



JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Magistrado ponente

SL6557-2017

Radicación n° 58571

Acta 16

Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de **GLORIA STELLA AGUDELO DE AGUIA** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 14 de agosto de 2012, en el proceso que instauró la recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en liquidación**.

Acéptese como sustituta procesal del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), según la petición que obra a

folios 20 y 21 del cuaderno de la Corte.

I. ANTECEDENTES

GLORIA STELLA AGUDELO DE AGUIA llamó a proceso al Instituto, con el fin de que se declarara que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, le fuera concedida pensión de vejez de conformidad con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 0758 de ese año, a partir del 29 de abril de 2006 o desde el retiro del sistema. Pidió también los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación de la deuda.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que nació el 29 de abril de 1951 y cumplió 55 años de edad el mismo día pero del año 2006. Para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones tenía más de 35 años de edad, por lo que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Cotizó al Instituto 516 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima. Solicitó la prestación a la entidad demandada, quien mediante Resoluciones n°s 04424 de 2008 y 036612 de 2009, confirmadas en la Resolución n° 012195 de 2011, resolvió en forma negativa por no cumplir el número mínimo de semanas exigido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, admitió la edad de la demandante, la existencia de reclamación administrativa y la respuesta negativa; frente a los demás dijo no tenían tal calidad o los negó. Adujo que a la reclamante no le era aplicable el Acuerdo 049 de 1990, al no reportar afiliación con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

Propuso las excepciones de compensación, prescripción, inexistencia de la obligación y carencia del derecho.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo dictado en audiencia del 6 de marzo de 2012, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y carencia del derecho, propuestas por el Instituto, y lo absolvió de todos los cargos.

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conoció en virtud de la apelación de la parte demandante, y mediante fallo del 14 de agosto de 2012, confirmó el del Juzgado en su integridad.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el

Tribunal se refirió al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y a jurisprudencia de esta Sala de la Corte, concretamente la sentencia CSJ SL, 3 nov. 2010, rad. 36330, y consideró que:

A 01 de abril de 1994, la accionante contaba con más de 35 años de edad, pues, nació el 29 de abril de 1951, como se demuestra con la copia de la cédula de ciudadanía, folios 9, 45 a 46, 197 y 272, así como del registro civil de nacimiento, folio 273, por lo que en principio, se favorecería del régimen de transición. Sin embargo, la realidad procesal evidencia que la primera cotización efectuada por la señora Agudelo de Aguia, para los riesgos de IVM lo fue el 01 de enero de 1996, lo cual significa que su afiliación se produjo con posterioridad a la entrada en pleno vigor de la ley de seguridad social integral, según se infiere del reporte de semanas, folio 15, así como de las relaciones de novedades allegadas al proceso, folios 16 a 19, 56 a 63, 179 a 186, 229 a 232, 239 a 244, 252 a 255 y 261 a 267.

Bajo estas condiciones fácticas, no puede aplicarse a la actora la normatividad transicional, para regular su pensión de vejez con arreglo al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, pues, pese a cumplir con el requisito de edad al cobrar aliento jurídico la Ley 100 de 1993, no existe prueba dentro del proceso de la que se colija que se encontraba afiliada a algún régimen anterior, más aún, desde la demanda solicita se declare que no era necesario haber cotizado antes del 01 de abril de 1994, para acceder al beneficio reclamado, folio 29, en consecuencia, se infiere que no pretende le sean reconocidos aportes anteriores, entonces, no podía favorecerse de un ordenamiento derogado por la nueva ley, sólo vigente para quienes se beneficiaron con el régimen de transición por encontrarse en ese sistema, al comenzar a regir aquella normatividad.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver previo estudio de la demanda del recurso extraordinario. No

hubo réplica.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, profiera condena a la pensión de vejez.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que no fue replicado, así:

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia por vía directa *«por interpretación errónea del artículos 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del año 1990, en relación con los artículos 47 y 48 de la ley 90 de 1946, en consonancia con el artículo (sic) 259 y 260 del C. S. del T., en relación con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.*

En la sustentación esgrime el impugnante que la situación pensional de la actora se enmarca dentro del artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

Luego agregó:

La interpretación que le da el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá y el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, considera que la primera cotización efectuada por la señora Agudelo de Aguiar para los efectos de IVM lo fue el 01 de enero de 1996, lo cual significa que su afiliación se produjo

con posterioridad a la entrada en pleno vigor de la ley de seguridad social integral según se infiere al reporte de semanas, vigencia, (sic) bajo las condiciones fácticas no puede aplicarse la normatividad transicional para regular su pensión de vejez con arreglo de acuerdo con 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, pues pese a cumplir con el requisito de edad al cobrar aliento jurídico la ley 100 de 1993, no existe prueba de la que se colija que se encontraba algún régimen anterior, situación que es errónea por parte del Juzgado y del Tribunal por cuanto la situación pensional de mi poderdante se enmarca dentro del Decreto 758 de 1990, artículo 12 (sic)

En consecuencia y bajo lo normado por el artículo 47 de la Ley 90 de 1946, el Instituto sólo debe calcular un número de semanas previas para permitir acceder a este derecho.

El Seguro Social tal como fue pensado tenía una proyección muy benéfica por lo cual no se puede aceptar que la pensión pretendida por la actora sólo procede tal y como lo estimo el juzgador de instancia, con lo cual se produce la violación del contenido de los artículos 47 y 48 de la ley 90 de 1946.

Se debió estimar que la trabajadora cobijada por el régimen de transición era beneficiaria de la pensión deprecada pues acredito un número de semanas muy superior al mínimo que debía cotizar para acceder a la pensión deprecada, por lo tanto la pensión no puede ser denegada.

VII. CONSIDERACIONES

El censor incurre en la impropiedad técnica de cuestionar el fallo del Juzgado, cuando esto sólo es posible en la casación *per saltum* que no es aquí el caso. En este recurso extraordinario, en principio, se somete al escrutinio de la Corte la decisión de segundo grado, y es sobre ella que versa el juicio de legalidad.

Dejando de lado lo anterior, de todas maneras el cargo no tiene vocación de prosperidad, por lo que pasa a

explicarse:

La discusión jurídica del *sub lite*, gira en torno a determinar si quienes son potencialmente beneficiarios del régimen de transición por cumplir los requisitos de edad o tiempo de servicios o número de cotizaciones previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pueden reclamar para efectos de la pensión de vejez la aplicación de una determinada normatividad precedente, no obstante que su pertenencia al régimen de pensiones se configura por primera vez con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993.

Sobre este tema la jurisprudencia de la Sala se ha pronunciado, en el sentido de señalar como resultado de la hermenéutica impartida al artículo 36 de la Ley 100 citado, que un correcto entendimiento del precepto conduce a que la aplicación de un régimen pensional precedente reclama de parte del interesado su pertenencia a él antes de la entrada en vigor del sistema general de pensiones, es decir, tiene que haberlo cobijado en algún momento en que ese régimen anterior tuvo vigencia, por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo. Esta situación es distinta a la circunstancia de no ser cotizante activo a 1° de abril de 1994, pues en esta hipótesis la persona sí pertenecía a algún régimen, pero no se encontraba sufragando aportes al momento del tránsito legislativo.

Para ilustrar el criterio basta remitirse a las sentencias CSJ SL, 2129-2014 y CSJ SL, 8801 -2015, donde expuso la Corporación:

Lo que sí es objeto de polémica en casación, es determinar si a pesar de que a 1 de abril de 1994 la demandante tenía más de 35 años, esta sola circunstancia por sí misma la hace merecedora del régimen de transición regulado por el artículo 36 acusado por su errónea interpretación, y por consiguiente, se le aplique el régimen pensional anterior del ISS, esto es, el Acuerdo 049 de 1990.

Válido es rememorar que los cambios legislativos en materia de derechos sociales, y la pensión de vejez lo es por antonomasia, en algunas ocasiones modifican los requisitos que la ley anterior establecía para acceder a esta prestación, tornándolos más rigurosos, por ejemplo, frente a la tasa de reemplazo, el número de semanas de cotización o del tiempo de servicios y, en cuanto a la edad, lo cual, por supuesto, dificulta a las personas alcanzar ese logro, no obstante la expectativa legítima que tienen en relación con la normatividad anterior.

Para evitar que estas personas vean truncadas sus aspiraciones, el mismo legislador tiene la obligación de establecer los mecanismos tendientes a garantizar a este grupo poblacional próximo a cumplir los requisitos para su pensión de vejez, que efectivamente se le respete esa expectativa.

En efecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 protegió dicha expectativa, y en tal virtud dispuso que estas personas conservarían su derecho a pensionarse conforme al régimen anterior, el cual en la mayoría de los casos seguramente resultaba más favorable, eso sí, en la medida en que acreditaran el cumplimiento de las reglas previstas para ello, es decir, que a 1 de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones, su edad fuera de 40 o 35 o más años de edad tratándose de hombres o mujeres, respectivamente, o tuvieran 15 o más años de servicios o cotizados.

Nótese que la razón de ser para implementar un régimen de transición cuando opera un cambio legislativo en materia pensional, no es otra que la de proteger a quienes estuvieron

próximos a pensionarse, respetándoles los requisitos que les exigía el sistema pensional que les aplicaba con antelación al nuevo, sin que ello signifique que para beneficiarse de esta garantía sea necesario estar cotizando en ese momento.

Para que lo anterior justifique su operatividad, es decir, que se aplique el beneficio del régimen de transición, es presupuesto fundamental que ese grupo poblacional, frente al cambio legislativo, tenga en ese momento una expectativa legítima de que su pensión será producto de aplicar el sistema o régimen pensional anterior del cual es beneficiario, sin que sea menester tener la condición de cotizante activo, en este caso, para el 1 de abril de 1994.

Por tanto, llegar al aserto al que arribó el Tribunal en cuanto que la demandante no encaja dentro de los presupuestos de la norma acusada, es totalmente atinado, pues para la data de entrada en vigencia del nuevo sistema general de pensiones, la señora Molina de Vélez no tenía ninguna expectativa de pensionarse con un régimen anterior a la Ley 100, verbigracia, el previsto para los trabajadores afiliados en pensiones al ISS, en tanto sólo ingresó por primera vez al sistema pensional el 10 de octubre de 1994.

Este ha sido el criterio de esta Corte, y así en reciente sentencia CSJ SL, 13 nov. 2013, rad. 49148, se dijo:

Puestas así las cosas, bien debe concluirse que el juez de la alzada no incurrió en desafuero alguno al entender que la titularidad a un régimen pensional por vía de transición impone, como mínimo, que se haya estado afiliado al mismo durante su ordinaria vigencia, pues sólo puede accederse al derecho pensional si se cumplen los supuestos de hecho que la particular norma que lo regula exige, el primero de los cuales es, obviamente, que se hubiere tenido la condición de afiliado al mismo, ello por cuanto no es dable derivar un derecho de una condición que nunca se tuvo.

De conformidad con lo dicho, la actora al no poder reclamar la aplicación del régimen pensional previsto en el Acuerdo 049 de 1990, pues en la fecha en que se dio su primera afiliación al sistema general de pensiones, esto es, el 1° de enero de 1996, dicha normativa había sido

derogada, su eventual derecho a la pensión de vejez quedaría regulado por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, en tanto acredite el cumplimiento de los presupuestos de dicha preceptiva.

En este proceso no se demostró la satisfacción de tales exigencias, toda vez que según lo dio por establecido el tribunal, hecho que se entiende admitido por el recurrente dada la orientación jurídica del ataque, la asegurada en toda la vida laboral acumuló 792,85 semanas de aportes, número a todas luces insuficiente para acceder a la prestación de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones.

Por las razones indicadas, no prospera el cargo.

Sin costas en el recurso extraordinario, por no haber sido causadas.

VIII. 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 catorce (14) de agosto de dos mil doce (2012) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., dentro del proceso ordinario laboral seguido por **GLORIA STELLA AGUDELO**

DE AGUIA contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES en liquidación**, hoy sustituido procesalmente por la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones**.

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

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Presidente de la Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN