



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral



JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Magistrado ponente

SL1441-2018

Radicación n.º 64360

Acta 14

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por **LUIS HERNANDO ALVARADO** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de mayo de 2013, dentro del proceso que promovió contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Luis Hernando Alvarado demandó al Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que se le reconociera y pagara la pensión de jubilación por aportes, conforme la Ley 71 de 1988, desde el 24 de octubre de 2010; la indexación de cada una de las mesadas dejadas de pagar; y, las costas y gastos del proceso.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que nació el 24 de octubre de 1950; que cumplió 60 años de edad el día 24 de octubre de 2010; que trabajó como empleado público en el Departamento de Cundinamarca, donde cumplió 5635 días de labores, entre el 6 de noviembre de 1979 y el 27 de junio de 1995; que durante ese tiempo se efectuaron aportes para pensiones a la Caja de Previsión Social de Cundinamarca Caprecundi; que desde junio del año 1995 en adelante ha efectuado aportes para la seguridad social al Instituto de Seguros Sociales para un total de 1970 días; que la suma de sus aportes como empleado público y los efectuados al Instituto de Seguros Sociales, arrojan un total de 7605 días equivalentes a 21 años, 1 mes y 15 días; que cuando entró a regir la Ley 100 de 1993, el demandante contaba con 43 años de edad; que para la vigencia del Acto Legislativo n.º 1 del año 2005 contaba con más de 750 semanas de aportes y/o cotizaciones (a Fomprecundi 805.00 semanas y al ISS 58.62), para un total de 863.62 semanas; que el 17 de marzo de 2011 elevó al ISS solicitud de reconocimiento de su pensión, la cual se resolvió mediante Resolución n.º

039543 del 28 de octubre de 2011; que en dicho acto administrativo el ISS reconoció que cuenta con más de 20 años de cotizaciones, sumadas las efectuadas a entidades de previsión del sector público y el cotizado al Seguro Social, con más de 60 años de edad, y que es beneficiario del régimen de transición; que el ISS hace el estudio con fundamento en la Ley 33 del año 1985 y con el artículo 33 de la Ley 100 el año 1993, concluyendo que para ninguno de los dos casos acredita la densidad de tiempo de servicios o de semanas cotizadas para tener derecho a la pensión; que tampoco accede a conceder la pensión por aportes; que no ha presentado recurso alguno contra la mencionada resolución, quedando debidamente agotada la vía gubernativa.

El Instituto de Seguros Sociales dio respuesta a la demanda aceptando como ciertos los hechos relacionados con la fecha de nacimiento del accionante; la fecha en que cumplió los 60 años de edad; los aportes efectuados al ISS; la edad del actor a 1.º de abril de 1994; el número de semanas que tenía cuando entró a regir el Acto Legislativo 1 de 2005; la reclamación pensional; la resolución con que se la negó; la edad actual del actor; lo establecido en la mencionada resolución; así como, el agotamiento de la vía gubernativa. Respecto de los demás hechos, dijo que no eran ciertos o no le constaban.

Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y/o compensación, buena fe, prescripción, y la genérica o innominada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 5 de febrero de 2013, condenó a la entidad demandada a pagar la pensión de jubilación por aportes al señor Alvarado, a partir del 1.º de septiembre de 2011, en cuantía inicial de \$724.664.03, junto con los incrementos legales anuales y una mesada adicional anual; así como la indexación de cada una de las mesadas pensionales, y \$14.165.377.43 por concepto de retroactivo pensional. Además, al pago de las costas procesales.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación del ISS, hoy Colpensiones, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 23 de mayo 2013, revocó la sentencia de primer grado y, absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra.

El tribunal estableció como problema jurídico a resolver, establecer si el demandante tenía o no cumplidos los presupuestos para que se le reconociera y pagara una pensión de jubilación por aportes, por el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 71 de 1988.

Señaló como marco normativo el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el 7.º de la Ley 71 de 1988. Citó como

precedentes jurisprudenciales las sentencias proferidas por esta Corporación con radicaciones n.ºs 37300 del 9 de agosto del año 2011, 32615 del 7 de mayo de 2008, 33338 del 7 de octubre de 2008, 19199 del 23 de enero de 2003, 43181 del 14 de junio del año 2011, 38476 del 13 de marzo de 2012, 48031 del 31 de enero de 2012, y las sentencias n.ºs 41830 y 44670 sin fecha. También, el comunicado n.º 17 de la Corte Constitucional, con fecha mayo 7 de 2013, sobre la sentencia C-258 del año 2013; el pronunciamiento del Consejo de Estado, frente a la vigencia del artículo 5.º del Decreto 2709 de 1994; y, la sentencia T-353 del año 2012 de la Corte Constitucional.

Refirió como hechos probados que el demandante nació el 24 de octubre de 1950; que era beneficiario del régimen de transición; que prestó sus servicios en la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, desde el 6 de febrero de 1979 hasta el 27 de junio de 1996, efectuando cotizaciones a Caprecundi desde el inicio de la relación laboral hasta el 30 de junio de 1995, para un total de 804.85 semanas; y, que efectuó cotizaciones al ISS a partir del 1.º de julio de 1995 y hasta el 31 de agosto del año 2011, período dentro del cual cotizó un total de 281,43 semanas.

Precisó, antes de resolver el problema jurídico, que se apartaba del precedente citado por la parte demandante (sentencias n.ºs 41830 y 44670 sin fecha), porque consideró, en primer lugar, que no existía la condición de doctrina probable frente al tema; y en segundo, porque esta

Corte en todos los precedentes jurisprudenciales en los que se refirió a régimen de transición, habló de que para ser beneficiario del mismo se debía tener una expectativa legítima, y para que ésta existiera debían darse los supuestos de hecho que están en el régimen pensional al que aspira que se le reconozca como régimen de transición, siendo, para el caso de la pensión por aportes, haber tenido cotizaciones tanto a las cajas como al ISS.

Señaló además, que partía *«de la interpretación que se ha hecho del artículo 7.º de la Ley 71 en la medida en que la expresión aportadas o realizadas en cualquier tiempo se debe interpretar como que puede ir más allá de la Ley 100. Ese texto normativo se debe interpretar bajo su vigencia, y su vigencia es anterior a la Ley 100, y su aplicación posterior sólo es posible para las personas del régimen de transición que hubieran cumplido con haber cotizado, ahí sí, en cualquier tiempo anterior a la Ley 100 de 1993, a cajas y al ISS»*.

Dijo que para apartarse de esos últimos dos precedentes, sumaba el argumento expuesto en la línea jurisprudencial que tenía esta Corte.

Luego, resolvió el problema jurídico planteado en los siguientes términos:

De conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, los hombres que como el demandante en este caso a 1.º de abril contaran con más de 40 años tiene derecho a que por vía del régimen de transición se les aplique el régimen pensional anterior a la Ley 100 al que se encontraban afiliados. En ese sentido cuando el afiliado pretende que se le aplique la Ley 71 de 1988 es necesario que acredite 20 años de aportes sufragados en cualquier tiempo, tal criterio es el que sostiene la Sala de Decisión a pesar de la declaratoria de nulidad del artículo 5.º del Decreto 2709 de 1994 en la sentencia que

profiriera el Consejo de Estado el 28 de febrero de 2013 con ponencia del Dr. Gustavo Gómez Aranguren, pues el texto literal de la referida Ley 71 permite inferir que el trabajador debe acreditar esos 20 años de cotizaciones al igual que el contexto en que fue expedida tal normativa, en el que la intención del legislador estaba encaminada simplemente a otorgar la posibilidad de que personas que trabajando en el sector público y habiendo cotizado a cajas de previsión y posteriormente pasaran a trabajar al sector privado efectuando cotizaciones al ISS pudieran sumar los aportes efectuados a unas y a otro para efectos de obtener una pensión, dejando vigentes los demás regímenes pensionales, es decir, la Ley 33 de 1985 que suponía acumulación de tiempos de servicios públicos, el artículo 260 del CST que suponía que el empleador que no afiliara a la seguridad social debía pensionar a sus trabajadores, la pensión sanción, la pensión proporcional después de 15 años y antes de 20 si el trabajador se retiraba voluntariamente. Por ello considera esta Sala que la declaratoria de nulidad del artículo 5.º del Decreto 2709 de 1994 en nada debe afectar la interpretación que sobre el artículo 7.º de la Ley 71 de 1988 se ha efectuado por parte de la Sala de Casación Laboral de la CSJ hasta el día de hoy.

Además existen otras razones para mantener en firme la anterior posición, las cuales parten de la sentencia, como ya lo acabo de exponer, de la Corte Constitucional sobre el régimen de transición de los parlamentarios y magistrados de altas cortes, decisión en la que se reitera algo que ya había definido esta Corporación, órgano de cierre de la jurisdicción constitucional y nuestra Sala de Casación Laboral de la CSJ, como ha quedado aquí expuesto.

En el presente asunto en consecuencia se absolverá a la parte demandada en la medida en que el actor invoca el reconocimiento de su pensión con fundamento en un régimen pensional en el que no se encontraba afiliado y en el que por lo tanto no tenía la expectativa cierta y legítima de pensionarse, en la medida en que para el 1.º de abril de 1994 no contaba con cotizaciones al ISS ya que conforme se dejó sentado en los hechos probados en este proceso, con anterioridad al 1.º de abril de 1994 el accionante tampoco reportaba aportes a la caja de previsión social Fonprecundi.

En conclusión, el demandante no tiene derecho a pensionarse de conformidad con las disposiciones de la Ley 71 de 1988 aplicada por vía de régimen de transición, habida consideración que si bien realizó aportes a Fonprecundi no efectuó cotizaciones al ISS antes del 1.º de abril de 1994 para efectos de aplicar la norma que pretende, por lo tanto se habrá de revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar se absolverá al ISS de las pretensiones que aquí se plantearon.

Adicionalmente señaló que la Circular n.º 001 de Colpensiones, referida por la parte demandante, no tenía fuerza vinculante y contrariaba los mandatos legales y constitucionales expuestos por ese tribunal.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el accionante, 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 de segundo grado, para que, en sede de instancia, se confirme la de primer grado.

Con tal propósito formuló un cargo, por la causal primera del recurso extraordinario, que fue replicado por la entidad demandada.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia por violación directa de la ley sustancial, por interpretación errónea de los artículos 21 del CST, 36 de la Ley 100 de 1993, y 7.º de la Ley 71 de 1988.

Sustenta el cargo bajo el argumento de que el sentenciador aplicó al caso las normas que correspondía, esto es, el artículo 7.º de la Ley 71 de 1988 y el 36 de la Ley 100 de 1993, pero las interpretó erróneamente, en razón a que no consultó su verdadero espíritu, ni los principios de favorabilidad y equidad consagrados en normas constitucionales y laborales, que indican que ha de aplicarse *«la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho (Art. 53 C.P.), la prevalencia de la norma más favorable en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo (Art. 21 C.S.T.)»*.

Cita apartes de la sentencia T-3162513 del 20 de febrero de 2012 proferida por la Corte Constitucional y la n.º 41830 del 24 de mayo del 2011 de esta Sala, para concluir que la sentencia impugnada incurrió en *«flagrante error de derecho al interpretar erróneamente el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 7 de la Ley 71 de 1988, imprimiéndoles un alcance que no tienen y negando por ello su aplicación a favor del demandante»*.

VII. RÉPLICA

El opositor señala que de conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, aunque el actor podría ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no era posible que se le aplicara lo dispuesto por la Ley 71 de 1988, dado que para ello, era necesario que hubiese cotizado tanto en el sector

público como en el privado antes del 1.º de abril de 1994, cuestión que no sucedió.

VIII. CONSIDERACIONES

Dada la vía escogida, no son materia de discusión en sede de casación, los siguientes supuestos de hecho: i) que el demandante es beneficiario del régimen de transición; ii) que laboró en el sector público al servicio de la Secretaría de Obras Públicas del Departamento de Cundinamarca, desde el 6 de febrero de 1979 hasta el 27 de junio de 1996, efectuando cotizaciones a Caprecundi hasta el 30 de junio de 1995, para un total de 804.85 semanas cotizadas; y, iii) que efectuó cotizaciones al ISS a partir del 1.º de julio de 1995 y hasta el 31 de agosto del año 2011, período dentro del cual cotizó un total de 281,43 semanas.

En este orden de ideas, estima la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar, si constituye requisito necesario efectuar aportes para pensión tanto a las entidades de previsión social como ante el ISS con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para de esta forma acceder a la prestación pensional en los términos de la Ley 71 de 1988.

Con base en lo anterior, esta Corporación ha construido recientemente su precedente jurisprudencial a partir del estudio de casos con análogas situaciones fácticas, fijando como regla de interpretación para el

reconocimiento de la pensión por aportes de la Ley 71 de 1988, la cual se encuentra comprendida dentro del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que todos aquellos trabajadores que prestaron sus servicios en el sector público y privado, pueden acceder a dicha prestación con la sumatoria de las cotizaciones realizadas en cualquier tiempo, siempre que cumplan con el requisito de 20 años de aportes y 60 años de edad en el caso de los hombres.

Así las cosas, no constituye requisito esencial que los aportes tanto a las cajas de previsión social como al ISS, se hubieran empezado a efectuar con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Lo anterior, fue desarrollado con suficiencia en sentencias CSJ SL7995-2015 y CSJ SL3007-2017, entre otras, donde se afirmó lo siguiente:

De esa suerte, entiende la Corte, quien cuente con cotizaciones por servicios prestados al sector oficial – o servicios de esa naturaleza sin cotización -, como quien cuente con cotizaciones por los prestados al sector particular, con independencia de la época en que los sufragó o los prestó, o del porcentaje que a cada uno de los referidos sectores correspondan, pero que cumpla los requisitos exigidos para tenerse como beneficiado por el régimen de transición pensional de la Ley 100 de 1993 bien puede válidamente aspirar a que se le reconozca la pensión por aportes del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, sí (sic) cumple con los requisitos de edad – sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer – y de aportes sufragados a ambos sectores de servicios – veinte (20) años -, que dicha normativa estableció.

Por lo anterior, encuentra esta Corporación acreditado el yerro en el que incurrió el tribunal, pues debió tener en cuenta todos los tiempos laborados en el sector público y privado, sin exigir como condición una época específica para haber sufragado los mismos en uno u otro sector.

Por lo anterior, el cargo prospera y la Corte casará la

sentencia de segunda instancia.

Sin costas en casación.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

Para decidir en instancia, se tendrán en cuenta las consideraciones vertidas en casación, además de las siguientes:

Según registro civil de nacimiento (folio 75 del expediente administrativo), el señor Luis Hernando Alvarado nació el 24 de octubre de 1950, por lo que cumplió 60 años de edad en igual fecha y edad de 2010.

En virtud de las documentales obrantes a folios 66 y 67 del cuaderno de anexos, se tiene que el accionante acreditó un total de 7605 días efectivamente cotizados para pensión, que corresponden a 21 años, 1 mes y 15 días, de los cuales 5634 se hicieron ante Caprecundi, en su condición de trabajador al servicio de la Secretaría de Obras Públicas entre el 06 de noviembre de 1979 y el 30 de junio de 1995, y 1967 días cotizados al ISS entre el 01 de julio de 1995 y el 31 de agosto de 2011, de manera interrumpida.

Por lo anterior, se concluye que el demandante reunió los requisitos exigidos en el artículo 7.º de la Ley 71 de 1988, al acreditar más de 20 años de aportes y 60 años de edad el 24 de octubre de 2010, por lo que le asiste derecho

a la pensión por aportes contemplada en la referida ley.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

No hay lugar a costas por la alzada. Las de la primera instancia, son a cargo de la parte demandada.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 23 de mayo de 2013, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **LUIS HERNANDO ALVARADO** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**.

En sede de instancia, **CONFIRMA** la sentencia proferida el 5 de febrero de 2013, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá.

Sin costas como se dijo en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese 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