documental de folio 6, el citado solamente acreditaba 8 años, 8 meses y 18 días laborados al servicio del Departamento de Antioquia, el Ministerio de la Protección Social y la Procuraduría General de la Nación; que tampoco resultaba procedente obtener el derecho a la luz del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, pues el documento atrás referenciado mostraba que, entre los aportes efectuados a Cajanal y las cotizaciones al ISS, solo existía un total de 5183 días, equivalentes a 14 años, 4 meses y 23 días, insuficientes para adquirir el derecho según esta normatividad.

Finalmente, concluyó que se descartaba la aplicación del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, antes de la modificación de la Ley 797 de 2003, pues era esta última la que regía la situación del demandante, por lo que *“en ese orden de ideas se debe establecer si para esa fecha, junio del año 2004, el señor Escobar había cotizado 1000 semanas en cualquier tiempo y, en caso contrario a partir del año 2005 las semanas aumentan en la proporción exigida en el numeral 2 de la mentada disposición”*; que, por tanto, el citado debía acreditar 1000 semanas en el año 2004, 1050 en 2005, 1075 en 2006 y 1100 en 2007; que, de acuerdo con la Resolución No. 016183, el accionante había aportado 952 semanas hasta el 31 de diciembre de 2004, 1003 al 31 de diciembre de 2005, 1054 al 31 de diciembre de 2007, sumando el tiempo laborado para el sector público sin aportes al ISS, con las semanas cotizadas a esta entidad.

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, confirme la decisión de primer grado.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados y, enseguida, se estudian, primeramente el tercero, por razones de método y, luego, de manera conjunta, el primero y el segundo, por denunciar idéntico cuerpo normativo, tener igual argumentación y perseguir la misma finalidad.

VI. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia impugnada de violar indirectamente, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 57 de la Ley 2 de 1984; 66 y 66 A del C.P.T. y de la S.S.; 7 de la Ley 71 de 1988; y 1, 2 y 4 del Decreto 2709 de 1994.

Afirma que la anterior violación se dio como consecuencia de los siguientes errores de hecho:

“1. NO DAR POR DEMOSTRADO, ESTÁNDOLO,

QUE EL APODERADO DE LA DEMANDADA SEGURO SOCIAL, EN EL RECURSO DE APELACIÓN, SOLO PLANTEO (sic) EL TEMA DE QUE EL DEMANDANTE NO TENIA (sic) 100 (sic) SEMANAS A 2004 Y QUE POR ELLO NO PUEDE PENSINARSE (sic) CON LA TRANSICIÓN, QUE HUBO UN TRASLADO DE RÉGIMEN Y QUE POR ELLO NO APLICABA LA TRANSICIÓN.

2. NO DAR POR DEMOSTRADO, CONTRA LA EVIDENCIA, QUE LA APODERADA DE LA ENTIDAD DEMANDADA NO CUESTIONÓ QUE EL DEMADANTE (sic) TENÍA DERECHO A LA PENSIÓN CON BASE EN LA POSIBILIDAD DE SUMAR TIEMPOS PUBLICOS (sic) Y PRIVADOS”.

Indica que el Tribunal apreció equivocadamente el escrito del recurso de apelación, obrante a folios 67 a 10 y 113 a 115.

En la fundamentación del cargo, afirma la censura que la entidad demandada, en el escrito de apelación, no discutido el tema de la sumatoria de tiempos públicos y privados, que constituyó el fundamento de la sentencia de primera instancia; que el Tribunal, al estudiar el recurso de alzada, se ocupó de este tema que no había sido cuestionado por el ISS; que el artículo 29 de la C.P. consagra que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; que en materia laboral existe una regulación clara, precisa y detallada del recurso de apelación, por lo que el juez de segunda instancia debe atenerse a los argumentos planteados por el apelante y no a otros diferentes; que, en esa medida, existe la carga procesal, para quien apela, de expresar los motivos

de inconformidad frente a la sentencia que impugna; que el recurso de apelación, al igual que la demanda y su contestación, está sometido al principio de congruencia; que el fundamento de la decisión de primer grado se limitó a la sumatoria de tiempos servidos al sector público con semanas cotizadas al ISS, aspecto que, dice, en ningún momento fue reprochado por la entidad, por lo que el ad quem no tenía por qué estudiarlo, con lo cual desconoció el principio de consonancia; y que sobre el tema esta Corporación se había pronunciado en la sentencia CSJ SL, 25 may. 2010, rad. 36610.

VII. RÉPLICA

Señala que *“...el apoderado judicial del Seguro Social en la sustentación del recurso de apelación planteó, así fuera en forma somera, que el actor no reunía los requisitos legales para que el Seguro Social le reconociera y pagara la pensión de vejez. Que no tenía el número mínimo de semanas de cotización exigidas en la ley”*.

VIII. CONSIDERACIONES

Sobre el principio de consonancia esta Sala se ha pronunciado en varias ocasiones, tal como lo hizo en las sentencias CSJ SL, 24 jul. 2002, rad. 44980 y CSJ SL, 24 abr. 2013, rad. 42192, para sostener que la competencia del juez de segundo grado, de conformidad con el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se encuentra limitada estrictamente por los temas

que proponga el apelante en su recurso de alzada y que se encuentren debidamente sustentados, motivo por el cual le está vedado a dicho fallador pronunciarse sobre aspectos ajenos o extraños a éstos, pues ello comportaría un claro desconocimiento al debido proceso de la contraparte y una directa vulneración de las referidas disposiciones.

Igualmente, se ha indicado por la jurisprudencia que la comprensión de este principio especial del derecho procesal del trabajo y de la seguridad social no significa de manera alguna que el juez de segunda instancia no pueda apartarse de la calificación jurídica que sobre determinada realidad fáctica proponga la parte recurrente, por lo que si bien debe someterse en estricto rigor a las temáticas apeladas y sustentadas, no necesariamente debe acoger en su pronunciamiento el análisis jurídico propuesto por la parte, pues lo cierto es que el fallador mantiene su libertad y autonomía para encontrar e interpretar la norma aplicable al caso concreto, siempre y cuando no varíe los elementos constitutivos de los extremos de la litis.

Contrario a lo alegado por la censura, en el presente asunto el ad quem no incurrió en alguna violación medio del artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S., toda vez que la entidad demandada, en el escrito de apelación de folios 67-70 del cuaderno principal, delimitó su inconformidad, entre otras, a la siguiente temática:

“DEBE REVOCARSE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA POR INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR FALTA DE REQUISITOS LEGALES.

Fundamento lo anterior en lo relacionado en que al ISS nunca se le probó (sic) el requisito de las 1000 semanas válidas (sic) a 2004, ni las 1050 semanas a 2005, ni las 1075 a 2006, para que el ISS le reconozca la pensión de vejez, puesto que si las tuviera el ISS ya le hubiera resuelto afirmativamente su petición.

Ahora, será posible que el accionante se pueda pensionar aplicándole el régimen de transición para los afiliados del ISS: NO, ya que éste exige tener 60 años, los cuales los tiene el actor, pero además establece que debe tener 1000 semanas cotizadas antes de 2005, o 1050 semanas cotizadas a partir de la anterior fecha (2005), ya sabemos que el actor solo le cotizó al ISS, 1067 semanas al momento de la solicitud, o sea, que el actor no cumple con todos los requisitos necesarios legalmente para acceder a la pensión de vejez.

Solo le resta al accionante seguir cotizando hasta llegar al cumplimiento del requisito del número de semanas cotizadas según el año que lo solicite, u optar por la solicitud de la indemnización sustitutiva, del artículo 37 de la Ley 100 de 1993. Es más, si analizamos la normatividad ya trazada por la Seguridad Social en Colombia, cada día se aumentan más el número de semanas cotizadas válidas para acceder a la prestación de pensión de vejez hasta llegar a las 1300 semanas.

Como puede observarse, el Tribunal emitió su pronunciamiento con base en la temática propuesta por la entidad demandada en el recurso de apelación, relativa al no cumplimiento de la densidad de semanas establecidas legalmente, sin que tuviera el deber de limitar su pronunciamiento al análisis jurídico propuesto por la entidad, de modo tal que podía el fallador legítimamente examinar el caso a la luz de las normatividades anteriores a la Ley 100 de 1993, como lo es el Decreto 758 de 1990, la Ley 33 de 1985 y la Ley 71 de 1988, así como definir si en el

interior de estos ordenamientos existía la posibilidad de sumar los tiempos servidos al sector público y las semanas cotizadas al ISS, pues, se itera, basta con que el apelante proponga y sustente en debida forma una temática específica, para que el juez pueda entrar a examinarla desde el punto de vista jurídico con total autonomía e independencia, tal como aconteció en la decisión impugnada.

En consecuencia, el cargo propuesto resulta infundado.

IX. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia impugnada de violar directamente, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 7 de la Ley 71 de 1988; 1 de la Ley 33 de 1985; 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003 y, en la de interpretación errónea, los artículos 7, 10, 13, literales c), f) y h), 33, 34, 36, inciso 2, 50, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993; y 25, 48 y 53 de la C.P.

En la demostración del cargo, sostiene la censura que:

“Como se advierte de la lectura de la decisión de segunda instancia, el Tribunal niega la prestación porque considera que no es procedente la sumatoria de tiempos en sector público y privado para aplicar el régimen de transición, dado que las 1067 semanas que tiene el demandante no son

suficientes para pensionarse pues así no lo abriga la transición”.

Agrega que, de conformidad con el párrafo primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, existe la posibilidad de sumar las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de dicha 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; que ello se colige de la literalidad de la norma, por lo que, a la luz del artículo 27 del C.C., cuando una disposición resulta clara no le es dable al intérprete desconocer su contenido so pretexto de consultar su espíritu; que cuando el párrafo primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se refiere al inciso primero de ese mismo artículo, indudablemente lo hace frente a las pensiones del régimen de transición, de modo tal que al disponer la posibilidad de sumar semanas y tiempos de servicios lo está haciendo respecto de las prestaciones de transición; que, además, según los artículos 7, 10 y 13 de la Ley 100 de 1993, el objetivo del Sistema General de Pensiones es garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la ley y que, principalmente, para otorgar las prestaciones, incluidas las de invalidez, sobrevivientes y vejez, aún las de transición, se tendría en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, al Instituto de Seguros

Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado y el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera que sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicios.

Manifiesta que, en este caso, deben aplicarse las disposiciones atrás citadas, las cuales permiten reconocer la pensión de vejez sumando todos los tiempos, por lo que deben ser interpretadas de manera sistemática y no aislada; que *“cuando el Tribunal asume que las normas a aplicar son la Ley 71 de 1988 y su Decreto Reglamentario 2709 de 1994 o el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, las está aplicando indebidamente, pues pese a que reconoce que el demandante a abril 1 de 1994 tiene más e (sic) 40 años lo que lo sumerge en el régimen de transición, le niega la prestación con el argumento de no podersele sumar los tiempos”*; que no puede predicarse que la sumatoria de tiempos desconoce el principio de inescindibilidad, y que ello no solo está permitido por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 o la Ley 797 de 2003, dado que son las mismas disposiciones de la primera las que permiten proteger al contingente del régimen de transición, brindándole la posibilidad de acceder a la pensión en unas condiciones menos rigurosas, que las de aquellos que no estuvieran sumergidos en el tránsito legislativo; y que, en todo caso, de existir alguna duda en la interpretación, el artículo 53 de la Constitución Política prevé el principio de favorabilidad al trabajador.

X. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia impugnada de violar directamente, en la modalidad de infracción directa, los artículos 7, 10, 13, literales c), f), h), 33, 36, inciso 2, 50, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993 y, por aplicación indebida, los artículos 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; 7 de la Ley 71 de 1988; 1, 2 y 4 del Decreto 2709 de 1994; y 25, 48 y 53 de la Constitución Política.

En la demostración del cargo, en esencia, reproduce el censor los argumentos esbozados en el primer ataque y añade, en cuanto a la sumatoria de semanas cotizadas al ISS y tiempos servidos al sector oficial, que *“...la figura aludida no es ninguna novedad en la legislación colombiana, de antaño, muchas leyes lo permitían en el sector público, pero la Ley 71 de 1988 vino definitivamente a zanjar las diferencias y a posibilitar la suma de semanas y tiempos para acceder a una pensión de vejez, con la misma edad con la que las reconocen los reglamentos del ISS, es decir, con 60 años”*; que el Tribunal se rebeló contra las normatividades que regulan el régimen de transición, toda vez que la Ley 100 de 1993 permite sumar tiempos de servicios, tal como lo ha sostenido la Corte Constitucional, verbigracia en la sentencia T- 174 de 2008.

XI. RÉPLICA

Afirma que los dos cargos desconocen la constante y uniforme jurisprudencia de esta Corporación en la materia,

tal como la vertida en la sentencia CSJ SL, 19 nov. 2007, rad. 30694, en la cual se planteó que en el Acuerdo 049 de 1990 no existe una disposición expresa que permita la sumatoria de tiempos públicos con semanas cotizadas al ISS y que dicho acuerdo debe aplicarse en su integridad, según el principio de inescindibilidad.

XII. CONSIDERACIONES

Frente a los cuestionamientos que expone la censura en los cargos, debe comenzar por indicarse que el Tribunal no incurrió en equivocación jurídica alguna, al estimar que no era aplicable al caso examinado el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, toda vez que la jurisprudencia de esta Corporación ha asentado pacíficamente que esta normatividad no contempla de manera expresa la sumatoria de tiempos servidos al sector público con semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales y que, además, lo establecido en el parágrafo primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 concierne solamente a las prestaciones contempladas en el artículo 33 del mismo ordenamiento, mas no a las derivadas del régimen de transición, tal como lo pretende hacer valer hoy la censura.

En efecto, recientemente, en la sentencia SL16104-2014, esta Sala de la Corte recordó:

“Esta Corporación en pacífica y reiterada jurisprudencia, ha señalado que para los beneficiarios del régimen de transición cuyo régimen anterior sea el del Seguro Social contenido en el

A. 049/1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, la exigencia del número de semanas debe entenderse como aquellas efectivamente cotizadas al I.S.S., puesto que en el aludido acuerdo no existe una disposición que permita adicionar a las semanas cotizadas, el tiempo servido en el sector público, como sí acontece a partir de la L. 100/1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella, o como también puede ocurrir respecto a la pensión de jubilación por aportes prevista en la L. 71/1988, según el criterio expuesto en sentencia CSJ SL4457-2014.

Por otra parte, en punto a la posibilidad prevista en el parágrafo del art. 36 de la L. 100/1993 de acumular semanas cotizadas al I.S.S. o a cajas, fondos o entidades de previsión social con tiempos laborados en el sector oficial, esta Sala de Casación reiteradamente ha precisado que dicha disposición hace referencia a la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de esa misma ley.

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 4 nov. 2004, rad. 23611, reiterada CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 35792, CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 42242, CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 42191 y CSJ SL4461-2014, en torno a las dos temáticas propuestas por el recurrente esta Corporación puntualizó:

El parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor:

‘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’

“Aún cuando por hallarse ubicado en la norma legal que establece el régimen de transición pensional, podría pensarse en principio que el citado parágrafo alude a las pensiones que surjan de la aplicación de ese régimen, para la Corte es claro que ese entendimiento no se corresponde con el genuino sentido de la norma, porque en realidad hace referencia a “la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo” y esa pensión no es otra que la consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que exige al afiliado como requisitos para acceder a tal prestación el cumplimiento de 55 años de edad, si es mujer o 60 si es hombre y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo”.

Ahora bien, tampoco existe error alguno en la sentencia impugnada cuando definió que se descartaba la aplicación de la Ley 33 de 1985, al contar el demandante tan solo con 8 años, 8 meses y 18 días laborados al sector oficial, por cuanto esta normatividad exige veinte (20) años de servicios a entidades estatales, por lo que no es procedente efectuar una acumulación con semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales como lo alega la censura.

En lo que sí encuentra la Corte un error jurídico trascendente y que afecta la decisión tomada en el presente asunto, es en lo relacionado con el entendimiento del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, por cuanto para el Tribunal, a la luz de esta disposición, solamente podían tenerse en cuenta los aportes efectuados por el demandante a Cajanal y las semanas cotizadas al ISS, las cuales sumaban un total de 5.183 días, que equivalían a 14 años, 4 meses y 23 días, insuficientes para adquirir el derecho, de donde se entiende que para el fallador exclusivamente era computable el tiempo laborado al sector público que hubiese tenido sus respectivas cotizaciones a entidades o cajas de previsión social.

Frente a ello, el criterio vigente de esta Sala permite que, a la luz del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, se puedan tener en cuenta los tiempos servidos a entidades estatales, así no hayan tenido los correspondientes aportes a una entidad de previsión social, puesto que se trata de una circunstancia no imputable al afiliado y, por ende, no puede

afectar la consolidación de su derecho pensional, de modo tal que estos tiempos deben sumar a la hora de examinar los requisitos de la mencionada normatividad.

Sobre esta temática particular, recientemente, en la sentencia SL4457-2014, reiterada en múltiples decisiones posteriores, se dijo:

“En efecto, desde la sentencia de 7 de mayo de 2008 rad. 32615, se ha reiterado en múltiples oportunidades que el artículo 7º de la Ley 71 de 1988 “no se refirió para nada (...) a la posibilidad de que los aportes pudieran ser reemplazados por tiempos de servicios en los cuales no hubo cotización o pago de aportes”, tesis que se apoyó también en el artículo 21 del Decreto 1160 de 1989 cuyo contenido y alcance se repitió en el artículo 5º del Decreto 2709 de 1994.

No obstante, dada la nueva integración de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ante nuevos sucesos normativos, resulta ahora insoslayable revisar las consideraciones vigentes en torno a la interpretación y alcance que se le ha dado tanto al artículo 7º de la Ley 71 de 1988 así como a sus reglamentos para acceder a la pensión por aportes. Ello implica recordar cuáles fueron los motivos que tuvo el legislador para establecerla y cómo ha sido su aplicación frente a las posteriores regulaciones constitucionales y legales en materia pensional.

Pues bien, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y del Sistema General de Pensiones adoptado mediante la Ley 100 de 1993, la multiplicidad de regímenes pensionales permitía odiosas diferencias entre los trabajadores vinculados al sector privado y los servidores vinculados al sector público, de modo que cada uno subsistía de manera independiente con exigencias propias en tiempos de servicio y cotización que no podían conjugarse para adquirir el beneficio pensional. Fue por ello que el legislador estableció la llamada «pensión de jubilación por acumulación de aportes», con el objeto de que pudieran sumarse los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado.

En lo pertinente, dispuso la Ley:

Artículo 7º: A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20)

años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

Dicho de otro modo, la citada disposición se expidió con el fin de garantizar a los trabajadores que prestaron sus servicios en el sector público y privado, la posibilidad de alcanzar la pensión con la sumatoria de los tiempos de cotización y de servicios en uno y otro sector.

Posteriormente, ya en vigencia de la Constitución Política de 1991 el legislador no desconoció los motivos que dieron origen a la llamada pensión por aportes, de modo que al establecer el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, igualmente consagró la posibilidad de acumular para efectos pensionales los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados en uno y otro sector, tanto en el régimen de prima media con prestación definida así como en el de ahorro individual con solidaridad.

En punto al tema que ahora ocupa la atención de la Sala, para el primero de los regímenes dispuso el legislador en el párrafo primero del artículo 33 ibidem, en inequívoca conexidad con el artículo 13 de la misma normativa, que “[p]ara efectos del cómputo de las semanas (...) se tendrá en cuenta: (...) b. El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados”.

Recuérdese que el literal f) del citado artículo 13 consagra que, “[p]ara el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales 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 tiempo de servicio”.

En este orden, bien podría afirmarse que la Ley 100 de 1993 al consagrar la acumulación de tiempos servidos en el sector público y privado, dejó sin vigencia lo dispuesto en la Ley 71 de 1988. Sin embargo, tal aseveración no es del todo cierta si se tiene en cuenta que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional para quienes acreditando los requisitos de edad o tiempo de servicios a su entrada en vigencia, tengan derecho a que su pensión se reconozca conforme a la edad, tiempo de servicios y monto

de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable, entre otros, el que consagró el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990, ora el previsto en la Ley 33 de 1985 que reguló el régimen pensional en el sector oficial y, concretamente, en lo que ahora interesa, la Ley 71 de 1988 que previó la llamada pensión de jubilación por aportes.

Este recuento le permite a la Sala dilucidar que el régimen de jubilación por aportes, no desconoció, ni antes ni después de la Constitución Política de 1991, que el derecho fundamental e irrenunciable a la pensión no puede verse truncado por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social, máxime si se tiene en cuenta que otrora, la afiliación a la seguridad social para los servidores públicos no era obligatoria sino facultativa, de modo que la ausencia de cotización no puede imputársele a ellos, y menos, puede afectar sus derechos pensionales que en todo caso se encontraban amparados por las disposiciones – Decreto reglamentario 1848 de 1969- que garantizaban el reconocimiento pensional a cargo de la entidad de previsión a la cual estuvieran afiliados o, en su defecto, a cargo directo de la entidad o empresa oficial empleadora por el mero tiempo de servicios.

En el mismo sentido, el derecho irrenunciable a la pensión, tampoco puede verse limitado por disposiciones reglamentarias con alcances restrictivos como la que contenía el artículo 5º del Decreto 2709 de 1994, según la cual:

Artículo 5º. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.

Es decir, conforme a la citada norma solo podían computarse a efectos de obtener la pensión de jubilación por aportes, el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales y el cotizado a las cajas de previsión del sector público, sin que pudiera sumarse el tiempo servido a entidades privadas que no cotizaron en el ISS, ni el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades de seguridad social.

No obstante, tal disposición fue declarada nula por el Consejo de Estado, Corporación que al revisar el tema en sentencia de la Sección Segunda del 28 de febrero de 2013, expediente 11001-03-25-000-2008-00133- 00 (2793-08),

estimó que el Presidente de la República excedió las facultades reglamentarias que le otorga en numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

En lo pertinente, dijo el Consejo de Estado:

De conformidad con lo expuesto, encuentra la Sala que varias normas de la Constitución Política de 1991 establecen de manera explícita una reserva de ley sobre el tema que fue objeto de regulación por parte del Gobierno Nacional en el artículo 5º del Decreto 2709 de 1994, a saber:

(i) El artículo 53 dispone que: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: [La] garantía a la seguridad social (...)”.

Como puede observarse, el artículo 53 superior exige al Congreso de la República que al momento de expedir el estatuto del trabajo, regule la garantía de la seguridad social, dentro de la cual está inmerso el régimen pensional, con el alcance, contenido y prestaciones que determine la ley.

(ii) A su vez, el artículo 152 prescribe: “Mediante leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que aquellas materias inexorablemente vinculadas a los derechos constitucionales fundamentales, tales como, la vida en condiciones dignas, el trabajo, el mínimo vital, etc., se encuentran sujetas a reserva de ley, razón por la cual no puede dejarse en manos del ejecutivo su regulación. El contenido esencial del régimen pensional se encuentra en estrecha conexidad con dichos derechos fundamentales, por lo que su determinación debe realizarse a través del ejercicio de la potestad de configuración normativa del legislador, excluyendo para el efecto su fijación mediante reglamentación presidencial. -Sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil-.

Para la Sala no hay duda que el tema de los tiempos computables para los efectos relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, al igual que la edad, forma parte del contenido esencial del mencionado régimen pensional, por lo que las exclusiones o excepciones al mismo deben establecerse mediante normas con rango de ley.

En efecto, se trata de un asunto sustancial de la materia objeto de reserva, vale decir de los elementos básicos del régimen pensional por aportes, considerando su conexidad con los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social, razón por la que escapa al alcance de la regulación mediante decretos reglamentarios.

Nótese que en el inciso segundo del artículo 7º de la Ley 71 de 1988 el Legislador facultó al Gobierno Nacional para reglamentar “los términos y condiciones para el reconocimiento y pago” de la pensión de jubilación por aportes, pero con base en dicha autorización el Ejecutivo no podía llegar a tocar el contenido esencial del régimen pensional, determinando los tiempos de servicio que no se computarían para adquirir el derecho, pues con ello se configura una restricción o afectación a los derechos fundamentales que ya fueron mencionados y se desconoce la reserva de ley establecida en los artículos 53 y 152 de la Carta Política.

A partir de lo anterior se evidencia que en la norma reglamentaria acusada el Presidente de la República rebasó el ámbito sustancial de la materia reservada, razón suficiente para declarar su nulidad.

En adición a lo expuesto, no debe perderse de vista que si bien la Ley 100 de 1993 previó un régimen de transición a fin de respetar las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a pensionarse conforme al régimen anterior, dicha transición debe aplicarse en el marco del nuevo contexto constitucional y legislativo imperante, y en observancia del principio de equidad que debe regir en y entre los regímenes pensionales existentes, lo cual supone que esos tiempos servidos –no cotizados– no puedan ser despreciados o desechados para efectos del cómputo de la denominada pensión de jubilación por aportes.

En este orden de ideas, conforme a los postulados constitucionales y legales atrás referidos, y frente a la citada decisión del Consejo de Estado a través de la cual se declaró la nulidad del artículo 5º del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, reglamentario del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, la Corte estima necesario rectificar su actual criterio y, en su lugar, adoctrinar que para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social.

En síntesis, de acuerdo con lo expuesto el marco normativo que regula la pensión deprecada en la demanda, es el previsto en art. 7º de la Ley 71 de 1988, por manera que el recurso prospera y habrá de casarse la sentencia”.

De conformidad con este criterio jurisprudencial, claramente el Tribunal incurrió en un error trascendente, toda vez que, al confrontar las semanas cotizadas a la luz del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, excluyó aquéllas que no tenían aportes a Cajanal o al Instituto de Seguros Sociales, cuando lo cierto era que el demandante contaba con tiempos laborados al sector público, pero que no tuvieron aportes a entidades de previsión social, tal como el prestado para el Departamento de Antioquia, entre el 6 de abril de 1970 y el 22 de julio de 1975, por espacio de 1902 días.

De esta manera, si el ad quem no hubiese otorgado un entendimiento equivocado al artículo 7 de la Ley 71 de 1988, hubiese concluido que al demandante le asistía el derecho a la pensión por aportes, toda vez que había cotizado un total de **619.29 semanas** al Instituto de Seguros Sociales y servido un total de **448.2857143 semanas** al Departamento de Antioquia, al Ministerio de la Protección Social y a la Procuraduría General de la Nación, por lo que acreditaba **1067.575171 semanas**, es decir, más de veinte (20) años de servicios, tal como se ve reflejado en el siguiente cuadro:

	SEMANAS COTIZADAS AL ISS FOLIOS 4-7 EXPEDIENTE		
	Periodo	Número de Días	Número de Semanas
CORTAMOS TELA	01 /03/1995 hasta 31/12/2007		
TOTAL DÍAS			
TOTAL SEMANAS APORTADAS AL ISS			619,29
	TIEMPOS PÚBLICOS FOLIOS 6-22 DEL EXPEDIENTE		
	Periodo	Número de Días	Número de Semanas
DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA	06/04/1970 hasta 22/07/1975		1902
MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL	12/11/1975 hasta 05/05/1977		534
PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN	17/03/1983 hasta 28/02/1985		702
TOTAL DÍAS			3138
TOTAL SEMANAS TIEMPOS S. PÚBLICO			448,2857143
GRAN TOTAL TIEMPO PÚBLICO Y SEMANAS			1067,575171

En consecuencia, los cargos prosperan y, por ende, se casará la sentencia impugnada.

XIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, debe resaltarse que la entidad demandada en su escrito de apelación planteó que i) el actor no acreditaba la densidad de semanas requeridas legalmente para acceder a la pensión de vejez; ii) que no proceden las mesadas adicionales, al no cumplir con la densidad de semanas de la Ley 797 de 2003; iii) que no era aplicable el régimen de transición, por cuanto el demandante se trasladó a un fondo privado y al retornar al ISS no contaba con los rendimientos financieros equivalentes a los que se hubiesen generado de permanecer en el régimen de prima media; iv) que no procedían los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al tratarse de una pensión que no estaba sujeta de manera

íntegra a esta normatividad; y v) que había operado en el caso la prescripción de las mesadas pensionales.

Frente a los planteamientos i) y ii), a la Corte le bastan la consideraciones efectuadas en sede del recurso extraordinario, para resaltar que el demandante sí cumple con las exigencia de la densidad de semanas prevista en el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, aplicable por ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por ende, no estaba obligado a cumplir con los requisitos del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, tal como lo alega la entidad apelante.

En cuanto a la presunta pérdida del beneficio del régimen de transición derivada del traslado del demandante a un fondo privado de pensiones, debe indicarse que no existe ninguna prueba dentro del plenario que demuestre que el citado se trasladó a una administradora de tal naturaleza y que, posteriormente, hubiese retornado al ISS, como para que la Sala entre a examinar las exigencias legales para no perder el beneficio de transición, de modo tal que la apreciación de la apelante no tiene respaldo probatorio alguno.

En lo que concierne a los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, contrario a lo definido por el a quo, no proceden, pues a la luz de la jurisprudencia actual de esta Sala de la Corte solo son viables para prestaciones del Sistema General de Seguridad Social Integral, lo cual no se puede predicar de la pensión

objeto de controversia, que halla su fundamento normativo en la Ley 71 de 1988.

Finalmente, no se accederá a la prescripción de las mesadas pensionales causadas, porque el a quo dispuso el pago de la pensión desde el 1 de enero de 2008, momento de la desafiliación del sistema por parte del demandante, siendo que la reclamación del derecho se presentó el 31 de agosto de 2007 y la demanda judicial se interpuso dentro de los tres (3) años siguientes, tal como consta a folio 25 del cuaderno principal, de tal forma que ninguna mesada se encuentra afectada por el fenómeno prescriptivo.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado, en cuanto condenó a la entidad demandada a pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para, en su lugar, absolverla de esta pretensión. Se confirmará en lo demás la decisión.

Costas en las instancias a cargo de la entidad demandada. Sin lugar a ellas en el recurso extraordinario de casación.

XIV. 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, **CASA** la sentencia dictada el 15 de junio de 2010 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del

proceso ordinario laboral seguido por **HERNANDO ESCOBAR SENIOR** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

En sede de instancia, se revoca la sentencia de primer grado, en cuanto condenó a la entidad demandada a pagar los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para, en su lugar, absolver a aquélla de esta pretensión. Se confirma en lo demás.

Costas en las instancias a cargo de la entidad demandada. Sin lugar a ellas en el recurso extraordinario de casación.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente 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