



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL16810-2016

Radicación n.º 49596

Acta No. 40

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2010, por la **SALA LABORAL DE DESCONGESTIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, en el proceso ordinario laboral de **OMAIRA GRISALES SALGADO** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES SECCIONAL VALLE DEL CAUCA**, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y el **HOSPITAL PSIQUIÁTRICO UNIVERSITARIO DEL VALLE E.S.E.**

En atención a la solicitud de folios 42 y 43 del cuaderno de la Corte, téngase como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales hoy en liquidación, a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES,

acorde con lo previsto en el art. 35 del Decreto 2013 de 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 C.P.T y de la S.S.

I. ANTECEDENTES

La citada accionante demandó en proceso ordinario laboral, a fin de que se ordene al Departamento del Valle del Cauca y al Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle E.S.E., que procedan al reconocimiento y pago del mayor valor adeudado sobre su pensión de vejez, «en cuantía de \$664.394 a partir del 1 de mayo de 2004, equivalente al 75% del promedio mensual de todos los factores salariales devengados», no tenidos en cuenta para la liquidación de su bono pensional, que según la liquidación efectuada por la demandante, lo devengado ascendió en el último año de servicios a la suma de \$10'630.312, que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75% arroja el citada mesada de \$664.394,00 mensuales. Así mismo, pidió condena por los reajustes de ley desde el año 2004 y los intereses moratorios, y al pago de las nuevas sumas o diferencias que resulten entre la fecha de adquisición del derecho y la de inclusión en nómina con los verdaderos valores, más las costas.

En subsidio, solicitó que de llegar a probarse que entre el Departamento del Valle del Cauca y el Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle E.S.E., cancelaron en el curso del proceso, el mayor valor adeudado por concepto de los factores salariales, se sirva ordenar al Instituto de

Seguros Sociales reliquidar la pensión de vejez a partir del 1º de mayo de 2004, en cuantía de \$664.394, equivalente al 75% del promedio mensual, y la cancelación de las diferencias pensionales adeudadas, junto con los reajustes de ley.

Fundamentó sus peticiones, en que nació el 9 de octubre de 1944 y al 31 de diciembre de 1995, tenía 51 años de edad; que es beneficiaria del régimen de transición contemplado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993; que prestó sus servicios al Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle E.S.E., del 1º de junio de 1985 al 4 de junio de 2004, en el cargo de Auxiliar de Servicios Generales; que las cotizaciones al Seguro Social se hicieron desde el 8 de febrero de 1996; que con anterioridad, había cotizado al ISS, laborando para el sector privado, sin citar más datos; que fue pensionada por el Instituto mediante Resolución n.º 02965 el 16 de abril de 2004, a partir del 1º de mayo de ese mismo año, en cuantía de \$385.618, *«habiendo cotizado 1.064 semanas para el Instituto de Seguros Sociales Seccional Valle del Cauca, entre el tiempo laborado a entidades del estado y cotizado al ISS, siendo su último empleador el Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle»*; que la anterior suma fue obtenida por el Instituto como resultado de tomar los 10 últimos años de salarios devengados, con el IPC, lo cual arrojó un valor de \$575.549 al que le aplicó el 67%, con el que reconoció la mesada; que desempeñaba funciones administrativas e intelectuales, *«sin tener una posición directa en el desarrollo de la actividad, siendo una empleada oficial a nivel territorial de carácter departamental»*.

Agregó que el 31 de diciembre de 1995, estando al servicio del Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle E.S.E., se trasladó al ISS, y se hizo acreedora del bono pensional Tipo B; que el 17 de mayo de 2006, solicitó al citado establecimiento hospitalario y a la Gobernación del Valle, la reliquidación del bono, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio; que la institución le dio respuesta con oficio n.º TH-0682-06, explicándole el trámite seguido para la liquidación de su bono pensional.

Luego de citar las normas que integran los fundamentos de derecho, que según afirma regulan su caso, y de mencionar sucintamente su intención respecto de: el régimen de prestaciones sociales de los servidores públicos en entidades territoriales (Ley 33 de 1985); el monto de las liquidaciones de jubilación o invalidez (art. 43º de la Ley 4ª de 1966) y los derechos prestacionales de los empleados departamentales (Decreto 2767 de 1945 en concordancia con el art. 17 de la Ley 6º del mismo año), dijo que el Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle certificó todos los factores salariales devengados en el último año de servicio, lo cual arrojó la suma de \$10.630.312; que para la liquidación de prestaciones sociales se entiende como salario no solo la «*remuneración ordinaria fija variable*», sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o especie como retribución del servicio; que con fundamento en el principio de la primacía de la realidad, el legislador no puede irse en contra de la naturaleza de las cosas para disponer de un pago que retribuye la actividad del trabajador y sin embargo

no considerarlo como salario; que al no incluirse todos los factores salariales se lesionan los derechos del trabajador; finalmente adujo que el valor de la pensión es de \$664.394, a partir del 1º de mayo de 2004.

Al dar respuesta a la demanda, el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA se opuso a las pretensiones, y manifestó no constarle los hechos, excepto los que se refieren a la condición de pensionada, la fecha y valor de la pensión, la petición de reliquidación del bono pensional y la reclamación administrativa presentada. Alegó, que ese ente territorial no tiene obligación de reajustar la pensión de jubilación de la demandante, por haber sido el Instituto de Seguros Sociales el que la liquidó y la reconoció, mediante Resolución n.º 02965 el 16 de abril de 2004; que para la liquidación del bono pensional se tuvo en cuenta el tiempo aportado al sector privado y el laborado con el Hospital Psiquiátrico, con el salario certificado por éste; que no hay lugar al reajuste del bono pensional porque el mismo se liquida con un programa del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el salario base del 30 de junio de 1992; que éste se establece de acuerdo con los factores que fija el Decreto 1158 de 1994, tomándolo del 1º de julio de 1991 al 30 de junio de 1992, y señalando como tales el salario base, los gastos de representación, la prima técnica constitutiva de salario, la prima de antigüedad y la prima ascensorial.

Aseguró, que el monto del bono pensional en el régimen de prima media con prestación definida que administra el Seguro Social, no afecta el de la pensión,

porque ésta se liquida con el salario base de cotización de los últimos 10 años de servicio, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; que quien está llamado al pago de los mayores valores adeudados es el Instituto de Seguros Sociales, quien reconoció la pensión.

Con fundamento en las anteriores razones, pidió que no se le diera prosperidad a las pretensiones de la demandante, en cuanto a dicho ente territorial, y propuso las excepciones de «*COBRO DE LO NO DEBIDO*» y «*PAGO TOTAL DE LA OBLIGACIÓN*».

El HOSPITAL PSIQUIÁTRICO UNIVERSITARIO DEL VALLE E.S.E., también se opuso a las pretensiones invocadas; aceptó algunos hechos y manifestó no constarle los relacionados con la forma como el ISS obtuvo el valor de la pensión y el tiempo de servicio en entidades diferentes a esa institución. Dijo no ser la entidad pagadora de la prestación, para proceder al reconocimiento y pago de los mayores valores adeudados a la pensión de vejez de la interesada, ya que fue reconocida por el ISS, y tampoco fue el hospital quien emitió el bono pensional. De igual manera se opuso a la condena por intereses moratorios, aduciendo que éstos solo se causan por el retraso en el pago de las mesadas pensionales, no cuando hay lugar a reajustes.

Reconoció que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y expresó que el Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle E.S.E., dio cumplimiento a la

obligación establecida en el artículo 22 de la mencionada ley, de trasladar el monto de las pensiones a la administradora de pensiones escogida por la interesada; que con fundamento en el art. 6º del Decreto 813 de 1994 y el art. 1º del Decreto 2527 de 2000, era el Instituto de Seguros Sociales el obligado al pago de la prestación, como en efecto procedió a través de la Resolución n.º 02965 el 16 de abril de 2004; que el Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle cumplió con la obligación legal de trasladar oportunamente a la administradora de pensiones elegida por el trabajador, el monto de los aportes correspondientes, según lo impone el artículo 22 de la Ley 100 de 1993; que de acuerdo con las diferentes normas que regulan el tema y que citó en su escrito, es el Instituto de Seguros Sociales quien funge como obligado al pago de la prestación, y así lo efectuó conforme emana de la Resolución n.º 02965 el 16 de abril de 2004.

Añadió que en virtud de un contrato interadministrativo celebrado entre Minsalud – Fondo Nacional de Pasivo Prestacional Sector Salud y el Departamento del Valle del Cauca, correspondió al ente territorial la emisión del bono pensional de la actora, incluyendo el valor de la cuota parte a cargo del Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle E.S.E.; que así lo hizo mediante Resolución n.º 2230 de noviembre de 2003; que el hospital cumplió lo que en ella se le ordenaba, consignando el valor a su cargo; que el bono pensional fue liquidado en los términos del art. 37 del Decreto 1748 de 1995, teniendo en cuenta los mismos factores utilizados para el

reconocimiento de la pensión y se apoyó en la sentencia con radicación 18585 de 2002, emanada de esta Sala.

Finalmente, concluyó que la prestación que solicita la interesada debe ser reclamada ante el Instituto de Seguros Sociales y propuso las excepciones de «Cobro de lo no debido», «falta de causa petendi», «falta de legitimación por pasiva», «inexistencia de la obligación» y «la innominada»

EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES SECCIONAL VALLE DEL CAUCA, manifestó que las pretensiones de la actora no tienen asidero, en razón de que la pensión de vejez ya le fue reconocida con todos los reajustes legales y no tiene los requisitos establecidos en los artículos 33 y 36 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de: «I. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN POR FALTA DE REQUISITOS LEGALES PARA OTORGAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y OTROS DERECHOS DE CONFORMIDAD CON LA LEY 100 DE 1993, A LA SEÑORA OMAIRA GRISALES SALGADO», «II. COBRO DE LO NO DEBIDO», «III. PRESCRIPCIÓN» y «IV. LA INNOMINADA».

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia de fecha 31 de julio de 2009, el Juzgado Quinto Laboral de Descongestión del Circuito de Cali, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARASE no probadas las excepciones propuestas por las partes demandadas.

SEGUNDO: CONDENASE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ... a reajustar, incrementando la pensión por vejez que actualmente

disfruta la señora OMAIRA GRISALES SALGADO -31 de julio de 2009- en la suma de \$401.592,00, sin perjuicio de los incrementos legales y de las mesadas adicionales.

TERCERO: CONDENESE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ... a pagar a la demandante ... la suma de \$28.880.150,00 por concepto de las diferencias insolutas de la mesada pensional con sus mesadas adicionales.

CUARTO: ORDENESE al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES para que administrativamente acuda ante el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA con el objeto de que mediante los trámites correspondientes efectúe el pago de los valores adicionales concedidos en esta providencia atinentes al bono pensional tipo B por éste expedido, ente territorial que a su vez saneará esta situación en los términos del Contrato interadministrativo de concurrencia No. 01274 de diciembre 31 de 1997, celebrado entre el Ministerio de Salud- Fondo Nacional del Pasivo Prestacional Sector Salud y el Departamento del Valle del Cauca.

QUINTO: COSTAS a cargo del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA, quienes deberán responder por este concepto en un 50% cada uno de la suma fijada por la Secretaria del Juzgado...

Para obtener las diferencias adeudadas, teniendo en cuenta los factores salariales certificados al proceso, el juez de primer grado acogió el dictamen pericial rendido en el proceso, en el cual «se determinó que la mesada que debió reconocerse asciende a la suma de \$690.971,00, la que resultó después de aplicarse la tasa de reemplazo del 78%, es decir que existe desde la primera mesada recibida el 1º de mayo de 2004, existen unas diferencias insolutas de \$305.353,00, la que siendo indexada, incluyendo las mesadas adiciones hasta el 31 de mayo de 2009 dan como resultado la suma de \$27.685.977. Debiéndose incrementar la mesada hoy recibida por la actora en la suma de \$401.592,00», resultando un total por diferencias de \$28.880.150.

El anterior fallo fue impugnado por el Instituto de Seguros Sociales, quien alegó que el *a quo* se basó en la respuesta dada por el Departamento del Valle del Cauca a

un derecho de petición que presentó la demandante, en la que le informó que para liquidar el bono pensional tuvo en cuenta el tiempo aportado en el sector privado, y el trabajado en el Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle E.S.E., como también los factores salariales devengados en el año que corrió de 2003 a 2004; que de acuerdo con los soportes empleados, el Juzgado sustentó la decisión en un dictamen pericial que no debió ser ordenado, pues por tratarse del reajuste de una pensión concedida por el ISS, de acuerdo con lo que dice la ley en ese sentido, resultaba extraña la designación de ese auxiliar de la justicia. Indicó, que dentro de las pretensiones se busca la condena al Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle E.S.E., para que reliquide el bono pensional y pague el mayor valor adeudado; que la decisión proferida contra el Instituto es improcedente, porque la ley solo permite lo otorgado en la Resolución n.º 02965 el 16 de abril de 2004, y no lo que conceptúa un perito, en tanto éste no puede indicar el régimen aplicable. Finalmente, insistió en que la prescripción debe operar en este caso, como se solicitó en la excepción, para que se resolviera el fallo de primer grado y se absolviera de las pretensiones al ISS.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por sentencia del 28 de septiembre de 2010, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, revocó el fallo de primer grado; en su lugar condenó al Instituto de Seguros Sociales a reconocerle a Omaira Grisales Salgado la suma de \$6.607.057, por

concepto de reajuste por las diferencias con las mesadas reconocidas, por el periodo comprendido entre el 5 de junio de 2004 y el 30 de agosto de 2010; igualmente lo condenó al reconocimiento de una mesada pensional equivalente a \$601.190, a partir del mes de septiembre de 2010.

Con el fin de establecer si Omaira Grisales Salgado tenía derecho a la reliquidación de la mesada pensional, de conformidad con lo previsto en el art. 20 del Acuerdo 049 de 1990, norma en que se basó el Juzgado, el Tribunal comenzó por citar un pronunciamiento jurisprudencial de esta Corporación, sobre la imposibilidad de acumular tiempos laborados en el sector público a las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, para las pensiones concedidas en régimen de transición de acuerdo con la norma en cita; en seguida tuvo como hechos demostrados, los siguientes: i), que Omaira Grisales Salgado es beneficiaria del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, pues para cuando entró en vigencia esta normativa para las entidades del orden territorial, tenía más de 50 años de edad; ii), que laboró para el Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle E.S.E., del 1º de julio de 1985 al 4 de junio de 2004 y cotizó al sistema 973,428 semanas; iii), que mediante Resolución n.º 2230 del 20 de noviembre de 2003, el Departamento del Valle del Cauca emitió un bono pensional tipo B, por valor de \$38.185.000, correspondiente al tiempo laborado por la demandante con el Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle E.S.E., quien posteriormente, el 30 de diciembre de 2003, canceló mediante consignación a favor del ISS, la suma de

\$8'035.504 por el periodo 1º de junio de 1985 a 31 de junio de 1995 y del 1º de julio al 30 de diciembre de este último año. También puntualizó, que de conformidad con constancia obrante en el proceso, trabajó para entidades del sector privado del 15 de mayo de 1974 al 5 de agosto de 1983 de manera interrumpida, para un total de 301,285 semanas.

Siguiendo en sus consideraciones, manifestó que de acuerdo con el precedente judicial señalado, la actora no tiene derecho a que se aplique el artículo 20 del Acuerdo 049/90 en su caso, ya que si bien es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, su situación pensional debía regirse por la Ley 33 de 1985, dado que ostentaba la calidad de servidora pública cuando pidió la pensión, pero bajo las condiciones de la mencionada norma no adquiere el derecho, pues no alcanzó a 20 años de servicios en el sector público oficial; dijo que tampoco aplica la Ley 71 de 1988, porque para pensionarse con esta disposición, es necesaria la demostración de semanas efectivamente cotizadas, lo que no ocurrió en este caso, en que se hizo a través de un bono pensional.

Expuso, que la demandante cumplió 55 años de edad el 9 de octubre de 1999, y en esa fecha adquirió el estado de pensionada, pues para entonces completaba, entre el tiempo de servicio al sector oficial y el cotizado al sector privado 1.039,57 semanas; que teniendo en cuenta lo anterior, le resultaba aplicable la norma original de la Ley 100 de 1993 en la que sí se previó la posibilidad de

computar tiempos de servicio en el sector oficial con semanas efectivamente cotizadas al ISS, de conformidad con el tenor literal del artículo 33 en concordancia con el literal f), del art. 13 de la citada ley, las cuales transcribió.

Con fundamento en las precedentes consideraciones, manifestó que el ISS aplicó correctamente la disposición que regula la situación pensional de la demandante, pero incurrió en los siguientes errores: i), tuvo en cuenta 1.064 semanas, siendo que la demandante, entre tiempo de servicio al sector oficial y el cotizado al sector privado, pudo demostrar un total de 1.274 semanas; ii) omitió las semanas comprendidas entre el 1º de enero de 2004 y la fecha de retiro, es decir que incluyó únicamente las cotizadas hasta el 31 de diciembre de 2003; iii) aplicó los factores salariales previstos en el Decreto 1045 de 1978, cuando debió tener en cuenta para ello el Decreto 1158 de 1994, por tratarse de una prestación reconocida íntegramente a la luz de la Ley 100 de 1993. Finalmente, para cuantificar el monto de la mesada pensional, acudió al inciso 3º artículo 36 de la citada Ley 100, y determinó que la demandante, entre el tiempo de servicio al sector oficial y el cotizado al sector privado acumuló 1.274 semanas; que de conformidad con lo previsto en el artículo 34 original de la Ley 100 de 1993 el porcentaje de liquidación era del 76%, para una mesada pensional de \$448.156.88, para el año 2004. Con este valor, estableció las diferencias entre las mesadas pagadas y las reconocidas en el fallo, hasta agosto de 2010, así como el valor de la prestación a partir del mes de septiembre del mismo año.

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 el recurrente que la Corte case en su totalidad el fallo acusado, para que, en sede de instancia, *«confirme en todas y cada una de las partes el fallo de primera instancia, proferido por el Juzgado Quinto Laboral de Descongestión del Circuito de Cali Valle del 31 de julio de 2009».*

Con tal propósito formuló un cargo, por la causal primera consagrada en el artículo 60 del Decreto Extraordinario 528 de 1964.

VI. CARGO ÚNICO

Lo presentó en los siguientes términos:

Acuso a la Sentencia del Honorable Tribunal del Distrito Judicial de Cali-Sala Laboral de violar directamente el artículo 21 y 34, inc. 1 y 2 del Artículo 36 parágrafo único, artículo 288 de la ley 100 del 23 de Diciembre del año 1993, Artículo 20 Aparte II literal a) del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990 y los principios de progresividad condición más beneficiosa, principio de confianza legítima y principio de irregresividad, por interpretación errónea, conforme al artículo 87 del C.P.la, modificado por el Decreto 528 de 1964 en el artículo 60» (Transcripción literal)

En la demostración del cargo, luego de recordar las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez, y de

transcribir el párrafo de la mencionada norma, dijo que el Tribunal, con apoyo en la sentencia del 19 de noviembre de 2007 de esta Sala de la Corte, señaló que la interpretación del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuanto refiere a las sumatorias de tiempo laborado en el sector público y cotizado en el sector privado no es legítima, y que si se somete al régimen de transición debe *«ser exclusivo a uno de los dos sistemas del régimen anterior»*; que entendió el fallador de segundo grado, que el párrafo del art. 36 de la Ley 100 de 1993, se refiere a las pensiones de vejez del art. 33, y si se tiene en cuenta éste último, que alude a la sumatoria de los periodos cotizados en cualquiera de los dos sistemas, no habría razón para que en el párrafo del art. 36 se hiciera referencia a dichas pensiones de vejez; que esa interpretación de Tribunal y Corte deja duda sobre la suerte de los aportes del sector público o privado, surgiendo la posibilidad de un enriquecimiento sin justa causa del Estado, por lo que se debe ajustar a la realidad para aquellos trabajadores activos que se vieron afectados con la Ley 100 de 1993.

Alegó, que si el Tribunal hubiera dado una interpretación correcta al párrafo único del mencionado art. 36, no hubiera revocado el fallo del Juzgado, pues dedujo *«que la norma hace referencia a las pensiones de vejez de la generalidad de la misma ley, cuando también podía haber manifestado en la interpretación que se refiere la transición para los que viene del sistema anterior, teniendo en cuenta el principio de progresividad, y condición más beneficiosa»*. Con ello puntualizó que la Corte debe casar la sentencia censurada.

VII. LA RÉPLICA

En escrito que obra en los folios 34 a 38 del cuaderno de la Corte, por el cual la parte opositora demandada insiste en que no se debió conceder y menos admitir el recurso extraordinario por falta de interés económico de la demandante, y pide que se desestime el cargo por cuanto la parte actora no ha entendido que la sentencia de segunda instancia, le fue favorable a sus intereses.

VIII. CONSIDERACIONES

Debe en principio destacar la Sala, que ninguna razón le asiste al opositor cuando solicita la desestimación de la demanda que sustenta el recurso extraordinario, prevalido en la falta de interés económico de la recurrente, en tanto que la sentencia atacada le fue favorable a las pretensiones incoadas en el libelo de introducción procesal.

Lo anterior por cuanto, como se sabe, el interés económico para recurrir en casación, se traduce en el agravio que la providencia atacada le produce al impugnante, que para este caso particular y concreto, consiste básicamente en la diferencia entre el valor de la mesada inicial reconocida en el fallo de primera instancia y el que finalmente dedujo el Tribunal en la sentencia fustigada. El *a quo* con fundamento en el dictamen pericial rendido determinó que «*la mesada que debió reconocerse asciende a la suma de \$690.971,00...*», y como quiera que vista la

motivación de la sentencia impugnada, para el *ad quem* dicha mesada desde el 1º de mayo de 2004 debió ascender a la cantidad de \$448.156.88, existe una diferencia que le fue negada al actor, que al calcularla hasta la fecha de la sentencia de segundo grado, más las mesadas futuras, teniendo en cuenta la expectativa de vida de la beneficiaria, supera sin lugar a dudas el valor mínimo exigido para acceder al recurso extraordinario.

Clarificado el aspecto anterior, y en aras de emprender el estudio sobre el fondo de la acusación, debe precisar la Sala, que en la sentencia recurrida en casación, el Tribunal redujo el monto de la diferencia en la mesada pensional de vejez que había ordenado el juez de primer grado a favor de la demandante, con fundamento en las siguientes premisas: *i)* que la demandante es beneficiaria del régimen de transición; *ii)* que esta laboró tanto para entidades públicas como privadas; *iii)* que la reliquidación pretendida no es procedente por vía del Acuerdo 049 de 1990, pues según la jurisprudencia de esta Sala, dicha normativa no permite la sumatoria de semanas cotizadas al ISS, con las realizadas a cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, como si lo permite el artículo 33 de la ley 100 de 1993, en armonía con el literal f del artículo 13 ib.; *iv)* que a la demandante le son aplicables los artículos 33 y 13 literal f) de la ley 100 de 1993; *v)* que el ingreso base de liquidación en el presente caso, es el de la ley 100 de 1993, estructurado con referencia en los factores previstos en el artículo 1º del decreto 1158 de 1994, y no con los del

decreto 1045 de 1978; y *vi*) que para cuantificar el monto de la mesada pensional inicial, acudió a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para demostrar el cargo, el censor acudió a una senda argumentativa enmarcada por la ambigüedad y la precariedad persuasiva, de la que no obstante puede extraerse que su inconformidad radica en la supuesta interpretación errónea dada por el Tribunal al parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, se limita a manifestar su divergencia con los argumentos del fallo que hostiga, pero no expresa cuál fue el alcance equivocado dado por el Tribunal a las normas aludidas en la proposición jurídica. Es así, como en forma vaga y confusa, señala que *«el literal a) parágrafo 1 Numeral 2 que hace referencia a la sumatoria de los períodos cotizados en cualquiera de los dos sistemas, no tendría razón de ser que en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 se hiciera referencia a dichas pensiones de vejez»*.

Conforme a la senda de ataque que seleccionó el recurrente, y teniendo de presente que no existe controversia alguna sobre los supuestos fácticos y probatorios que dio por demostrados el Tribunal, debe puntualizar la Sala que el argumento jurídico que esgrimió el *ad quem*, en lo que concierne con la posibilidad de computar tiempos de servicio en el sector oficial con semanas efectivamente cotizadas al ISS, se torna completamente procedente a la luz de lo que al efecto dispone el parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de

1993, y solo respecto del régimen de prima media con prestación definida. De ahí que, no se observe ningún desviado juicio hermenéutico a dicha preceptiva, en tanto que ese es el alcance que logra inferirse de su tenor literal.

Por su parte, tampoco pudo incurrir el sentenciador de alzada en ninguna equivocación, en torno a la imposibilidad de sumar tiempos de servicios en el sector público no cotizados al ISS con semanas efectivamente cotizadas a dicha entidad de seguridad, respecto de quien no se discute su condición de beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como la demandante, para efectos de acceder a la pensión de vejez de que trata el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, pues tal inviabilidad jurídica, tiene asidero en la jurisprudencia que sobre el tema ha producido la Sala, pues no se limita al fallo de casación citado en el proveído gravado con el recurso extraordinario, sino que se ha desarrollado en decenas de pronunciamientos posteriores, como son las sentencias CSJ SL 16104-2014 – CSJ SL 16086-2015 y CSJ SL 11241-2016.

Por último, en torno a los parámetros y marco normativo que sirvió de referencia al *ad quem* para obtener el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez de la demandante, debe concluirse, que tal y como se dispuso en la providencia gravada, era con arreglo a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como se

debió obtener el valor de la primigenia mesada pensional de la actora, en la medida en que le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez para cuando entró a regir la citada ley, esto es al 1º de abril de 1994, situación fáctica que además no fue objeto de controversia, pues esa ha sido la línea de pensamiento que ha mantenido la Corporación en tratándose de asegurados que estando amparados bajo el régimen de transición, se encuentran en aquella situación de temporalidad, para lo cual pueden consultarse entre otras, las sentencias más recientes como son: CSJ SL 9581 - 2016 – CSJ SL 10869 – 2016 – CSJ SL 13098 – 2016.

En efecto, esa es la interpretación impartida por la Sala en reiteradas oportunidades, respecto de la disposición en comento, como por ejemplo lo adoctrinado en sentencia CSJ SL, 1734-2015, 18 feb. 2015, rad. 53416, que se reproduce en su parte pertinente:

*Siendo así las cosas, y no habiendo discusión alguna sobre los hechos del proceso, esto es, los que dan lugar a tener al actor como beneficiario del régimen de transición establecido en el **artículo 36 de la Ley 100 de 1993**, al que le faltaban **menos** de 10 años para cumplir la edad a partir de su vigencia, corresponde decir a la Corte que en ningún yerro incurrió el juez de la alzada al concluir que el Ingreso Base de Liquidación de su prestación pensional de vejez se regula por el tercero de los incisos del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que expresa y paladinamente refiere como el obtenido del **«promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuere superior**, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE».*

Y ello es así por la potísima razón de que el llamado IBL de las pensiones reguladas por el régimen de transición se rige por lo previsto en el mentado inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 cuando al afiliado le faltaban ‘menos’ de 10 años para completar las

*exigencias del régimen pensional anterior al que aspira el interesado, pues, cuando le faltaban 'más' de esos 10 años, a falta de expresa regulación, el referido IBL se sigue por el artículo 21 de la misma normativa. Ahora, **en ambos casos, se preferirá el de toda la vida laboral cuando éste fuere más 'favorable' al del tiempo que le faltaba al interesado cuando fuere ese tiempo menor de los dichos 10 años; o al de los 10 años, si el que le faltare fuere superior, pero siempre que en este último evento hubiese cotizado 1250 semanas.***

Tal entendimiento es el que corresponde con el cabal y genuino sentido de los pluricitados artículos 36 y 21 de la Ley 100 de 1993 en frente de personas que se encuentran amparadas por el régimen de transición establecido en la primera de las preceptivas anunciadas. Así lo ha decantado de tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala, bastando citar para su ilustración lo asentado en sentencia SL5371-2014, del 30 de abr. de 2014, rad. 45842.

De igual forma, el Tribunal en forma acertada aplicó los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, para efectos de obtener la liquidación de la mesada pensional de la demandante, conforme lo precisó en el proveído atacado, pues ese es el criterio que al respecto expuso la Sala, recientemente en la sentencia CSJ SL 9581-2016, cuando al rememorar otra anterior en el mismo sentido, dijo:

Ahora bien, en cuanto al presunto error cometido por el ad quem, al aplicar los factores salariales previstos en el Decreto 1158 de 1994, esta Sala ha sostenido que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no especifica cuáles elementos salariales conforman el ingreso base de liquidación, de manera que, en virtud del mandato del artículo 18 de la misma normatividad, debe acudirse al artículo 1 del Decreto 1158 de 1994. En efecto, recientemente, en la sentencia SL3839-2015, sobre este punto particular, se sostuvo:

Ahora bien, frente a la segunda inconformidad del recurrente, relativa a la inaplicabilidad del Decreto 1158 de 1994, en lo atinente a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar las pensiones de beneficiarios del régimen de transición, la misma sentencia en cita, resaltó:

“De lo que viene de decirse, se concluye que toda vez que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puntualiza cuáles son los elementos o

factores salariales que conforman el ingreso base de liquidación, ante esa omisión es dable acudir al artículo 1 del Decreto 1158 de 1994 para establecerlo, de conformidad con lo señalado por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, el cargo no prospera.

Las costas en el recurso extraordinario serán a cargo de la parte recurrente, por cuanto la acusación no tuvo éxito y hubo réplica. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$3'250.000, que se incluirán en la liquidación que el juez de primera instancia haga, 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 proferida el 28 de septiembre de 2010, por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario laboral de **OMAIRA GRISALES SALGADO** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES**, el **DEPARTAMENTO DEL VALLE DEL CAUCA** y el **HOSPITAL PSIQUIÁTRICO UNIVERSITARIO DEL VALLE E.S.E.** Costas como se indicó en la parte motiva de esta providencia.

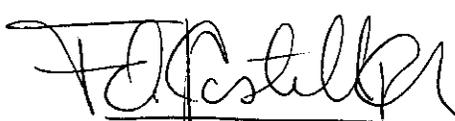
Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.


JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

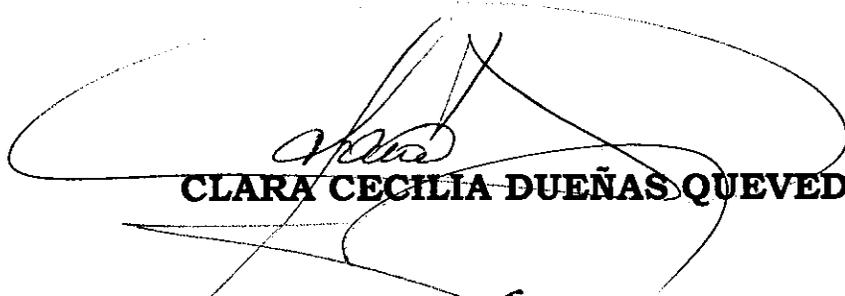
Presidente de Sala
ACCLARO VOTO


GERARDO BOTERO ZULUAGA


JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ


FERNANDO CASTILLO CADENA

ACCLARO VOTO


CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO


RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

ACCLARO VOTO


LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

ACCLARO VOTO

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia que en la fecha se fijo edicto

Bogotá, D. C. 22 NOV 2016 8:00 AM

Secretario

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia que en la fecha se desfija edicto

Bogotá, D. C. 22 NOV 2016 10:00 PM

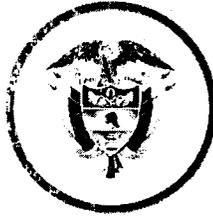
DINORA DURAN NORRIGA
SECRETARIA

SECRETARIA SALA DE CASACION LABORAL

Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, queda ejecutoriada la presente providencia

Bogotá, D. C. 25 NOV 2016 Hora: 10:00 PM

Secretario



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

**ACLARACIÓN DE VOTO DEL
MAGISTRADO RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO**

Magistrado Ponente: GERARDO BOTERO ZULUAGA

Radicación n° 49596

Aunque comparto la decisión adoptada por la Sala, debo expresar mi disentimiento con las motivaciones allí expuestas en cuanto se consideró que era correcto haber calculado el ingreso base de liquidación de la pensión de la demandante con arreglo al inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, como lo había hecho el Tribunal.

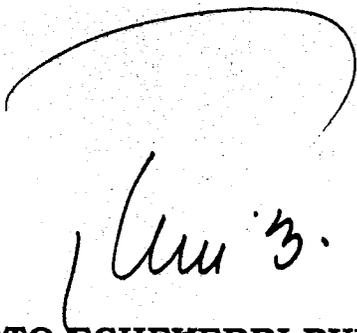
Se afirma lo anterior por cuanto si la pensión de vejez de la actora fue reconocida de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, es decir, en aplicación de la normatividad integral de la aludida ley de seguridad social, el IBL de la prestación se ha debido obtener de conformidad con el artículo 21 de este ordenamiento. El inciso 3 del artículo 36 de la citada Ley, sólo resulta aplicable en tratándose de pensiones del régimen de transición, que no es el caso de la prestación de la demandante, la cual, se reitera, fue reconocida de acuerdo a la normatividad integral de la Ley 100 de 1993, tal como se señala con claridad en la ponencia.

En estas condiciones, si la pensión de la promotora del proceso no pertenece al régimen de transición, estimo que no resulta procedente que el IBL se calcule de acuerdo con el inciso 3 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que se aplica exclusivamente a las pensiones de aquel régimen transitorio.

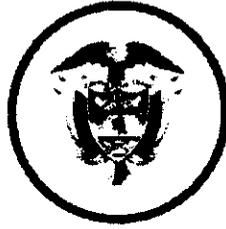
De lo expuesto se concluye que el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de la demandante ha debido calcularse en la forma prevista por el artículo 21 de la ley de seguridad y no de la manera en que lo hizo el *ad quem*.

No obstante, por ser el actor el único apelante, en aplicación del principio de la no "*reformatio in pejus*", no era posible casar el fallo recurrido para aplicar dicho precepto.

Dejo en los anteriores términos sustentada mi aclaración de voto en este asunto.



RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado Ponente

Radicación n.º 49596

**OMAIRA GRISALES SALGADO vs. HOSPITAL
PSIQUIÁTRICO UNIVERSITARIO DEL VALLE E.S.E., y
OTROS.**

Mi aclaración de voto se concreta en que el tribunal dio por demostrado que la pensión a que tenía derecho la demandante estaba regida por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 en su original redacción, y sobre dicho precepto profirió su decisión. Asimismo, dio por establecido que la actora había cotizado un total de 1274 semanas, aspectos sobre los que no existe discrepancia.

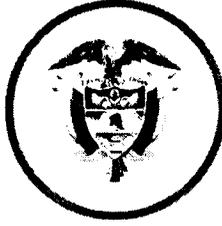
Si ello es así, mal hizo el tribunal al estimar que el ingreso base de liquidación de la pensión debía establecerse con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, error en el que también incurrió la Corte.

Si la pensión de la actora estaba regida por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación no podía estar regido por el artículo 36 ibídem, pues este precepto reguló el régimen de transición en las condiciones allí establecidas, pero dejando a salvo para sus destinatarios el régimen anterior al cual venían afiliados. Y el citado artículo 33 regula una pensión distinta, regida totalmente por el nuevo sistema pensional.

En ese orden, otras debieron ser las consideraciones de la Corte para encontrar infundado el cargo.

Fecha ut supra.


LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n°49596

**REFERENCIA: OMAIRA GRISALES SALGADO VS.
INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES
y otros.**

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, en esta ocasión me permito aclarar el voto, en tanto considero que no se ha explicado con suficiencia los motivos para aplicar el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, en algunas de las pensiones de vejez que se otorgan con base en el artículo 36 de este cuerpo normativo, es decir, aquellas que se reconocen en sede de transición del sistema.

No existe duda alguna, por lo menos para esta Sala de Casación, de que el régimen de transición sólo protege la edad, tiempo de servicios o cotizaciones y el monto consagrado en el régimen anterior; como tampoco que la expresión monto, se refiere a la tasa de reemplazo o proporción sobre el ingreso de base que determina la cuantía de la pensión.

Esta exégesis de la Sala se ve reforzada cuando la misma ley, a punto seguido, reza que *«las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley»*, para, inmediatamente, proceder a definir la figura del Ingreso Base de Liquidación -IBL.

Así las cosas, en nuestro criterio, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, fija tanto los elementos necesarios para la causación del derecho como aquellos indispensables para la cuantificación de la mesada, a decir, el monto y la base de liquidación. Por tanto, ese precepto consagra todo lo necesario para la determinación y cuantificación del derecho pensional, lo que genera, prima facie, la imposibilidad de aplicar otras disposiciones jurídicas de similar contenido para la definición de la cuantía de la pensión. En este sentido, emerge palmario, el principio de inescindibilidad de la norma jurídica, al no existir razón alguna para acudir a otro texto normativo bajo el pretexto de que existe un vacío en la Ley.

Al respecto, considero que existen dos problemas que deben ser analizados al momento de estudiar el Ingreso Base de Liquidación de las pensiones en régimen de transición: i) la interpretación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y ii) la posibilidad de sustituir la aplicación del inciso 3º del mencionado artículo 36 con la del artículo 21 en determinados eventos.

1. La interpretación del inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993

El inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, admite al menos dos alcances que pueden conducir a resultados diferentes en la cuantificación de la prestación. La primera se basa en un derecho de opción; mientras que la segunda considera que la norma tiene varios supuestos de tiempo para su estimación. Lo anterior se explica así:

a) Derecho de opción

La estructura normativa para dar fundamento a esta interpretación, es del siguiente tenor:

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE.

Esta primera interpretación, itérese, se soporta en el derecho de opción, en la medida en que se considera que el inciso tercero del artículo 36 **no regula todas** las situaciones que pudieran derivarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, dado que solo cubre a quienes les **falta 10 o menos años** para cumplir los requisitos de acceso a la pensión, población para la cual se instituye un derecho de opción en la fijación del Ingreso Base de Liquidación, ya que la mesada se liquida con el

promedio del tiempo que les falte para adquirir el derecho, siempre que sea inferior a 10 años, o el cotizado durante «*toda la vida*», dejando por fuera la determinación del IBL para quienes les **falte diez o más años** para acceder a la pensión en sede de transición. En este último evento, y ante el vacío normativo, debe aplicarse el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

b. La norma tiene varios supuestos de tiempo para su estimación

La segunda interpretación posible está dada por una lectura completa del inciso tercero original, sin tener en cuenta la sentencia de inexequibilidad C-168 de 1995, pero solo para establecer el alcance del mencionado inciso. Dicho aparte completo señalaba:

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciere falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley., el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado, y de un (1) año para los servidores públicos.

Teniendo en cuenta que una norma, como supuesto, abarca todas las hipótesis sobre el tema a regular, y que el régimen de transición, en su versión original, tendría una duración superior a 20 años, dadas las edades a partir de las cuales se protegió la expectativa pensional, 35 años para

las mujeres, 40 para los hombres, se puede encontrar que lo que se entiende del citado inciso como un derecho de opción no lo es y, más bien, que la ley regula todas las situaciones para determinar el Ingreso Base de Liquidación, así:

Para los afiliados que les falten dos años o menos para acceder al derecho a la pensión, el IBL se halla con el promedio de lo devengado en los dos últimos años, para trabajadores del sector privado, y de un año para los servidores públicos. Se reitera esta forma de encontrar el IBL fue declarada inexecutable, pero, claro está, hacía parte de la norma original.

Para los que le faltan menos de 10 años para acceder al derecho a la pensión, el IBL es el promedio de lo devengado en el tiempo que les haga falta para ello, debidamente actualizado con el IPC.

Para los que le faltan más de 10 años para acceder a la pensión es el promedio de lo cotizado durante todo el tiempo, que le faltara para adquirir el derecho debidamente actualizado con el IPC.

Esta interpretación emerge cristalina cuando la lectura del inciso se realiza en forma inversa, de atrás para adelante, colocándose como objeto principal de interpretación el tiempo que le hace falta al afiliado para el acceso a la pensión y teniendo, como supuesto, que el

legislador **previó todas** las hipótesis posibles derivadas del régimen de transición.

En efecto, la contraposición que hace la norma es entre los que le faltan menos de diez años para adquirir el derecho y los que le faltan más de diez años para tener el estatus de pensionado, cuando señala *«si éste fuere superior»* pues se está refiriendo al tiempo *«que les hiciera falta para ello»* con referencia a *«los que les falte menos de diez años para adquirir el derecho»*.

Con esta interpretación se libera el contrasentido de entender que el IBL es el promedio del tiempo que les haga falta para adquirir el derecho siempre que sea inferior a diez años o todo el tiempo **que les falta para adquirir el derecho** si es superior a 10 años, pues la adquisición del estatus de pensionado se da en un solo momento, cual es, aquél en que se cumple con los requisitos mínimos de acceso a la pensión.

Pero, además, adquiere mayor visibilidad cuando se acude a crear un rango de amparo diferenciado entre la protección de expectativas legítimas, muy cercanas y medianas, y meras expectativas, en tanto el IBL para las primeras se calcula de manera muy aproximada al régimen entonces vigente y, en el otro extremo, que corresponde a las meras expectativas, de la forma en que lo hace la nueva ley, incrementándose progresivamente el periodo de determinación del mismo con base en el tiempo que le hace falta al afiliado para adquirir el derecho.

Este último alcance, en nuestro criterio, deja sin bases a la interpretación que propone, como un derecho de opción del afiliado, la doble determinación del IBL para escoger la que más le favorezca.

Las dificultades que se imponen con la lectura completa del inciso 3 del artículo 36 en su versión original

La segunda lectura propuesta es problemática desde el punto de vista de la equidad. Si un régimen de transición busca garantizar, en todo o parte, las mayores ventajas de favorabilidad del régimen precedente, es patente que las condiciones de acceso y cuantificación de la pensión, deben ser próximas a las de la legislación inmediatamente anterior para evitar cambios demasiado bruscos en la expectativa pensional del afiliado.

En este sentido, debe recordarse que los objetivos de la Ley 100 de 1993 eran en su orden i) proteger derechos adquiridos; ii) garantizar las expectativas; y iii) crear un nuevo régimen de pensiones para aquellos excluidos de transición y nuevos afiliados.

Ahora bien, por definición, cuando se salvaguardan expectativas, estas se traducen como un puente, soportado por el principio de favorabilidad entre la nueva legislación y la anterior, para amparar expectativas legítimas. Ello implica que la legislación anterior *prima facie* es más favorable que la nueva, lo cual deviene claro con la

implementación del Sistema General de Pensiones, pues los requisitos de acceso y los elementos de cuantificación del derecho se tornan más exigentes para optar por la pensión.

De ello se sigue que el régimen de transición no busca reconocer pensiones más favorables que las consagradas en el mismo régimen anterior, ni menos favorables que las del nuevo ordenamiento.

Con todo, si para un afiliado con derecho a transición, el nuevo régimen ordinario le resulta más favorable por alguna razón, que lo puede ser, el artículo 288 del estatuto de la seguridad social le permite optar por la prestación consagrada en la nueva ley, a condición, eso sí, de que **se someta íntegramente a sus disposiciones.**

Llegados a este punto, si impone retornar al primer orden de transición, hoy declarado inexecutable.

Básicamente, en este orden, se protegía no sólo el tiempo de servicios o semanas de cotización, la edad y el monto de pensión, sino también la base de liquidación para aquellas personas que les faltare dos años o menos para acceder a la pensión.

Nótese que la forma de establecer la base de la pensión para el sector privado, según se desprende del apartado final del inciso tercero del artículo 36, es similar en cuanto al tiempo que se tiene en cuenta en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la

misma anualidad, dos años aproximados. Y para el sector público, dado el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, la base de liquidación se toma con el promedio del salario devengado durante el último año de servicios.

Como se recuerda, la norma de protección de la base de liquidación para este primer orden, fue declarada inexecutable por medio de la sentencia C-168 de 1995. Sin embargo, afloraba que el querer del legislador no era otro que proteger a aquellos que les faltaran dos años o menos para acceder a la pensión, en cuanto a que las reglas de acceso y cuantificación del derecho fueran muy similares, si no iguales, a las del régimen anterior.

A nuestros efectos, baste memorar que el motivo de inexecutable fue la discriminación que se daba entre los trabajadores del sector privado y del público en relación al tiempo para fijar la base de liquidación, dos años para los aquellos, un año para estos, pero no lo fue el de la posibilidad de segmentar el régimen de transición, pues en esa sentencia, se razonó:

Y sobre la discriminación que, según el actor, se crea entre las personas que quedan comprendidas por el precepto demandado frente a las demás, cobijadas por el régimen anterior, cabe anotar que mal podría considerarse que la situación de las personas que se van acercando por edad o tiempo de servicio a las contempladas en la ley para acceder a la pensión de vejez, es la misma de aquellas que apenas inician una vida laboral, llevan pocos años de servicio o su edad está bastante lejos de la exigida, pues a pesar de que en ambos casos se tienen meras expectativas, las que como tantas veces se ha reiterado, pueden ser reguladas por el legislador a su discreción, sus condiciones, por ser distintas, justifican un trato diferente. Recuérdese que la igualdad formal no es ajena al establecimiento de diferencias en

el trato, fñcadas en condiciones relevantes que imponen la necesidad de distinguir situaciones para otorgarles tratamientos distintos; esta última hipótesis expresa la conocida regla de justicia que exige tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales en forma desigual.

En el segundo orden aparecen los afiliados a los que les falta diez años o menos para acceder a la pensión. Para ellos, el Ingreso Base de Liquidación se define como el promedio de lo devengado durante el tiempo que les hiciera falta para adquirir el derecho.

Atinente al nuevo régimen, la base de liquidación se toma con un tiempo inferior, lo que puede traer beneficios, toda vez que es más fácil mantener una determinada base salarial durante menos tiempo.

Por su parte, en tercer orden se encuentran los beneficiarios de la transición que les falta más de 10 años para adquirir el derecho, a los que, a voces del artículo 36, se les liquida la base con el promedio de todo el tiempo que les haga falta para ello, es decir, el lapso para adquirir el derecho.

Es en este punto donde, en nuestro criterio, se configuró una manifiesta inequidad, en tanto, en el régimen ordinario las pensiones se liquidan, en principio, con base en el promedio de los salarios cotizados durante los últimos diez años, generándose una contradicción palpable entre la favorabilidad que el régimen de transición protege y la nueva normatividad, que se supone debe ser restrictiva en

la determinación del IBL, según se desprende de lo asentado y, por ende, menos favorable.

De lo explicado hasta aquí fluye una primera conclusión: las pensiones en sede de régimen de transición para los afiliados que les hace falta menos de 10 años para adquirir el derecho se deben liquidar, única y exclusivamente, teniendo como base el promedio de lo devengado durante el tiempo que les haga falta para adquirir el derecho, debidamente indexado con el Índice de Precios al Consumidor. En ningún caso, se debe liquidar dicha pensión con el promedio de «*toda la vida*», a menos que expresamente se renuncie al régimen de transición.

2. La posibilidad de sustituir la aplicación del inciso 3º del mencionado artículo 36 con la del artículo 21 en determinados eventos

Como lo hemos señalado, dada la interpretación que dimana del inciso tercero, existe un problema jurídico que debe atenderse, no por falta de regulación sino por **manifiesta inequidad**. Me explico. Si mediante el régimen de transición se protegió tres de los cuatro elementos estructurales de la pensión, y el IBL, como cuarto elemento estructural, se modula entorno al tiempo que le falta al afiliado para adquirir el derecho, se supone, dado el principio de favorabilidad que subyace a la institución de la transición, que este no puede ser perjudicial en relación con el estatuido en la **legislación permanente** (Ley 100 de 1993).

Entonces, como el artículo 36 instituye que para los que les falta más de 10 años, el IBL se toma con el promedio de lo devengado **durante el tiempo que le hace falta para adquirir el derecho**, debidamente indexado con el I.P.C., esta es la definición que debe utilizarse, por regla general, para liquidar la pensión a favor de este grupo de afiliados.

No obstante, si dicho IBL resulta inferior al que se obtendría de la aplicación de la norma ordinaria, vale decir, el derivado del promedio de los últimos 10 años de cotizaciones, debe aplicarse este último cálculo, en tanto, se repite, aun a riesgo de fatigar, que la esencia de un régimen de transición es mantener rasgos de favorabilidad frente al nuevo régimen, por ello, la forma de encontrar el IBL no puede ser más desfavorable que la que se aplica de manera general para los afiliados del Sistema General de Pensiones.

Pero lo dicho también tiene que ver el elemento de gradualidad, pues la idea finalmente de la ley, fue la de que el IBL para cada segmento de afiliados se determinara con el tiempo que le faltara al afiliado para adquirir el derecho, hasta un máximo de 10 años. Ello se corrobora con el artículo 39 del proyecto de ley, texto definitivo, aprobado por el Senado, registrado en la Gaceta del Congreso 397 del 16 de noviembre de 1993, el cual señalaba:

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al

Consumidor, según certificación expedida por el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta para ello, fuere igual o inferior a dos (2) años, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años.

Así las cosas, en nuestro criterio, lo que se deriva de la Ley concerniente al IBL es que no fue parte de los elementos dejados íntegramente a salvo por la transición, pues debe servir como instrumento de graduación proporcional de la base pensional para llevarlo hasta el momento en que sea igual al IBL ordinario, es decir, el promedio de los últimos diez años cotizados.

Debe en todo caso señalarse que el término «o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior» fue incorporado al texto definitivo del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Representantes, según consta en la Gaceta del Congreso 434 del 3 de diciembre de 1993.

3. Conclusión

A modo de corolario, considero que en los casos en que al afiliado le falten 10 o más años para adquirir el derecho, el IBL se concreta con el promedio de lo devengado durante todo el tiempo que le hace falta **para adquirir el derecho**, tal como lo señala expresamente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 o, por favorabilidad, con el promedio de lo cotizado durante los 10 últimos años, apoyándose en este estricto sentido en el artículo 21 de la mencionada Ley.

Ahora bien, sería pertinente aplicar el IBL de «*toda la vida*» conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, si para el afiliado es más favorable la pensión de vejez ordinaria del régimen de prima media, a condición de que en virtud del artículo 288 ibídem renuncie al régimen de transición.

Conforme a lo anterior, aclaro el voto.

Fecha ut supra


FERNANDO CASTILLO CADENA