



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 3

JORGE PRADA SÁNCHEZ

Magistrado ponente

SL5179-2018

Radicación n.º 62318

Acta 42

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala decide el recurso de casación interpuesto por **GLORIA NURY AZCÁRATE DÍAZ**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., el 20 de febrero de 2013, en el proceso que instauró contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Gloria Nury Azcárate Díaz demandó al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, para que se le condenara a reliquidar la pensión de jubilación, con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, bajo los parámetros del Decreto 929 de 1976, esto es, con el 75% de los factores devengados en el último semestre; así mismo,

pidió los intereses moratorios sobre las mesadas completas entre el 1 de diciembre de 2009 y el mes de octubre de 2010, cuando fue ingresada a nómina de pensionados, y la indexación sobre las sumas adeudadas.

Soportó su pedimento, en que la demandada le reconoció la pensión de vejez, por Resolución 005243 del 6 de febrero de 2009, conforme a la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, con una mesada inicial de \$2.755.167, para lo cual tomó como IBL las cotizaciones de los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 85%, condicionada al retiro del servicio.

Aseveró que en virtud de los recursos de reposición y apelación que interpuso, el 21 de septiembre de 2010, la demandada profirió la Resolución 03762, por la cual modificó la inicial y ordenó incluirla en nómina de pensionados a partir del 1 de diciembre de 2009, con una mesada inicial de \$2.791.173.

Dijo que la Contraloría General de la República le aceptó la renuncia a partir del 1 de diciembre de 2009, decisión que fue radicada ante la accionada el 4 de diciembre de 2009 y mediante comunicación del 10 de febrero de 2010 le instó a que se le incluyera en la nómina de pensionados y que dada la tardanza, en abril de 2010 requirió para dicha inclusión, la cual se ordenó el 21 de septiembre del mismo año y el retroactivo generado por \$31.261.133, fue incluido para su pago en octubre de 2010, conforme a la Resolución 03762.

Señaló que por Resolución 03762 del 21 de septiembre de 2010, la demandada le negó la reliquidación a que aspiraba con base en el Decreto 929 de 1976, en tanto le resultaba *«más favorable la liquidación de su prestación económica con la Ley 100 de 1993»*.

Dio a conocer que laboró para el Ministerio de Salud desde el 25 de junio de 1969 hasta el 2 de marzo de 1980; para la Empresa Energía Eléctrica de Bogotá del 20 de noviembre de 1990 al 31 de diciembre de 1990, para Energía de Bogotá desde el 1 de enero de 1991 hasta el 1 de enero de 1994 y para la Contraloría General de la República del 8 de agosto de 1994 hasta el 01 de diciembre de 2009.

Afirmó que nació el 14 de agosto de 1944 y que por lo mismo para el 1 de abril de 1994, contaba más de 35 años y por tanto era beneficiaria del régimen de transición (fls. 3 a 17).

La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones y adujo como excepciones prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. Aceptó el otorgamiento de la pensión de vejez y el valor de la mesada inicial, para lo cual tomó las cotizaciones de los últimos 10 años, con una tasa de reemplazo del 85%, condicionada al retiro del servicio; que el 21 de septiembre de 2010 profirió la Resolución 03762, en la que ordenó incluir a la demandante en nómina de pensionados, con una mesada inicial de \$2.791.173, en la cual, además, negó la reliquidación con fundamento en el Decreto 929 de 1976. También aceptó los tiempos laborados para las entidades y empresas indicadas en la demanda, así como la fecha de

nacimiento de la señora Azcárate Díaz y su calidad de beneficiaria del régimen de transición (fls. 58 a 60)

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante fallo de 27 de septiembre de 2012, absolvió a la demandada de todas las pretensiones e impuso costas a la demandante (fls. 89 a 98); en sentencia complementaria del 22 de enero de 2013, condenó al Instituto de Seguros Sociales a pagar \$5.986.287, por concepto de intereses moratorios (fls. 109 a 113).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver la apelación interpuesta por la actora, el *ad quem* confirmó el fallo proferido por el juzgado.

El Tribunal consideró que como la demandante nació el 14 de agosto de 1944, al 1 de abril de 1994, contaba más de 35 años de edad, que la hacía beneficiaria de la previsión contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo cual se le debería aplicar el régimen anterior, al que se hallaba afiliada, con respeto a la edad, el tiempo de servicio o cotizaciones y el monto de la pensión.

Estimó que para la aplicación del régimen pensional de la Contraloría General de la República a que hace referencia el Decreto 929 de 1976, era necesario que hubiera estado vinculada a la entidad desde antes de la Ley 100 de 1993 y, dado que se vinculó a esa entidad el 8 de agosto de 1994, es

decir, con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social Integral en Pensiones, no había lugar a la reliquidación impetrada.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por Gloria Nury Azcárate Díaz, fue concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, que procede a resolverlo.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente pretende que la Corte case totalmente el fallo gravado, en cuanto confirmó el del juzgado que absolvió de todas las pretensiones y condenó en costas a la actora, para que, en sede de instancia, revoque la decisión del juzgado y acceda a la totalidad de las pretensiones.

Con tal propósito, por la causal primera de casación, formula un cargo, que fue replicado.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa violación directa, en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 13, 15 y 36 de la Ley 100 de 1993, 21 del Código Sustantivo del Trabajo, 53 de la Constitución Política, lo cual condujo a la infracción directa del artículo 7 del Decreto 929 de 1976.

Recuerda que es beneficiaria del régimen de transición señalado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; por ello,

dice, se le debe conceder la pensión de jubilación bajo las condiciones y parámetros del Decreto 929 de 1976, en la medida en que se trata de un ordenamiento que le resulta más favorable. Agrega que se le debe mantener la edad, el tiempo de servicio o semanas de cotización y el monto de la pensión del régimen anterior y, en consecuencia, se debe aplicar integralmente el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, el cual ordena reconocer la pensión de jubilación ordinaria con el 75% del promedio de los salarios devengados durante el último semestre de servicio.

Asevera que la negativa a reliquidar la pensión de jubilación en los términos del artículo 7 del Decreto 929 de 1976, por no estar vinculada al 1 de abril de 1994 a la Contraloría General de la República, comporta la creación de un nuevo condicionamiento que la ley no establece, menos cuando para 1969 ya se encontraba vinculada al Ministerio de Salud. Reitera que en la Contraloría completó 15 años, 3 meses y 27 días de servicio, suficientes para acceder a la pensión de jubilación especial de esta entidad.

Después de citar sentencias de la Corte Constitucional, y el Consejo de Estado, advirtió que el fallo recurrido debió reconocer el derecho a la reliquidación con fundamento en el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, que no acudir a otro régimen pensional para establecer el monto de la pensión.

VII. RÉPLICA

Sostiene que no se incurrió en la interpretación errónea, porque el Tribunal señaló que conforme al artículo 36 de la

Ley 100 de 1993, se le debía aplicar el régimen al cual se hallaba afiliado al momento de entrar en vigencia la misma y para esa calenda, la actora no laboraba con la Contraloría General de la República; dicha conclusión, dice, no fue atacada.

Argumenta que si el Tribunal hubiera concluido que no tenía derecho a la pensión de jubilación del Decreto 929 de 1976, porque no reunía los requisitos señalados en la Ley 100 de 1993, tampoco resultaba desacertado; de no ser así, habría libertad para con posterioridad a la expedición de esta ley, escoger regímenes diversos, como la pensión por aportes, o por cotizaciones del Acuerdo 049 de 1990, sin afiliación antes de que la Ley 100 de 1993 cobrara vigor.

VIII. CONSIDERACIONES

El Tribunal consideró que a pesar de que la actora era beneficiaria del régimen de transición, por haber cumplido más de 35 años al 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993, la aplicación del régimen pensional de la Contraloría General de la República, contenido en el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, estaba supeditada, por lo menos, a que antes de aquella fecha, estuviera sometida al régimen contenido en dicha norma, lo cual no sucedió, en tanto constituye un hecho no controversial que su ingreso a laborar a esa entidad, se verificó el 8 de agosto de 1994.

La censura argumenta que en virtud del principio de favorabilidad y el régimen de transición del artículo 36 de la

Ley 100 de 1993, se debe conceder la pensión de jubilación del artículo 7 del Decreto 929 de 1976, que debe liquidarse con el 75% del promedio de salarios devengados en el último semestre. Agrega que al negar la pensión de jubilación del mencionado decreto, se introdujo una exigencia ajena a la ley.

El problema jurídico que debe resolver la Sala, consiste en dilucidar si el Tribunal se equivocó al considerar que, a pesar de que la demandante era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la pensión de jubilación a que hace referencia el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, le resultaba inaplicable, debido a que para la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones, no se hallaba vinculada a esa entidad y, por lo mismo, ese no era su régimen anterior.

No es objeto de discusión que la accionante nació el 14 de agosto de 1944, por lo cual, cumplió uno de los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Verdad averiguada es que mediante el precepto legal recién mencionado, se mantuvo la edad, el tiempo de servicio o semanas de cotización y el monto de la pensión, señalados en el régimen al que pertenecía la interesada al entrar en vigencia el Sistema General de Seguridad Social en pensiones.

Tampoco es objeto de discusión, que la actora ingresó a laborar a la Contraloría General de la República el 8 de

agosto de 1994, lo cual permite colegir sin asomo de duda que para el 1 de abril del mismo año, la accionante no formaba parte del contingente integrante del régimen contenido en el Decreto 929 de 1976, por manera que deviene claro que no podía conservar un beneficio con el que no contaba para la época en que entró a regir el estatuto de la seguridad social.

Se dice lo anterior, toda vez que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispuso respetar el régimen al cual se encontraba afiliado el trabajador, de donde se sigue que por una razón obvia, el trabajador debe encontrarse afiliado a uno de los esquemas existentes antes del 1 de abril de 1994, pues se trata de proteger unas expectativas legítimas, contenidas en la normatividad reguladora del sistema pensional, en tanto no se puede entender dicha protección en abstracto.

La Corte ha fijado posición en relación con el significado del régimen de transición en sentencia CSJ SL13246-2017, en la que se ilustró:

En tales términos lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala, en reiterados pronunciamientos, entre otras sentencias, SL14846-2014, rad. n.º 52356, CSJ SL2129-2014, CSJ SL17914-2016, CSJ SL13154-2016, rad. n.º 53278, CSJ SL7305-2016, CSJ SLJ13663-2016, rad. n.º 52992, en la primera de las cuales la Corte dijo:

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 otra oportunidad, sobre la temática que ocupa la atención de la Sala, en sentencia CSJ SL2192-2018, se expuso:

Sobre el particular, la Corte ha reiterado que un adecuado entendimiento del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permite inferir que para ser beneficiario del régimen de transición, además de cumplir con la edad o el tiempo de servicios allí establecido, se requiere haber estado afiliado e inscrito en un «régimen pensional anterior» que genere una expectativa legítima y que sea susceptible de protección.

[...]

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 estuvieren 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.

[...]

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 otra parte el Consejo de Estado, Sección II, ha definido el tema, en reiterados fallos, como CE- 0091-2009, 2790-2008, 1849-2013 y 0899-2011 y, en este último se dijo respecto a la aplicación del régimen de transición en tratándose del Decreto 929 de 1976, lo siguiente:

i) Régimen de transición.

La Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, con el objetivo de amparar a la población en las contingencias de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de pensiones y otras prestaciones, para los afiliados y sus beneficiarios, encaminadas a proteger sus derechos fundamentales y a crear mecanismos de carácter económico que contrarrestaran las circunstancias de desamparo, pérdida de capacidad laboral o vulnerabilidad a las que se veían sometidos.

[...]

Se observa, entonces, que la Ley 100 de 1993 creó un régimen de transición, que ha sido entendido como un beneficio consagrado en favor de las personas que cumplan determinados requisitos, para que al entrar en vigencia la nueva ley, en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión, se sigan rigiendo por lo establecido en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados.

Con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 el régimen general pensional del sector público estaba consagrado en la Ley 33 de 1985, la cual en su artículo 1º, inciso segundo, dispuso que la misma no se aplicaría a los empleados oficiales que desarrollan actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la

ley haya determinado expresamente, ni a aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

ii) Régimen especial.

De acuerdo con las pruebas allegadas al expediente, se acreditó que al 1 de abril de 1994 la señora Sara Paulina Pretel Mendoza contaba con más de 35 años de edad, por lo cual se encuentra dentro de las previsiones del régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Así mismo, se observa que la demandante se encuentra dentro de la excepción consagrada en el segundo inciso del artículo 1º de la Ley 33 de 1985, cuyo tenor literal establece que dicho régimen general no se extiende a “los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones”.

Por consiguiente, y conforme al material probatorio que obra en el expediente, ha de precisarse, que por haber prestado los servicios la actora por más de diez años a la Contraloría General de la República, dentro del lapso comprendido entre el 19 de enero de 1977 y el 1º de abril de 1994, fecha en entró a regir la Ley 100 de 1993, la gobierna el régimen especial contenido en el Decreto 929 de 1976 y no las Leyes 33 y 62 de 1985, como lo expresó la entidad demandada.

Es decir, que es condición para aplicar el artículo 7 del Decreto 929 de 1976, establecer si el trabajador cumple con los requisitos del régimen de transición del 36 de la Ley 100 de 1993.

De lo que viene de decirse, el Tribunal no incurrió en la desinteligencia atribuida, razón por la cual el cargo no prospera.

Se imponen costas a cargo del recurrente con inclusión de \$3.750.000 a título de agencias en derecho. Aplíquese el artículo 366-6 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 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., el 20 de febrero de 2013, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **GLORIA NURY AZCÁRATE DÍAZ**, contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

Costas como se dijo en la parte motiva.

Notifíquese, cúmplase, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

DONALD JOSÉ DIX PONNEFZ

JIMENA ISABEL GODOY FAJARDO

JORGE PRADA SÁNCHEZ