

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL
JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Magistrado Ponente

Radicación No. 43033

Acta N° 34

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil doce (2012).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de AMPARO MORERA REBOLLEDO contra la sentencia proferida por la Sala Civil – Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el 4 de mayo de 2009, en el proceso seguido por la recurrente contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

I.- ANTECEDENTES.-

1.- La citada ciudadana demandó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES con el fin de obtener la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta el promedio actualizado de los salarios sobre los cuales cotizó entre el 1° de abril de 1994 y el 30 de noviembre de 1998, junto con los reajustes de ley y los intereses de mora a la tasa más alta vigente al momento del pago.

Como apoyo de su pedimento señaló en síntesis que el Instituto mediante Resolución N° 2026 de 23 de abril de 2007, le reconoció pensión de vejez a partir del 30 de agosto de 2004. Nació el 30 de agosto de 1949 y cumplió 55 años de edad el mismo día del año 2004. Es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, por lo que su prestación se rige por el Acuerdo 049 de 1990. La pensión le fue reconocida por un valor de \$1'278.572,00, pero el Instituto erró en la determinación de la tasa de reemplazo y en el cálculo del ingreso base de liquidación.

2.- El Instituto convocado a proceso admitió unos hechos y negó otros, y se opuso a la prosperidad de las pretensiones; adujo en su defensa que la prestación de la actora se liquidó conforme a las disposiciones que la regulan. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe e inexistencia de la obligación de pagar intereses moratorios.

3.- El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva, mediante fallo de 28 de julio de 2008, condenó al Instituto al reajuste de la pensión de vejez, y fijó su valor inicial en \$1'888.030,80. Impuso por concepto de diferencias adeudadas la cantidad de \$32'096.979,50 y absolvió de los intereses moratorios.

II.-SENTENCIA DEL TRIBUNAL.-

Al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, mediante fallo de 4 de mayo de 2009, modificó los numerales primero y segundo de la sentencia del Juzgador A quo, para declarar que el valor de la pensión de

jubilación reconocida a 30 de agosto de 2004, asciende a \$1'380.415,50, para una diferencia de lo reconocido por el Instituto de \$101.843,50, adeudándosele a 31 de marzo de 2009 \$6'971.680,21 una vez hechos los descuentos para salud.

En lo que interesa al recurso extraordinario, estimó el Sentenciador de segundo grado que la actora era beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para el 1° de abril de 1994 fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones se encontraba afiliada al Instituto y tenía más de 35 años de edad al haber nacido el 30 de agosto de 1949; en consecuencia, su pensión de vejez estaba regulada por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad.

Añadió que “Por ser beneficiaria del régimen de transición, la edad para adquirir el derecho y el monto del mismo está regulado por el Acuerdo 049 de 1990. Por ello considera la Sala que la decisión adoptada por el ISS, de liquidar la pensión sobre el 83.36%, es equivocada, como quiera que si la señora MORERA REBOLLEDO, cotizó un total de 1.408 semanas como lo acepta y afirma el acto administrativo de reconocimiento del ISS, el porcentaje alcanza al 90%, tal como lo enseña el artículo 20 ib, ...”. Por esa razón, había lugar a confirmar la decisión de primer grado en ese aspecto.

En cuanto al ingreso base de liquidación pensional, luego de citar apartes de la sentencia de esta Sala de 19 de febrero de 2008, rad. N° 31492, dijo:

“De manera que para el caso que ocupa la atención de la Sala y teniendo en cuenta que, primero la señora AMPARO MORERA R. laboró hasta el 30 de noviembre de 1998, y segundo que cumplió la edad para acceder al derecho pensional en vigencia de la Ley 100 de 1993, el IBL a tener en cuenta se calcula conforme al inciso 3 del artículo 36 ib., en este aspecto no existe discrepancia entre las partes y por el contrario es pacíficamente aceptado que dicho IBL se calculará con el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años, como quiera que al entrar en vigencia la pluricitada normativa a la señora MORERA REBOLLEDO, le faltaban más de diez años para adquirir el derecho, obviamente acatando las directrices arriba citadas, ello es, que el salario base de cotización debe traerse a valor presente a cuando se adquiere el derecho”.

III.- DEMANDA DE CASACIÓN.-

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de casación, el cual una vez concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala, se procede a resolver previo estudio de la demanda de casación y su réplica.

Pretende la censura que la Corte case parcialmente la sentencia del Tribunal, “en cuanto en su numeral primero resolutorio modificó a la baja el valor de la mesada pensional y el valor de los retroactivos pensionales”. En sede de instancia implora confirmar el fallo de primer grado.

Con tal propósito formula tres cargos, así:

CARGO PRIMERO.- Acusa la sentencia por vía directa, por “aplicar indebidamente el artículo 36 de la Ley 100/93, como consecuencia de la infracción directa de los artículos 48, 66 y 66 A del CPTSS y 57 de la Ley 2/84, vinculados con los artículos 4 del Código Civil, 304 y 357 del CPC por disposición del art. 145 del CPTSS, y 29, 31 y 230 de la Constitución Política”.

En la demostración del cargo sostiene el censor que le critica al Tribunal el haber decidido una

cuestión que no fue materia del recurso de apelación –el recálculo del IBL-, con lo cual se violó el régimen de apelación y el debido proceso al no respetar el principio de consonancia.

Agrega que la apelación del Instituto careció de la debida sustentación, pues no cuestionó la formación de la base salarial ni la metodología de cálculo. Luego transcribe apartes del escrito de alzada y expone:

“Desentrañando el confuso texto de sustentación del recurso de apelación, el recurrente parece decir que la decisión del A quo incurrió en error (sin decir cual, cómo ni por qué), ya que el ISS le liquidó la pensión a la actora conforme a la Ley 100/93, advirtiendo tanto el promedio salarial de los últimos 10 años como la tasa de reemplazo respectiva; además, que el A quo no debió proceder a indexar la primera mesada. De una vez hay que decir que el tema de la indexación de la primera mesada no fue objeto de este proceso”.

Finalmente, dice que la transgresión del régimen de apelación, condujo al Tribunal a aplicar indebidamente el artículo 36 de la Ley 100/93.

CARGO SEGUNDO.- Acusa la sentencia por vía directa, por “interpretar erróneamente el artículo 36 de la Ley 100/93, como consecuencia de la infracción directa de los artículos 48, 66 y 66 A del CPTSS, 57 de la Ley 2/84 y 304 del CPC –según el art. 145 del CPTSS-, vinculados con los artículos 29, 31 y 230 de la Constitución Política”.

Esta acusación se sustenta en forma muy similar a la anterior.

El Instituto se opone a estos dos cargos manifestando que contienen graves defectos de técnica, pues se refiere el censor a la supuesta infracción de normas de carácter procedimental referentes al ámbito de competencia del juez de segunda instancia, pasando por alto que como dichas disposiciones no son de naturaleza sustancial, el ataque ha debido enfocarse por violación medio. Por lo demás, no le asiste razón tampoco en cuanto al fondo, toda vez que el Instituto sí sustentó el recurso de apelación frente al ingreso base de liquidación de la pensión de la actora.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

La Corte procederá al estudio conjunto de estos dos primeros cargos que se elevan contra el fallo del Tribunal en atención a que se enderezan por la vía directa, persiguen idéntico objetivo y presentan graves defectos de técnica, y por así permitirlo el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por el artículo 161 de la Ley 446 de 1998.

En estas acusaciones que se dicen orientadas por el sendero de puro derecho, el censor en su demostración acude a piezas procesales como lo es el escrito con el cual el Instituto sustentó la apelación, lo que implicaría para la Corte el análisis de su contenido con el fin de confrontarlas con los temas abordados por el Tribunal, actividad excluida en la ruta de ataque seleccionada.

No puede olvidarse que la casación como medio de impugnación extraordinario, contiene exigencias de orden legal y otras producto de su desenvolvimiento jurisprudencial, que deben ser acatadas por quien acude a él. Entre sus requisitos está la coherencia entre la vía seleccionada y el estatuto de valor que le es propio. Así, quien escoge como vía de ataque la directa, debe allanarse a las conclusiones fácticas contenidas en el fallo así como al análisis probatorio realizado por el fallador para dar por establecidos los hechos del proceso, y mantener la controversia en un plano estrictamente jurídico.

Por el contrario, quien opta por el sendero indirecto, discrepa de todos o algunos de los soportes fácticos de la sentencia, por lo tanto debe orientar su ataque en ese sentido, sin que esté permitido en uno y otro caso, acudir de manera indiscriminada a argumentos propios de cada una de esas vías.

Estos precisos requerimientos de técnica aquí desatendidos, más que un culto a la forma, son supuestos esenciales de la racionalidad de la casación, constituyen su debido proceso y son imprescindibles para que no se desnaturalice el recurso y, en su lugar, opere una tercera instancia no prevista en la ley.

En consecuencia, los cargos se desestiman.

CARGO TERCERO.- Acusa la sentencia por vía directa, por “interpretación errónea del artículo 36 de la Ley 100/93, vinculado con el artículo 21 de la Ley 100/93 y el literal l) del artículo 2 de la Ley 797/03 que adicionó el artículo 13 de la Ley 100/93”.

En el desarrollo afirma el impugnante que para la reliquidación del valor pensional, el Tribunal utilizó una metodología de actualización del salario base distinta la fórmula prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para los casos en que se registran salarios durante la vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, pues utilizó el criterio de actualización de los salarios devengados antes de la vigencia de la Ley 100.

Después de citar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 expone el recurrente:

“Al contrastar la inteligencia de la norma con el análisis que de ella infiere el Tribunal, se deduce que hay un desacuerdo en las variables tiempo y cotización. Mientras que para la ley existen dos rangos de tiempo para el fallo gravado hay uno: el del promedio del último año que se remonta a 1991. Esto es, para el artículo 36 hay (1) un tiempo que corre entre 1/Abr/94 (vigencia de la Ley 100) y la fecha de adquisición de la pensión, al cumplir el segundo requisito (que la ley llama 'que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho'), y (2) otro tiempo que corre en razón o en función de las cotizaciones, que el legislador denomina 'el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello'. Esta distinción es obligada para aclarar que el tiempo que se toma para calcular el IBL no es, necesariamente, ni todo el tiempo que exactamente le hacía falta para adquirir la pensión, sino el tiempo que va aparejado a las cotizaciones, o sea el tiempo que está en función de las cotizaciones; como tampoco es el tiempo del último año de servicio, que fue el criterio que analizó la H. Corte (Sala Laboral, rad. 31492) en ese preciso caso debido a la restricción de salarios registrados antes de la vigencia de la Ley 100, y que fue el criterio que erradamente acogió el Tribunal, ya que el asunto que estudiaba no remontaba salarios hasta antes de la Ley 100, todo lo contrario registraba salarios cotizados durante la vigencia de la Ley 100”.

La réplica aduce que la hermenéutica del Ad quem coincide con la reiterada y uniforme postura de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a la fórmula para calcular el ingreso base de liquidación.

V.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

Se ha de precisar en el sub lite, que cuando entró en vigencia el Sistema General de Pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993 -1º de abril de 1994-, a la demandante le hacían falta más de

10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, pues reunió requisitos al cumplir la edad de 55 años el 30 de agosto de 2004.

Y si bien es cierto, era beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, también lo es que el ingreso base de cotización de su prestación no se regía por esa disposición sino por el artículo 21 *ibídem*.

En efecto, el ingreso base de liquidación pensional de las personas en régimen de transición se gobierna por el citado artículo 36, pero siempre y cuando al momento de entrar en vigor el sistema general de pensiones les hiciera falta menos de 10 años para consolidar la prestación, y en este caso, el I.B.L. se calcula incluyendo el promedio de lo cotizado en el tiempo que hiciera falta para causar el derecho o el de todo el tiempo si fuere superior.

La pretensión de la actora desde la demanda inaugural del proceso, ha estado encaminada a que se le reliquide el valor inicial de la pensión, tomando en consideración el promedio del ingreso base de cotización entre el 1° de abril de 1994 y el 30 de noviembre de 1998, aspiración a todas luces improcedente, porque como se vio, su situación para efectos del ingreso base de liquidación por faltarle a 1° de abril de 1994 más de 10 años para adquirir el derecho, encaja en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 que se refiere al “promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión”, o el promedio del ingreso base de cotización, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, si resulta superior al anterior, siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo situación esta última, que no es la de la actora.

Este ha sido el criterio acogido por la Corte entre otras en sentencia de 1° de marzo de 2011, rad. N° 40552, donde dejó las siguientes enseñanzas:

“Vista la motivación de la sentencia impugnada, el Tribunal para concluir que el **IBL** de la pensión de vejez del demandante, arrojaba la suma de **\$163.727,00**, tomó como punto de partida que en su criterio 'el inciso 3° del citado artículo 36 enseña que el IBL se integra, para quienes les faltare **más** de diez años para adquirir el status de pensionado desde la vigencia de la ley 100, es decir a partir del 1 de abril de 1994 (Art. 151), con lo cotizado en este tiempo, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor – IPC-, según certificación que expida el DANE” (Resalta y subraya la Sala). Dicha suma, al aplicarle un porcentaje del 45% da como resultado una cuantía de la pensión de \$73.677,00 a partir del 25 de mayo de 2004, cifra inferior al salario mínimo legal fijado para el año 2004 que correspondía a la cantidad de \$358.000,00 (Decreto 3770 de 2003)

Esta interpretación del Tribunal no es correcta, toda vez que el inciso 3° de la norma en comento, no se refiere para nada a quienes les faltaba **más** de 10 años para adquirir el derecho, sino al contingente de personas que al momento de entrar a regir el sistema pensional de la Ley 100 de 1993 'les faltare **menos** de diez (10) años para adquirir el derecho', caso en el cual el ingreso base de liquidación será “el 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”.

En efecto, al ser un hecho indiscutido que para el 1° de abril de 1994, cuando comenzó en vigor la nueva ley de seguridad social, al demandante le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, si se tiene en cuenta que la edad de 60 años la cumplió el 25 de mayo de 2004, por haber nacido el mismo día y mes del año 1944, en definitiva el IBL no era

posible determinarlo con los parámetros fijados en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en la forma que lo hizo el Juez de apelaciones.

Lo anterior es suficiente, para concluir que el Tribunal cometió el yerro jurídico endilgado, al darle a la norma de marras una inteligencia que no corresponde, distorsionando su genuino y cabal sentido, y por ende prospera el cargo. Por tanto, habrá de **casarse parcialmente** la sentencia recurrida, sólo en lo que tiene que ver con el Ingreso Base de Liquidación de la prestación por vejez.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

Como consideraciones de instancia, a más de las expresadas al estudiar el cargo, recuerda la Corte que en ningún caso el ingreso base de liquidación de los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, beneficiarios del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se rige por las normas del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de igual año.

En efecto, el mencionado régimen de transición garantiza a sus beneficiarios, la utilización de la normatividad que venía aplicándose en cada caso, únicamente en lo concerniente a tres aspectos: la edad, el tiempo o número de semanas cotizadas, y el monto de la prestación, entendiéndose por este último el monto porcentual de la pensión. En estas condiciones, el ingreso base de liquidación se regulará, como regla general, por la nueva reglamentación contenida en la Ley 100 de 1993.

Como quedó visto en sede de casación, para el caso de quienes les faltaba <menos> de 10 años para adquirir el derecho de la pensión, al momento en que entró a regir el Sistema General de Pensiones, se les aplica a fin de establecer el IBL, las reglas contenidas en el inciso 3° del artículo 36 de la citada Ley 100. Empero, para quienes les faltare <más> de 10 años, el IBL será el previsto en el artículo 21 ibídem, norma que el censor también enunció en la proposición jurídica del cargo, esto es, el “promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión”, o el promedio del ingreso base de cotización, ajustado por inflación, calculado sobre los ingresos de toda la vida laboral del afiliado, si resulta superior al anterior, siempre y cuando éste haya cotizado 1250 semanas como mínimo”.

Más adelante, en cuanto a la forma de actualizar el I.B.L., precisó la Sala:

“Es de aclarar, que la fórmula empleada para calcular el IBL en los términos anteriores, es la referida en el antecedente jurisprudencial que rememora la censura, sentencia del 20 de abril de 2007 radicado 29470, y que se traduce en la siguiente:

”.

Ahora bien, encuentra la Corte que el Tribunal en el cuerpo del fallo acusado aseveró que “el IBL a tener en cuenta se calcula conforme al inciso 3 del artículo 36 ib.”; sin embargo seguidamente sostuvo que “dicho IBL se calculará con el promedio de lo cotizado durante los últimos diez años, como quiera que al entrar en vigencia la pluricitada normativa a la señora MORERA REBOLLEDO, le faltaban más de diez años para adquirir el derecho”; esto significa que a pesar de la inexactitud al citar el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, la norma que verdaderamente aplicó el Tribunal y correctamente fue el artículo 21 de la Ley 100. Esto último se afirma porque verificado por la Corte el cálculo pensional con la respectiva actualización conforme a la norma aplicable a la pensión de la demandante no arrojó un valor superior al

establecido por el Tribunal.

Por las razones anteriores, no prospera el cargo.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$3'000.000,00. Por Secretaría tásense las demás costas.

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 el fallo proferido por la Sala Civil – Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el 4 de mayo de 2009, en el proceso seguido por AMPARO MORERA REBOLLEDO contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal.

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

