

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Magistrado ponente

SL21912-2017

Radicación n.º 48905

Acta 45

Bogotá, D. C., seis (6) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Sala el recurso extraordinario de casación interpuesto por **AMPARO DE JESÚS GIRALDO MARÍN**, contra la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2010 por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el proceso ordinario laboral que le instauró al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Amparo de Jesús Giraldo Marín demandó al Instituto de Seguros Sociales, a fin de que se le condene a reconocer y pagarle la pensión de vejez, a partir del 18 de enero de 2008, incluidas las mesadas de junio y diciembre, por ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ende tener derecho a la

pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990; a indexar las sumas adeudadas entre la fecha de causación y la de ejecutoria de la sentencia; al pago de intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 18 de enero de 1953, por lo que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; que estuvo afiliada al ISS y ha cotizado un total de 607 semanas, acreditadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 55 años de edad; que el régimen de transición del que es beneficiaria es el previsto en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la pensión, se rigen por esa normativa; que reunió los requisitos del Acuerdo 049 ibídem, el 18 de enero de 2008, fecha en la cual cumplió los 55 años de edad, y acreditó más de 500 semanas, todas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad; que reclamó ante el demandado su pensión de vejez y mediante Resolución N.º 978 del 2008, el ISS le negó su petición, al considerar que no era beneficiaria del régimen de transición, por no hallarse afiliada al régimen de prima media con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra esta decisión, los cuales fueron resueltos negativamente mediante resoluciones 4646 y 1677 de 2008, respectivamente, con el argumento de que para ella no

existe régimen anterior al cual se encontraba afiliada, por tanto no era posible aplicarle la transición.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a todas las pretensiones, y en cuanto a los hechos señaló como cierto el relacionado con la afiliación al régimen de prima media, el total de semanas cotizadas, la reclamación administrativa, y los argumentos expuestos en la resolución que negó la prestación; sobre los demás manifestó que no le constaban o que no eran ciertos. En su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, ausencia de requisitos para acceder al derecho reclamado, y las declarables de oficio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Manizales, mediante sentencia del 4 de febrero de 2010, dispuso absolver a la entidad demandada de todas las pretensiones formuladas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales confirmó la decisión del *a quo*.

Comenzó por señalar que lo procurado por la demandante es que la entidad de seguridad social demandada le reconozca y pague una pensión de vejez, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, por ostentar la

condición de beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

A continuación, relacionó como aspectos del debate plenamente probados, que la demandante nació el 18 de enero de 1953, por lo que a 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad; que mediante Resolución N.º 978 de 2008, el ISS le negó la prestación económica solicitada, porque si bien acreditaba un total de 518 semanas cotizadas, se constató que no es beneficiaria del régimen de transición, por cuanto no se encontraba afiliada al ISS con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que mediante Resolución N.º 4646 de 2008, la entidad no repuso la resolución recurrida, pero reconoce que la accionante tiene cotizadas 607 semanas; y que a través de la Resolución N.º 1677 de 2008, le resolvió el recurso de apelación, que confirmó la Resolución N.º 978 de 2008.

Seguidamente, citó el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 18 de la Ley 797 de 2003, y el artículo 4 de la Ley 860 de 2003, del cual resalta el aparte que dice: «...en el régimen anterior al cual se encuentren *afiliados*», para decir que de acuerdo con los hechos y las pruebas documentales obrantes a folios 20 a 38, 76 a 82, 89 a 92, 93 a 100, 105 a 112 y 114 a 116, a 1º de abril de 1994, la reclamante no se encontraba afiliada al ISS ni a ninguna Caja de Previsión Social, pues comenzó a realizar cotizaciones para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a partir del año 1996.

Por último, adujo que no le asiste razón a la accionante al reclamar la pensión de que trata el Acuerdo 049 de 1990, pues tal normativa no le es aplicable, como quiera que no se encontraba afilada al ISS con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones que estableció la Ley 100 de 1993, por lo que no es predicable que estuviera cobijada por el régimen de pensiones de aquella normativa.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la parte demandante, concedido por el tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case totalmente la sentencia de segundo grado, en cuanto confirmó la de primera instancia, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, y que, actuando como tribunal de instancia, revoque el fallo del a quo para que en su lugar, se condene al Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 18 de enero de 2008, en cuantía del 51% del ingreso base de liquidación, calculado sobre lo cotizado en los últimos diez años actualizado anualmente, incluidas las mesadas de junio y diciembre, los reajustes legales anuales, intereses de mora y costas del proceso.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados en la

oportunidad legal, los que se resolverán de forma conjunta como quiera que persiguen el mismo fin, se valen de argumentos similares y están intrínsecamente relacionados.

VI. CARGO PRIMERO

Se formula de la siguiente manera:

1.2. Cargo. Es la sentencia cuestionada, violatoria de la ley sustancial por interpretación errónea de los artículos 48, 53 y 58 de la Constitución Política; inciso 2 artículo 36 de 1a Ley 100 de 1993; que condujo a la Violación directa, por infracción directa del artículo 1 del Decreto 813 de 1994, inciso 2, artículo 4 del Decreto 2527 de 2000, 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, toda vez que habiéndose exigido por la norma que contempla el régimen de transición, que al 1º de abril de 1994 se hubiere cumplido 35 o 40 años de edad, si se es mujer u hombre respectivamente, o se hubiere cotizado quince (15) años o más años de servicios para la misma fecha, el Tribunal, dentro de su interpretación, que resulta adversa al sentido lógico y racional de los preceptos que lo consagran, incorpora como requisito para su aplicación, no contemplado en la norma, que la persona al 1º de abril de 1994 se hallare afiliada al Instituto de Seguros Sociales para efectos 1a aplicación del régimen de esta entidad.

1.3 Normas sustanciales infringidas:

1.3.1 Artículos 48, 53 y 58 de 1a Constitución Política de Colombia

1.3.2. Artículo 36 de 1a Ley 100 de 1993

1.3.3 Artículo 1 del Decreto 813 de 1994.

1.3.4 Artículo 4 del Decreto 2527 de 2000.

1.3.7 Artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año

En desarrollo del cargo, el censor arguye que la sentencia acusada vulnera las disposiciones citadas, toda vez que el tribunal agrega un requisito no previsto en el derecho positivo, específicamente en la norma que contempla el régimen de transición, ya que niega el derecho

a la transición por el hecho de no hallarse afiliada la actora a 1º de abril de 1994 al ISS o a una Caja de Previsión Social, adición que no solo es contraria a la ley sino a los principios mínimos incorporados por el constituyente de 1991 en el artículo 53 de la Constitución Política.

Aduce que ninguna interpretación judicial tendría valor y pleno vigor, si no tiene como fuente primigenia la Constitución Política como norma de normas, que constituye el marco general de derechos, deberes y obligaciones de los asociados, por lo que no es posible interpretar una institución jurídica por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales que ésta incorpora.

Cita los artículos 48, 53 y 4 (inciso 2) y señala que dichas normas fueron desarrolladas por la Ley 100 de 1993, al incorporar tales principios en los artículos 1, 2, 10 y 11. Agrega que mucho antes de la Constitución Política existía en el derecho positivo laboral, el desarrollo concreto del principio de favorabilidad, en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

Aclara que inicia el estudio del cargo con la citación de normas constitucionales, por ser de aplicación preferente, tal como lo dispone el artículo 4 de la Carta Política, que permite al operador jurídico, aplicando la excepción de inconstitucionalidad, apartarse del texto de una norma, por ser contraria al ordenamiento superior y aplicar aquella que se halla ajustada.

Refiere que en la Ley 100 de 1993 no se determinó que el régimen de transición solo se aplicaría a aquellas personas afiliadas con anterioridad al sistema, puesto que el único requisito exigido fue que a la fecha de entrada en vigencia del sistema la persona contara con 40 años o más si es hombre o 35 años o más si se es mujer o, que a la misma fecha acreditara 15 o más años de servicios; por lo que considera, que la persona solo tenía que cumplir uno de esos dos requisitos, y como la demandante cumplió el de la edad, no se podía dejar de aplicar el régimen de transición, como lo hizo el tribunal, al requerir la afiliación a un sistema pensional anterior al de la Ley 100.

Además, que el artículo 48 de la C. P., adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, estableció que los requisitos y beneficios pensionales para las personas cobijadas por el régimen de transición, serán los exigidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que la Corte Constitucional ha definido que dicho régimen constituye un derecho adquirido que ni siquiera el legislador puede desconocer, razón por la cual, no puede el juez a su arbitrio, establecer causales de pérdida o de exclusión, distintos a los establecidos.

Transcribe el inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el 1 del Decreto 813 de 1994, y añade que los numerales, 3, 4 y 5 del artículo 1 del Decreto 1160 de 1994, que modifica el 4 del Decreto 813 ibídem, que pretendió excluir a algunas personas del régimen de transición, fueron declarados nulos por el Consejo de Estado.

Alega que incluso esta Corporación definió el tema, señalando que la afiliación no puede tenerse como un requisito adicional para obtener los beneficios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, posición también sostenida por la Corte Constitucional.

Precisa que el inciso 2 del artículo 4 del Decreto 2527 de 2000, es claro al determinar que la persona beneficiaria del régimen de transición, por haber cumplido uno de los requisitos (edad o tiempo de servicios), puede cumplir con posterioridad a su vigencia, el número de semanas mínimas que debía cotizarse al ISS; e incluso, define de manera inequívoca, el derecho a acogerse a otro régimen general de transición.

Señala los requisitos establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, y concluye finalmente, que estando demostrado que la actora tiene más de 55 años, y que acredita más de 500 semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento a la edad mínima, tiene derecho a la pensión de vejez al amparo del régimen de transición.

VII. CARGO SEGUNDO

Fue planteado en los siguientes términos:

2.2. Cargo: La Sala de decisión Laboral del honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Manizales en la sentencia acusada incurre en Violación del inciso 2, artículo 36 de la Ley

100 de 1993, toda vez que si bien lo aplica, niega el derecho que la misma contempla; deja de aplicar o niega la aplicación del artículo 1 del Decreto 813 de 1994 y del inciso 2, artículo 4 del Decreto 2527 de 2000 lo que llevó a violar los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobados por el Decreto 758 del mismo.

2.3 Normas infringidas:

2.3.1. Artículo 36 de la Ley 100 de 1993

2.3.2 Artículo 1 del Decreto 813 de 1994.

2.3.3 Artículo 4 del Decreto 2527 de 2000.

2.3.4 Artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobados por el Decreto 758 del mismo año

En desarrollo de la acusación, con similares argumentos a los del primer cargo, la recurrente reitera que para ser beneficiario del régimen de transición solo se requiere que la persona para la fecha de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, cuente con 35 años o más de edad si es mujer, o 15 años o más años de servicios cotizados, sin que puedan incorporarse requisitos o presupuestos adicionales, como el de la afiliación a un régimen antes de la entrada en vigencia del sistema.

Insiste en que el tema de la afiliación anterior a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para la aplicación del régimen de transición, fue esclarecido por el inciso 2 del artículo 4 del Decreto 2527 de 2000, y que el tribunal no estudia ni aplica dicha norma, la cual no ha sido suspendida ni anulada por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y por ende, es obligatoria, lo que conllevó a su violación por infracción directa.

Así mismo, que la negación de la aplicación del inciso 2 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que contempla el

régimen de transición, conllevó a la infracción directa de los artículos 12 y 20 de Acuerdo 049 de 1990, que debe aplicarse en cuanto a la edad, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez.

Por último, precisa que la sentencia violó la ley de manera directa en la medida en que el tribunal, si bien en principio estudia la norma que contempla el régimen de transición, no reconoce el derecho que la misma establece a favor de la recurrente, y por ende deja de aplicar las normas que determinan el derecho en la forma y términos fijados por la misma.

VIII. RÉPLICA

El opositor hace una réplica conjunta a los cargos, señalando que el tribunal acertó al proferir su sentencia, pues se basó en las normas jurídicas aplicables al caso, se concentró en los puntos materia de la demanda, y se ajustó a la realidad evidenciada en el expediente procesal, al acervo probatorio arrimado al proceso y a los principios de la sana crítica, teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales de esta Corporación.

Afirma que no se evidencia violación alguna de la ley por parte del juzgador de segunda instancia en la aplicación de las normas, sino que por el contrario, el sentenciador le dio el alcance y la inteligencia correctos a las mismas.

Que no se demuestra con la demanda que el casacionista hubiere indicado claramente cuál fue el

sentido errado que imprimió el juzgador en su fallo, y cuál el verdadero que debió darle, como lo exige la jurisprudencia de esta Corte, y que el juez de segunda instancia, entendió adecuadamente la norma jurídica que regula la materia en su integralidad y la aplicó a los hechos que son propios del proceso.

Para finalizar indica que no se puede reclamar un régimen de transición que no se tenía al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, pues se requiere de la afiliación anterior que le dé la vocación de pertenecer a un régimen, ya que esta expectativa es la que protege el sistema de transición, pero la demandante ni siquiera estaba afiliada y al no estarlo, se rige por las normas de la Ley 100 de 1993 y no por un régimen anterior que no ostentaba. Entonces, considera que el juzgador de segunda instancia, le dio el correcto entendimiento a las normas que regulan la materia, señalando de manera cierta el sentido jurídico de su decisión, a la luz de la jurisprudencia de esta Sala, quedando a la vista la congruencia jurídica con el operador judicial de primer grado.

IX. CONSIDERACIONES

El tribunal negó el derecho pretendido, luego de determinar, con las pruebas documentales allegadas al proceso, que la actora sólo se afilió y comenzó a cotizar al I.S.S. después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, aspecto fáctico sobre el cual no existe discusión.

Entonces, la controversia que propone el cargo queda contraída a determinar si la recurrente tiene derecho a la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por vía del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pese a que para el 1 de abril de 1994, cuando entró a regir el referido precepto transicional, no se había afiliado al Sistema General de Pensiones bajo ningún régimen.

Planteadas así las cosas, se comienza por decir, que es cierto que la Corte ha sostenido que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 sólo impone como requisitos para obtener los beneficios del régimen de transición, la edad o los años de servicio o cotizados, y en ningún momento el de estar afiliado a un sistema de pensiones antes de la nueva ley de seguridad social; no obstante, dicho criterio recae sobre casos en los que los demandantes, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no tenían vínculo laboral vigente, pero que con anterioridad a la fecha en que entró a regir dicha disposición, sí habían estado afiliados a algún régimen pensional, situación que no se da en este proceso.

Esta Corporación de manera reiterada y pacífica, ha precisado que para beneficiarse del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es necesario estar afiliado a un sistema pensional a la entrada en vigencia del nuevo régimen de pensiones de dicha ley.

La anterior interpretación se encuentra plasmada, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 14 jun. 2011, rad

43181; CSJ SL 13 mar. 2012, rad. 38476; CSJ SL, 26 jun. 2012, rad 42729; CSJ SL421-2013; CSJ SL470-2013; CSJ SL722-2013; CSJ SL827-2013; CSJ SL3934-2014; CSJ SL4409-2014; CSJ SL7296-2015; CSJ SL8639-2015; CSJ SL4180-2016; CSJ SL3572-2017; CSJ SL9976-2017 y SL10584-2017, en las que ha dicho:

[...]aun cuando el aquí accionante al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía la edad prevista en su artículo 36, no es viable aplicarle el régimen de transición ya que con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de esa legislación no estuvo afiliado a ningún régimen pensional.

[...] Para la Sala, en el sub lite es indispensable que hubiese estado afiliado a un sistema pensional con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1.993, inclusión que a su vez permitiría determinar cuál es el régimen anterior que lo beneficiaría. [...] (negrilla fuera de texto).

Así mismo, la Corte ha dicho que al implementarse con la Ley 100 de 1993 un nuevo sistema general de seguridad social en pensiones, quiso el legislador que los trabajadores «antiguos», ya fuera por edad o por tiempo de servicios, que estuvieran «afiliados» a un «régimen anterior», no vieran frustradas abruptamente las expectativas de pensión que tenían con el sistema al cual se encontraban afiliados; sin embargo, en el presente caso ninguna expectativa vería frustrada la demandante, pues no había estado afiliada a ningún régimen antes de la Ley 100 ibídem, y por lo tanto, no se vería afectada con la transición.

De acuerdo con lo expuesto, es indispensable que la accionante hubiese estado inscrita en un sistema pensional con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993,

situación que permitiría determinar cuál era el régimen anterior que la beneficiaría. En consecuencia, y aunque la demandante al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, tenía la edad prevista en su artículo 36, no es viable aplicarle el régimen de transición, porque con anterioridad a la fecha en que entraba a regir el nuevo Sistema General de Pensiones, no estaba, ni estuvo afiliada a ningún régimen pensional.

Se concluye entonces, que el tribunal no incurrió en yerro jurídico alguno, y como esta Corte no encuentra razones para modificar su pacífico criterio, se declarará la no prosperidad de los cargos.

Con ocasión del fracaso del recurso propuesto, las costas quedan a cargo de la recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$3.500.000, que deberán ser liquidados en conformidad con el artículo 366 del C.G.P.

X. 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 del 13 de septiembre de 2010, proferida por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **AMPARO DE JESÚS GIRALDO MARÍN** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES.**

Costas como se indicó en la motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase 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