



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2



SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

Magistrado ponente

SL1445-2018

Radicación n.º 58287

Acta 11

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

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **GIDALBA GIRALDO DUQUE**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el diecisiete (17) de julio de dos mil doce (2012), en el proceso ordinario laboral que le instauró al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN** - hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** - **COLPENSIONES**.

En atención al memorial de folios 29 y 30 del cuaderno de la Corte, téngase como sucesor procesal del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy en liquidación, a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, de conformidad con lo previsto en el art. 35 del D. 2013/2012, en armonía con el art. 60 del CPC hoy 68 del CGP, aplicable a los procesos laborales y de la seguridad social, por expresa remisión del art. 145 del CPTSS.

I. ANTECEDENTES

GIDALBA GIRALDO DUQUE llamó a juicio al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES - ISS -, con el fin de que se le reconociera y pagara pensión de vejez, a partir del 16 de enero de 2008, fecha en la que acreditó 55 años de edad y 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima; se condenara a intereses moratorios; costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que nació el 16 de enero de 1953, y cumplió los 55 años en el mismo día y mes del 2008; que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 tenía más de 35 años de edad; que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES; que le cobija el régimen de transición y le son aplicables las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990; que el 1º de septiembre de 2010, solicitó la pensión de vejez a la entidad demandada; que por Resolución n.º 106442 del 19 de noviembre de 2011, se le negó la

prestación al argumentar que no completaba las semanas exigidas; que cotizó 588 semanas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima (f.º 2 a 5 del cuaderno del Juzgado).

El INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, no contestó la demanda (f.º 17 del cuaderno del Juzgado).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Adjunto del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 27 de enero de 2012, absolvió al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, de todas las pretensiones de la demanda (f.º 34 al 37 del cuaderno del Juzgado).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, mediante sentencia del 17 de julio de 2012, confirmó la sentencia de primer grado (f.º 7 al 14 del cuaderno del Tribunal).

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró, como fundamento de su decisión, lo establecido en la sentencia CC C-596/97, como en la providencia CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 48181, que señaló que solo puede beneficiarse del régimen anterior, quien, en efecto, en algún momento perteneció a él.

Explicó:

Quienes se vinculen bajo tal legislación sin haber efectuado aportes al sistema, mal podrían solicitar se les respete y aplique un régimen al cual nunca pertenecieron.

Al abrir para que quienes no hubieren estado afiliados a ningún régimen para la entrada en vigencia de la Ley 100, resulten favorecidos con el régimen de transición, contribuía a desfinanciar el sistema, con lo cual se pondría en riesgo la posibilidad de que quienes sí se encontraban cotizando, no pueden acceder a su gracia pensional, pues no es posible desconocer que el régimen pensional de prima media se sostiene sobre cotizaciones realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión.

[...]

Ello por cuanto la afiliación constituye una manifestación expresa de voluntad de hacerse acreedor a las obligaciones y de obtener los beneficios que ofrece el régimen. Lo anterior no quiere significar que se estén realizando nuevas exigencias para permitir la aplicación de la transición, por el contrario, es una interpretación literal del vocablo aplicar los beneficiarios del “régimen anterior el cual se encuentran afiliados”, pues no está de más recordar que cuando se habla de traer exigencias que no están contempladas en la misma norma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia ha hecho hincapié en que ello significa en que no se puede negar el beneficio transicional a personas que a pesar de haber comenzado a cotizar en el régimen anterior, para el 1. de abril de 1994 se encontraban cesantes, bien porque habían completado la densidad de semanas mínimas para pensionarse porque para en esa fecha en especial no se encontraban laborando.

Advirtió, que la demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años, pero su primera cotización al ISS, tuvo lugar el 1º de noviembre de 1996, sin ninguna cotización bajo los postulados del régimen anterior; que la señora GIDALBA GIRALDO DUQUE no era beneficiaria del régimen de transición, y que no cumplió con las exigencias contempladas en el artículo 33 de la Ley 100

de 1993, modificada por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, pues sólo cotizó 591 semanas en toda su vida laboral.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver (f.º 4 al 12 del cuaderno de la Corte).

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia del Tribunal, para que en sede de instancia, «*REVOQUE la decisión de primer grado*», y en costas se provea lo que en derecho corresponda.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, el cual fue replicado en término y se pasa a estudiar.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia del Tribunal, de violar la ley sustancial por vía directa, en la modalidad de interpretación errónea del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que condujo a la inaplicación de los artículos 12, 13 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en armonía con los artículos 50, 141 y 142 de la Ley 100 de 1993, y a la vulneración de los artículos 48 y 53 de la CN.

Expone, que el Tribunal creó una tercera exigencia, no prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en el sentido de requerir, además, de la edad o el tiempo de servicios, la afiliación al sistema pensional con anterioridad a la vigencia del nuevo régimen general de pensiones.

Agregó que:

[...] el ad-quem desconoció que los afiliados que, como la aquí demandante, cumplieran las exigencias del artículo 36 de la ley 100 de 1993, bien fuera en cuanto a la edad o el tiempo de servicios, continuaban cobijados por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993; por lo tanto no le es posible al fallador de instancia desconocer [el] beneficio adquirido, advirtiéndose que a los ojos de la Constitución Política resulta inadmisibile que, dentro del sistema de seguridad social establezcan condiciones menos favorables que las que venían rigiendo para ciertos afiliados como la señora GIDALBA GIRALDO DUQUE. Si bien es cierto que en nuestro ordenamiento jurídico se estatuyó una restricción para dicho beneficio de transición, es oportuno precisar que el mismo se dispuso, según el Acto Legislativo 01 de 2005 para quienes cumplieran requisitos para pensión después del 31 de Julio de 2010 y no hubiesen acreditado más de 750 semanas al 29 de julio de 2005, en consecuencia, conforme a esa disposición de rango constitucional, es el único condicionamiento que permite restringir el beneficio establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, gracias a que, por ser una norma de jerarquía suprema, pudo entrar a limitar dicha prerrogativa, pero, reitero, no puede el Operador Judicial entrar a coartar el acceso a una derecho legal y constitucional sin que el mismo generador de la ley o el poder constituyente lo haya dispuesto de manera expresa.

Indica, que de no haberse implementado la Ley 100 de 1993, la demandante hubiese conservado la posibilidad de pensionarse aún con cotizaciones después de los 43 años y bajo las disposiciones contenidas en el Acuerdo 049 de 1990, pero la introducción del sistema general de pensiones, conllevó a que las exigencias para pensionarse por vejez fueran más estrictas, ocasionando de esa manera consecuencias negativas, pues perdió la posibilidad de

pensionarse con las cotizaciones efectuadas entre los años 1996 y el 2008 - entre sus 43 y 55 años de edad.

Agrega, que el régimen de transición nace como un mecanismo legal que permite proteger a aquellas personas que resulten afectadas por el tránsito legislativo y vean lesionados sus derechos con ocasión del rigor de la nueva normatividad; que en consecuencia, para el caso, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estipuló la posibilidad de mantener vivas, por ser más favorables, las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 relativas a la pensión de vejez, para aquellas personas que en razón de su avanzada edad, 35 años las mujeres 40 años los hombres o 15 años o más de servicios, verían afectados sus derechos conforme a la norma vigente antes del cambio normativo y al impedir a la demandante conservar tal beneficio adquirido años atrás, se le están coartando sus garantías amparadas, tanto por la misma CN como por los convenios internacionales suscritos por Colombia, en especial el Pacto Interamericano de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en la Convención Americana de Derechos Humanos, a los cuales se debe someter en seguimiento del principio *pacta sunt servanda*.

VII. RÉPLICA

Expone, que el cargo presenta deficiencias técnicas como lo es, entremezclar en un cargo jurídico, aspectos facticos; que no existe ningún error en las consideraciones del Tribunal, pues está conforme con el criterio que sobre las afiliaciones con posterioridad a la entrada en vigencia de la

Ley 100 de 1993, ha mantenido esta Corporación (f.º 33 al 37 del cuaderno de la Corte).

VIII. CONSIDERACIONES

No le asiste razón a la réplica en cuanto a los dislates técnicos que le adjudica a la demanda de casación, y aunque la censura alude algunas situaciones fácticas referidas en el cargo orientado por la vía directa, lo hace para demostrar que el Tribunal, en una interpretación equivocada, exigió, a su parecer, un requisito adicional no contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Realizada la aclaración anterior, comienza la Sala por señalar que no son puntos objeto de inconformidad; que la demandante tenía 43 años de edad el entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994); que su primera cotización al régimen de pensiones la realizó el 1º de noviembre de 2006; que no efectuó cotización en ningún régimen anterior al sistema general de pensiones; que cotizó en toda su vida laboral un total de 591.43 semanas.

Alega la recurrente, que el Tribunal incurrió en el error jurídico que se le endilga, al razonar que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la precitada ley, pues a pesar de completar uno de los requisitos de acceso a dicho régimen (la edad), no se encontraba vinculado a ningún régimen pensional con anterioridad al 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró a regir el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993,

pues su ingreso a este sistema aconteció el 1º de noviembre de 1996, por manera que no era beneficiaria del régimen de transición de la referida ley.

En ese sentido lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala, en reiterados pronunciamientos, entre otras sentencias, CSJ SL14846-2014, CSJ SL2129-2014, CSJ SL17914-2016, CSJ SL13154-2016, CSJ SL7305-2016, CSJ SLJ13663-2016, en la primera de las cuales, la Corte dijo:

Ahora bien, el Juez plural fundó su decisión básicamente en que a pesar de que el demandante tenía más de 40 años de edad cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, no era beneficiario del régimen de transición por cuanto para esa fecha no había realizado ningún aporte a la seguridad social.

La censura radica justamente su inconformidad en ello, y argumenta para el efecto que el Estatuto de Seguridad Social no exigió más requisitos que un mínimo de edad o 15 de servicios, para ser acreedor del referido régimen, por lo que en su sentir existió equivocación hermenéutica al requerir la afiliación al sistema.

Frente a tal discusión cabe decir que aun cuando la Ley 100 de 1993 en su artículo 36 permite la aplicación de las normas pensionales anteriores a ella, en favor de quienes para 1º de abril de 1994, contaran con más de 40 años de edad tratándose de hombres, o más de 15 de servicio, lo cierto es que el legislador dio por supuesto que la pensión se había empezado a construir al decir «...la edad para acceder a la pensión de vejez será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados», y por ello el propósito fue el de salvaguardar expectativas de quienes un número considerable de años de trabajo o de cotizaciones, sin que en efecto fuera necesario que estuvieran afiliados al sistema, o una edad que permitiera, en suma el acceso a la prestación.

En este sentido se ha pronunciado la Sala en repetidas ocasiones, como recientemente en la sentencia del 30 de julio de 2014 radicación 46694 en la que se dijo:

Dada la vía escogida, no se discute en este caso, la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a partir del día 30 de mayo de 1994; que cotizó durante su vida laboral 718,14 semanas al Instituto de Seguros Sociales según se desprende de la historia laboral aportada al proceso (fls.

5 y 6), y el hecho de que a la entrada en vigencia de la L. 100/1993, la actora tenía más de 35 años de edad.

Precisado lo anterior, debe decirse que, tal como lo señaló esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL 1495-2014, 12 feb. 2014, rad. 48555, que a su vez reiteró la CSJ SL, 31 ene. 2012, rad. 48031, para que una persona pueda beneficiarse del régimen de transición de la L.100/1993 Art. 36 necesariamente debe estar afiliada a un régimen anterior. En dicho pronunciamiento se puntualizó:

(...) tiene definido la jurisprudencia de la Sala, que para ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no se exigen requisitos adicionales a los previstos por el legislador en esa preceptiva, y que hacen referencia a la edad mínima de 35 años para las mujeres y 40 para los hombres, o 15 o más años de servicios, sin que sea menester que para la entrada en vigencia del sistema se tuviera vínculo laboral vigente. **Obviamente el régimen pensional anterior que ampara la transición, es aquel que traía el afiliado antes de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones; esto supone entonces, que con anterioridad, la situación pensional de quien pretende beneficiarse de la transición, estaba necesariamente regulada por un determinado régimen del que aspira aplicación ultractiva en los aspectos previstos por la misma disposición.** (Negrilla fuera del texto).

En el mismo sentido, esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 14 de jun. de 2011, rad. 41271, señaló lo siguiente:

[...] surge evidente que el Tribunal no se equivocó al negar a la demandante la aplicación del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que antes del 1º de abril de 1994, no se encontraba cubierta por ningún régimen de pensiones, por lo cual, se presenta total indeterminación en cuanto al régimen anterior a que se refiere el inciso 2º del precepto legal recién mencionado, eventualmente más favorable en términos de edad, monto, y tiempo de servicios o semanas cotizadas.

En ese orden, la situación de la actora quedó gobernada por las previsiones de la Ley 797 de 2003 (art. 9º), que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, como su servicio se prolongó solamente durante 526.85714 semanas, no hay lugar a la concesión de la pensión de vejez, en tanto, además de los 55 años de edad, debía acreditar 1050 semanas de aportes.

Si bien, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la exigencia contenida en el artículo 1º del Decreto Reglamentario 813 de 1994, de que para quedar cubierto por el régimen de transición se requería estar inmerso en una vinculación contractual o reglamentaria a la fecha de entrada en vigencia del sistema de

seguridad social integral, la Sala considera que en el caso bajo examen, no se trata solamente de la ausencia de un nexo laboral vigente a la fecha mencionada, sino de la carencia absoluta de afiliación a un régimen pensional antes de esa data.

*Por ello, **a juicio de la Corte, es necesario que, quien aspira a beneficiarse de la transición mencionada, perteneciera a un esquema pensional para el 1º de abril de 1994, entre otras cosas, porque de no estarlo, resultaría imposible determinar cuál es el régimen precedente que lo beneficiaría, y además porque, si la teleología de la norma es que los trabajadores antiguos no vean frustrada su expectativa de pronto acceso a la pensión, nada se truncaría en casos como el presente, en el que no había expectativa próxima a concretarse, por no formar parte de ningún sistema pensional.***

Como el asunto definido anteriormente corresponde a idéntica situación fáctica a la aquí debatida, es de recibo señalar que en ningún error incurrió el Tribunal cuando negó el régimen de transición al demandante que antes del 1º de abril de 1994, no pertenecía a ningún régimen pensional.

Al no encontrar la Corporación nuevos elementos de juicio que la lleven a variar su criterio en este tema, el cargo no prospera.

Costas en el recurso extraordinario a cargo del recurrente. Como agencias en derecho se fija la suma de \$3.750.000, que se incluirán en la liquidación que el juez de primera instancia efectúe, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia dictada el diecisiete (17) de julio de dos mil doce

(2012) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **GIDALBA GIRALDO DUQUE** contra **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN** - hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

Costas, en la forma como se indicó en la parte motiva.

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

SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA

CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO