



FERNANDO CASTILLO CADENA

Magistrado ponente

SL18546-2016

Radicación n.° 58057

Acta 46

Bogotá, D. C., seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **MARÍA TERESA BRIGARD DE SAMUDIO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 12 de junio de 2012, en el proceso que instauró contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

De acuerdo a la petición presentada conjuntamente por el Vicepresidente Jurídico – Secretario General de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y el Director Jurídico Nacional del ISS, que reposa a folios 33 y 34 del cuaderno de la Corte, téngase como sucesora procesal del extinto Instituto, a la mencionada administradora, de acuerdo a lo previsto por el Decreto 2013 de 2012 y el artículo 68 del C.G.P, aplicable a los

procesos del trabajo y de la seguridad social, en razón a la remisión analógica establecida en el artículo 145 del código procedimental de esta especialidad.

I. ANTECEDENTES

La actora demandó al ISS con el propósito de que fuera condenado a reliquidarle la pensión de vejez a partir del 1º de marzo de 2008, tomando como tasa de reemplazo el 60% «del Ingreso Base de Liquidación de los aportes realizados durante los últimos 10 años cotizados, según lo señala el artículo 21 de la Ley 100 de 1993», sumas que deben indexarse, más los intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la misma disposición legal, la aplicación de facultades *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En lo que rigurosamente concierne al recurso extraordinario sustentó las súplicas en que con la Resolución No. 023127 del 27 de mayo de 2008, el ISS reconoció que es beneficiaria del régimen de transición; que por haber cotizado 793 semanas, le concedió pensión de vejez, a partir del 1º de junio de 2008 en cuantía de \$1.619.779, para lo que le aplicó una tasa de reemplazo del 60% del IBL, pero no tuvo en cuenta para ello el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años; que posteriormente reclamó y el instituto accionado, con el acto administrativo distinguido con el número 059490 del 5 de diciembre de 2008, corrigió la fecha de causación de la prestación y la determinó el 1º de marzo de 2008; que solicitó la reliquidación de la prestación, pero la entidad de

seguridad social a la fecha de presentación del libelo, no le había respondido.

También señaló que la accionada debió analizar todas las posibles formas que prevé la Ley 100 de 1993 para liquidarle la pensión y concederle la que más le era favorable, es decir, aquella que implica tomar los últimos 10 años cotizados, actualizados como lo establece el artículo 21 de la citada normativa, porque así incrementa su monto inicial (fls. 2 a 10).

El accionado, aunque se opuso a las pretensiones, admitió, con excepción del IBL tomado para reconocer la pensión, todos y cada uno de los fundamentos fácticos del escrito inicial de la contienda; adujo que con la Resolución 023127 de 2008, la prestación se liquidó *«teniendo en cuenta los factores salariales de toda la vida laboral (artículo 20 del decreto 758 de 1990) y el promedio de lo devengado en los últimos 10 años de aportes (artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la ley 796 de 2003) y aplicó o tuvo en cuenta al momento de efectuar el reconocimiento la liquidación más favorable para el asegurado»*. Propuso como excepción previa la prescripción, y de mérito las de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho y de la obligación reclamada, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls. 28 a 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo de 24 de abril de 2012, absolvió al ISS,

declaró probada la excepción de carencia de causa para demandar e impuso costas a la demandante (folios 121 y 122).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Apeló la parte actora y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver el recurso, mediante sentencia del 12 de junio de 2012, confirmó la de primer grado.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el *ad quem* relató que en la apelación se alegaba un error aritmético en la liquidación de la pensión por parte del juez, porque en consideración de la recurrente «*se deben tener en cuenta los incrementos anuales con el I.P.C. de los últimos 10 años que arrojan como promedio de los salarios un ingreso Base de Liquidación la suma de \$3.057.476,59, que al aplicar el 60% de IBL da una mesada inicial de \$1.834.485,95, razón por la cual, de esta liquidación actualizada anualmente con el I.P.C y, teniendo en cuenta los extremos correctos, si se presenta una diferencia en la primera mesada pensional que concede el ISS frente a la liquidación efectuada por esta parte aproximadamente de \$200.000, así las cosas, le asiste pleno derecho a la actora al reconocimiento de la reliquidación pensional, teniendo en cuenta para ello los salarios reales*».

Recabó en que la «*apelación alindera la controversia al presunto yerro en la liquidación de la mesada pensional*» y que la recurrente consideraba que para obtener el IBL más favorable debía tomarse «*la totalidad de ingresos devengados por*

la accionante en los últimos 10 años anteriores a la causación de su derecho pensional».

Relacionó los folios en los que reposan las resoluciones a través de las cuales el ISS reconoció y corrigió la fecha de concesión de la pensión, la copia del reporte de semanas cotizadas en el período 1967 – 1994, el derecho de petición incoando la reliquidación de la prestación, la copia del edicto No. 11 del 3 de noviembre de 2009 y de la cédula de ciudadanía de la demandante, el comunicado de referencia de una tutela, la resolución que dispone el archivo del expediente administrativo de la actora y la copia de éste último.

Transcribió el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 e indicó que el *a quo* había aplicado el promedio de lo cotizado en los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión y que *«verificando de las liquidaciones de pensión realizadas por el Instituto de Seguros Sociales (folios 83 a 87) y los actos administrativos que decidieron lo relativo a la pensión de la demandante (folios 11 a 13 y 46 a 48), se tiene que la señora María Teresa Brigard de Samudio alcanzó a cotizar al 28 de febrero de 2008 un total de 793 semanas, por las cuales el Seguro Social procedió a efectuar la liquidación por el promedio de lo cotizado durante toda la vida y por los 10 años anteriores a la causación del derecho, última liquidación que por principio de favorabilidad decidió aplicar para determinar el IBL».*

Insistió en que el ISS reconoció la pensión tomando el promedio de los 10 últimos años de cotización y que *«teniendo claridad que lo peticionado por la parte recurrente es la reliquidación de la pensión de vejez por el promedio de los 10 últimos años cotizados de conformidad con el art. 21 de la Ley 100 de 1993, de*

los cuales indica esta parte tener como extremos temporales los concernientes al 23 de diciembre de 1989 al 28 de febrero de 2008», entendió que la discusión «únicamente» se contraía a los extremos temporales que debían tenerse en cuenta para efectos de contabilizar los 10 años de salarios sobre los que se cotizó; así relató que el ISS, siguiendo las directrices consignadas en las sentencias de esta Sala de radicación 43336, 42566 y 36965, y según se reporta a folio 84 del expediente, había tomado como límites para liquidar la pensión, el 16 de diciembre de 1989 y el 20 de febrero de 2008; que la actora, de acuerdo a lo indicado en medio magnético, consideraba que la prestación debía cuantificarse con el promedio de los valores reportados del 23 de diciembre de 1998 al 28 de febrero de 2008.

Que los extremos a tomar como plazo efectivamente cotizado comprendían del 1º de julio de 1997 al 29 de febrero de 2008; que ante tales diferencias debía acoger los principios de favorabilidad y de la no *reformatio in pejus*, pues los cálculos indicados por la actora, única apelante, resultaban inferiores a los verificados por el ISS, y que por ello debía confirmar la decisión del juez.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida para que, en sede de instancia, se revoque la del *a quo* y, en su lugar, se «condene al Instituto demandado a reliquidar y pagar a mi poderdante la pensión de vejez a partir del 01 de Marzo de 2008 conforme con los preceptos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es sobre un porcentaje del 60% del ingreso base de liquidación de los salarios realmente devengados durante los últimos 10 años cotizados actualizados año por año con el IPC, junto con sus correspondientes intereses moratorios, se paguen las sumas adeudadas y debidamente actualizadas y se provea en costas como en derecho corresponda».

Con tal propósito formula un cargo que fue replicado y que se procede a resolver.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia de violar directamente la ley sustancial en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 13 y 36 de la Ley 100 de 1993, la que condujo a la infracción directa del artículo 21 de esa misma preceptiva.

Al desarrollar el cargo afirma que el artículo 21 de la Ley de Seguridad Social prevé que para lograr el IBL se deben tener en cuenta los salarios realmente devengados en los últimos 10 años cotizados «*debidamente actualizados año por año con el IPC*»; que el Tribunal, señaló que la «*inconformidad radica únicamente en lo concerniente a los extremos temporales tomados como rango para determinar los 10 últimos años de cotización,*

y que no evidencia se haya vulnerado el derecho prestacional de mi representada frente a la liquidación del IBL efectuada por el instituto demandado».

Estima que el sentenciador erró al contrariar los pronunciamientos jurisprudenciales, entre otros el emitido en la sentencia CSJ SL, del 8 de nov. 2011, rad. 48504, de la que transcribió un fragmento, resaltando con negrillas el término *«ajustado por inflación»*.

Añade que el fallo recurrido, al infringir el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, vulneró también el principio de favorabilidad que debió aplicar acorde con reiterados pronunciamientos en los que se ha tratado el tema de la condición más beneficiosa, para lo que copia apartes de la que dice es una sentencia que no identifica.

VII. RÉPLICA.

La oposición aduce graves e insuperables fallas técnicas de la demanda, pues en su sentir, presenta un *«gaseoso y general debate que en nada refuta el real fundamento del fallo impugnado»* y que, por ello, según las voces de la providencia CSJ SL, de 20 de feb. 2007 rad. 28501, permanece incólume.

VIII. CONSIDERACIONES

Para el juez colegiado las operaciones aritméticas realizadas por el ISS, tomando como parámetros los últimos

10 años de aportes, arrojan una pensión superior a la que se lograría atendiendo los parámetros temporales indicados por la libelista, de allí que haciendo eco de los principios de favorabilidad y «*no reformatio in pejus*», puesto que se trataba de la única apelante, era pertinente confirmar la decisión absolutoria de primer grado.

Por su parte la censura considera que el juez de apelaciones dejó a un lado la revisión de la prestación con los derroteros fijados por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, que prevé la actualización de los salarios reportados en los últimos 10 años anteriores al otorgamiento de la pensión, y erró al limitar su estudio solamente a las fechas que debían tenerse en cuenta para efectos de verificar la liquidación.

La réplica a su vez, destaca que la demanda de casación no controvierte los verdaderos pilares de la sentencia recurrida y, por tanto, no debe prosperar.

Aunque la demanda de casación no es un modelo, es claro que el único cargo planteado denuncia la interpretación errónea de los artículos 13 y 36 de la Ley 100 de 1993, cuando en esencia, su inconformidad radica en la infracción directa del artículo 21 de la misma normativa, pues refiere que el sentenciador se rebeló al dejar de aplicarlo, con el argumento de acudir al principio de favorabilidad.

Sin embargo, el Tribunal sí se ocupó del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al punto que lo transcribió en forma completa y, además, en el apartado que tituló «*Reliquidación de la mesada pensional*» se refirió «*al promedio de lo cotizado durante los últimos diez años*», de donde surge palmario el apoyo en la normativa referida; de tal suerte que no acompaña la razón a la recurrente cuando denuncia la infracción directa del mencionado precepto.

Otra cosa es que exista diferencia en la interpretación de la disposición en comento, respecto a lo que debe entenderse como el promedio de los «*salarios realmente devengados de los últimos diez años cotizados debidamente actualizados año por año con el IPC*», para lo cual la recurrente debió acudir a la vía directa por la interpretación errónea de la norma pero no a su infracción directa; error de técnica suficiente para no casar la sentencia del Tribunal.

A pesar de lo anterior, la Sala con el fin de unificar la jurisprudencia nacional considera importante reiterar la correcta interpretación sobre el particular.

Mientras que para la censura la norma se refiere al promedio de lo cotizado en los últimos diez años calendario, con lo cual el mencionado lapso transcurrió entre el «*23 de diciembre de 1998 (sic) y el 28 de febrero de 2008 (medio magnético a fl. 112^a)*», para el sentenciador, la norma se refiere a los últimos 10 años **cotizados**, parámetro que ciertamente puede exceder del tiempo calendario, interpretación que

valga la pena anotar, también sostiene la entidad demandada.

Pues bien, la teleología de la norma es determinar la base de liquidación de las pensiones de vejez con el promedio de 10 años de cotizaciones, precisamente los ubicados al final de la vida laboral del afiliado, admitiendo para el caso de invalidez y sobrevivencia todo el tiempo de cotizaciones si este fuere inferior a 10 años y, por favorabilidad, el promedio de las de toda la vida, cuando el afiliado cotizó como mínimo 1250 semanas.

De ello se desprende que, aun cuando el cargo hubiera sido correctamente dirigido, tampoco le asistiría la razón a la recurrente, en tanto, el promedio para liquidar la pensión de vejez, conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, corresponde al de los últimos 10 años de cotizaciones efectivas.

El Colegiado encontró que la forma de liquidación propuesta por la censura daba como resultado una mesada inferior, por tanto, en aplicación del principio de la «*no reformatio in pejus*», confirmó la sentencia del Juzgado, la cual absolvió al Instituto demandado, precisamente porque tuvo en cuenta para la liquidación del IBL el promedio de las rentas o salarios cotizados durante los últimos diez años anteriores, conforme a la interpretación que se corresponde con la teleología de la norma y que apoya esta Sala de Casación.

Así las cosas el cargo resulta infundado.

Las costas se impondrán a la recurrente dado que hubo réplica, y en ellas se incluirá \$3.250.000 como agencias en derecho, que el juez de primer grado incluirá al momento de hacer la respectiva liquidación, como lo prevé 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 doce (12) de junio de dos mil doce (2012) por La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARIA TERESA BRIGARD DE SAMUDIO** contra el **INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES**.

Costas, como se dijo.

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

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Presidente de Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS