Radicación: 66001-31-05-005-2019-00549-01

Proceso: Ordinario

Demandante: Carlos Arturo Martínez Wilches

Demandado: Colpensiones

MAGISTRADO: **JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Pereira, treinta [30] de marzo de dos mil veintidós [2022]

**SALVAMENTO DE VOTO**

Antes de reseñar los motivos que me llevan a apartarme de la decisión mayoritaria, como quiera que bajo el título “cuestión previa” en la sentencia, se afirma que se acogieron varios acápites redactados en mi ponencia original, quiero dejar claro que en esta no estaba la titulación “RECONOCIMIENTO DE PERSONERÍA JURÍDICA”, expresión que, valga decir, considero inapropiada en la medida en que no corresponde a la Sala tal función, sino la de reconocer personería para actuar en representación de otra persona dentro del trámite judicial.

Ahora, entrando en el salvamento de voto, debo decir que, tal como lo propuse en la ponencia que presenté inicialmente, considero que la sentencia proferida el día 03 de mayo de 2021 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Pereira, debió ser revocada y en su lugar conceder la pretensión subsidiaria de otorgar una tasa de reemplazo del 84%.

Los argumentos que sustentan mi alejamiento de lo decidido por la mayoría en esta segunda instancia, se basan en los siguientes supuestos jurídicos y análisis del caso, partiendo de la necesidad de resolver como problemas jurídicos, si:

**1. ¿Resulta legalmente viable la sumatoria de tiempos públicos y privados a efectos de aplicar el Acuerdo 049 de 1990?**

**2. De conformidad con la respuesta al interrogante anterior ¿Tiene derecho el señor Carlos Arturo Martínez Wilches a que se reajuste la pensión de vejez en alguna de las tres formas solicitadas en las pretensiones de la demanda?**

Con el propósito de dar solución a los interrogantes en el caso concreto, propuse en mi ponencia tener en cuenta los siguientes aspectos:

**“1. POSTURA ACTUAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA FRENTE A LA ACUMULACIÓN DE TIEMPOS PÚBLICOS CON APORTES EFECTIVAMENTE SUFRAGADOS AL ISS (HOY COLPENSIONES) PARA APLICAR LAS DISPOSICIONES DEL ACUERDO 049 DE 1990.**

Venía sosteniendo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que para acceder a las pensiones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, no era posible sumar tiempos de servicios públicos no cotizados a los aportes efectivamente sufragados al ISS (Hoy Colpensiones), postura que sentó, entre otras, en sentencias SL16081 de 2016, SL11241 de 2016, SL4031 de 2017 y SL13277 de 2017, SL517 de 2018, SL4010 de 2019 y SL5614 de 2019.

No obstante, a partir de la sentencia SL1981 de 2020, reiterada en las providencias CSJ SL3110-2020, CSJ SL4480-2020, SL182-2021, entre otras, **la sala mayoritaria del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral**, después de analizar nuevamente el tema bajo estudio, concluyó que:

“(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

De acuerdo con los anteriores argumentos, la Corte Suprema de Justicia abandona su criterio mayoritario conforme al cual el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición, solo permite sumar cotizaciones realizadas exclusivamente al ISS y, en su reemplazo, postula que sí es posible para efectos de obtener la pensión por vejez prevista en ese reglamento, contabilizar las semanas laboradas en el sector público, sufragadas o no a una caja, fondo o entidad de previsión social. En consecuencia, todos los tiempos laborados, sin distinción al tipo de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no, son válidos para efectos pensionales.”.

Así mismo, en las sentencias SL2557-2020, SL2776-2021 y SL3801-2021, dicha corporación estableció también que el nuevo criterio adoptado por la Alta Magistratura debe aplicarse también en aquellos casos en los que se solicita la reliquidación o reajuste pensional.

**2. ALEJAMIENTO DE LA CORPORACIÓN FRENTE A LA POSTURA ADOPTADA POR LA SALA DE CASACIÓN LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA A PARTIR DE LA SENTENCIA SL1981-2020.**

Expuesta como se encuentra la actual línea jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia frente a la acumulación de tiempos públicos con aportes efectivamente sufragados al ISS (hoy Colpensiones) con el fin de aplicar las disposiciones previstas en el Acuerdo 049 de 1990, y, teniendo en cuenta que en la sentencia C-836 de 2001 emitida por la Corte Constitucional se dejó sentada la posibilidad que tienen los jueces y tribunales de apartarse de la línea jurisprudencial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, esta Corporación ha decidido alejarse de dicha postura, de acuerdo con la argumentación jurídica que pasa a exponerse razonadamente.

Con la tesis esbozada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, inexplicablemente se deroga la ley 71 de 1988, se viola el principio de inescindibilidad, se confunde el régimen de transición con el contenido de la propia ley 100 de 1993 y se desconoce flagrantemente el artículo 288 del último compendio normativo citado, como se explica a continuación:

Para empezar, téngase en cuenta que la tesis de la sumatoria de tiempos públicos y privados no tiene en cuenta que el artículo 41 del acuerdo 049 de 1990 tiene previsto que “el Instituto **será responsable** de las prestaciones de que trata el seguro de invalidez, vejez y muerte **a partir de la afiliación, en los términos contemplados en el reglamento”,**para a renglón seguido añadir que, si no hay afiliación el responsable de la prestación es el empleador. De lo cual se concluye que los derechos que otorga la entidad tienen fundamento en las cotizaciones que los sustenten financieramente, tal como se desprende igualmente del artículo 44 ídem que versa sobre el régimen financiero de la entidad.

Pero, es más, de manera expresa el decreto 758 de 1990, en dos de sus normas, reguló los casos en que pudiera existir duda respecto a las semanas aportadas al ISS y las servidas en el sector público. En efecto, dispuso en el parágrafo del artículo 14 que:

“Las personas que en cualquier tiempo reciban la indemnización de que trata este artículo, no podrán ser inscritas nuevamente en el seguro de vejez, invalidez y muerte. **Las semanas tenidas en cuenta para efectos de la indemnización, no se computarán para la pensión de jubilación de que trata la ley 71 de 1988”**

Y en el artículo 49 señaló que:

“Las pensiones e indemnizaciones sustitutivas que cubre el ISS, son incompatibles:

c) Con las pensiones de jubilación por aportes de que trata la ley 71 de 1988. Sin embargo, el beneficiario podrá optar por la más favorable cuando haya concurrencia entre ellas.”.

Nótese que el decreto 758 de 1990 parte del conocimiento de la existencia de la ley 71 de 1988 para concluir la incompatibilidad de la pensión por aportes con la que el ISS otorga, pero sobre todo para señalar que, si eventualmente fueran concurrentes, el beneficiario podrá optar por la más favorable, pero no contempla en su favor la posibilidad de sumar los tiempos del sector público, para finalmente aplicarle al IBL la tasa de reemplazo que contemplan los reglamentos del ISS.

Es que ese proceder va en contravía de la teoría de la inescindibilidad o conglobamento de las normas sociales, pues a la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados prevista en la ley 71 de 1988 se le está adicionando la de aumentar el porcentaje de tasa de reemplazo previsto solo para las pensiones concedidas con base en el decreto 758 de 1990, cuando en aquella normatividad opera una tasa de reemplazo fija del 75%.

Por este camino, aparentemente para garantizar la igualdad, en realidad se genera una situación verdaderamente inequitativa, pues bien sabido resulta que ésta –la equidad- consiste en tratar igualmente lo igual y desigualmente lo desigual y para los efectos de la Seguridad Social, hasta el año 1993, no tenían condiciones iguales los trabajadores públicos y los privados, pues los sistemas de financiamiento de sus pensiones eran totalmente diferentes, en tal magnitud que, muchos de los servidores públicos ni siquiera hacían aportes a las Cajas o Fondos encargados de otorgar las prestaciones y los que lo hacían, los realizaban por cuantías diferentes a las previstas en el ISS para los trabajadores del sector privado, quienes además sólo se pensionaban a los 60 años mientras que los del sector público lo hacían a los 55. De igual manera, las tasas de reemplazo en uno y otro sector eran diferentes.

Es que téngase en cuenta que la interpretación que ahora adopta el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral, lleva a situaciones desproporcionadas como la de conceder pensiones de jubilación con menos de 10 años de servicios, a personas que prestaron servicios en el sector público, sin percatarse que la posibilidad de pensionarse con 500 semanas fue prevista en el periodo comprendido entre los años 1966 (decreto 3041) y 1983 (decreto 1900) para reconocer, a todas aquellas personas vinculadas con empleadores privados, que al empezar el cubrimiento del ISS tenían vinculaciones laborales de menos de 10 años (aproximadamente 500 semanas), el tiempo de sus vinculaciones sin afiliación ni aportes, de manera tal que, contabilizando ese periodo de casi 10 años y contemplando otros 10 de aportes al recién creado ISS completaran los 20 años que exigían nuestras normas para acceder a la pensión de jubilación. Pero nunca se pretendió que el Estado jubilara a sus trabajadores con sólo 10 años de servicios.

Adicionalmente, sobre el tema debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, órgano encargado de unificar la jurisprudencia laboral, a pesar de los pronunciamientos de tutela de la Corte Constitucional, había mantenido una línea constante sobre el tema, explicando con suficiencia las razones jurídicas que existen para negar la posibilidad de acumular tiempos públicos y privados para conceder pensiones con base en el acuerdo 049 de 1990. En este sentido, vale citar en extenso, la sentencia de 24 de agosto de 2016, radicación No. 50896 con ponencia del doctor Fernando Castillo Cadena, en la que se dijo:

“De manera reiterada se ha sostenido que a quien apoyado en el régimen de transición busca la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, no se le pueden sumar tiempos servidos en el sector oficial con las cotizaciones realizadas al sistema, por cuanto dicha disposición no prevé esa sumatoria; de tal suerte que debe cumplir con la densidad de 1000 semanas en cualquier tiempo, pero se insiste, cotizadas al ISS, o 500 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, requisito que el demandante no reúne, en la medida que solo cotizó 771.5 semanas en toda su vida laboral de las cuales 309 lo fueron entre el 28 de agosto de 1987 y el 28 de agosto de 2007.

Así lo tiene dicho la jurisprudencia de la Sala, por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 35792, en la que se dijo:

2. El recurrente plantea, con base en el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que hace parte de la norma que contempló el régimen de transición, que, a partir del 1º de abril de 1994, “para la aplicación de cualquier régimen de transición al que puede acogerse un beneficiario son acumulables o computables el tiempo de servicios en el sector público con las semanas cotizadas al ISS y más específicamente para casos similares a los de la actora quien estuvo afiliada y haciendo aportes a esta entidad antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993”.

No comparte la Sala esta apreciación de la censura, pues olvida que el régimen de transición comporta la aplicación de las normas anteriores a la vigencia del régimen de pensiones del Sistema Integral de Seguridad Social contemplado en la Ley 100 de 1993, en tres aspectos puntuales: edad, tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión.

De suerte que estos tres precisos temas se gobiernan por las disposiciones vigentes con anterioridad, las que se aplicarán en su integridad, sin que sea posible acudir a las preceptivas de la Ley 100 de 1993, salvo que se opte por ésta, caso en el cual deberá aplicarse en su integridad, según lo establece con claridad su artículo 288.

A propósito, esta Sala de la Corte, en sentencia del 29 de marzo de 2001 (Rad. 15.493), adoctrinó:

“4) Adicionalmente, no tiene en cuenta la impugnación que la garantía que otorga el mencionado régimen de transición es la aplicabilidad de las normas que antecedieron a la Ley 100, respecto a la edad, el tiempo de servicios o cotizaciones y el monto de la pensión, pero en modo alguno se trata de dar paso a la propia legislación de 1993, como lo señala el impugnante al pretender que aquellos aspectos se rijan por el art. 33 de la citada Ley 100 de 1993 y que de allí la pensión del accionante se logre con 55 años de edad, que sea del caso advertir está señalada en dicho art. 33 solo para las mujeres, y 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

“Contrario a lo que señala el impugnante, los requisitos que prevé el mencionado art. 33 de la Ley 100 no se aplican para quienes quedaron en el régimen de transición, sino para los afiliados al régimen solidario de prima media con prestación definida, caso diferente al del señor Chavarría Pérez”.

Queda a salvo, como se dijo, el derecho de las personas de acogerse a cualquier norma de la Ley 100 de 1993, pero a condición del sometimiento a la totalidad de las disposiciones de esa ley, conforme viene consagrado en el artículo 288, del siguiente tenor literal:

“ARTÍCULO 288. Aplicación de las disposiciones contenidas en la presente Ley y en leyes anteriores. Todo trabajador privado u oficial, funcionario público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta ley”.

Por lo tanto, si, en desarrollo del régimen de transición, la demandante pretende que su derecho a la pensión, en cuanto a edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto, se rija por el Acuerdo 049 de 1990, deberá atenerse, en su integridad, a lo ahí previsto, sin que resulte admisible, a los efectos de completar las 500 semanas de cotización, acumular tiempo servido o cotizado en el sector oficial.

Y lo anterior es así porque, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 se entiende referido a la pensión de vejez contemplada en el artículo 33 de dicha ley. Por consiguiente, no es aplicable a la pensión de vejez disciplinada en normas legales anteriores, concretamente en el Acuerdo 049 de 1990.

En efecto, en la sentencia del 4 de noviembre de 2004, radicación 23611, esto dijo la Corte:

“El parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor:

Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio’

Aun cuando por hallarse ubicado en la norma legal que establece el régimen de transición pensional, podría pensarse en principio que el citado parágrafo alude a las pensiones que surjan de la aplicación de ese régimen, para la Corte es claro que ese entendimiento no se corresponde con el genuino sentido de la norma, porque en realidad hace referencia a “la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º ) del presente artículo” y esa pensión no es otra que la consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que exige al afiliado como requisitos para acceder a tal prestación el cumplimiento de 55 años de edad, si es mujer o 60 si es hombre y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

Y ello es así porque el citado inciso 1º comienza señalando que la “edad para acceder a la pensión de vejez continuará”, con lo cual no cabe duda que se refiere en concreto a la pensión de vejez en los términos en que quedó concebida por la Ley 100 se 1993, pues para las pensiones del régimen de transición, la edad para acceder a la pensión correspondiente será la del régimen anterior al cual se encontrara afiliado el beneficiario de la transición. Por tal razón, en el inciso en comento se precisó que la edad para acceder a la prestación continuaría siendo la misma que la establecida en el régimen anterior, porque a partir del 2014 se incrementaría en 2 años, según la redacción del original artículo 36.

Así las cosas, lo que señala el parágrafo en comento, viene a ser una reiteración de lo que con antelación se establece en el parágrafo 1º del artículo 33, que dispuso que para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere tal artículo se tendría en cuenta  el número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados o como trabajadores al servicio de empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y el número de semanas cotizadas a cajas provisionales del sector privado.

Previsión que, como surge de su texto, se halla en concordancia con el literal f) del artículo 13 de la Ley 100, que igualmente ha sido desarrollado por el parágrafo del artículo 36 de esa ley. Como es sabido, en dicho literal se precisa que “para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.

Cumple advertir que el precedentemente citado literal del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 alude con claridad a las pensiones contempladas “en los dos regímenes”, lo que indica que no tiene aplicación respecto de pensiones que no correspondan a cualquiera de esos dos regímenes, como lo sería la pensión por aportes a la que en realidad tiene vocación el actor, dada la forma como ha efectuado sus cotizaciones y los servicios que ha prestado.

Importa precisar, por otro lado, que el citado parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser interpretado de manera aislada del resto de este artículo. Y de ese modo, resulta que para un beneficiario del sistema de transición allí consagrado, el número de semanas cotizadas será el establecido en el régimen anterior al cual se encontrare afiliado, de tal suerte que ese requisito deberá regularse en su integridad por las normas que gobernaban lo pertinente en el régimen pensional que al beneficiario le resultaba aplicable. Régimen que, para un trabajador afiliado al Seguro Social, corresponde al regulado por el Acuerdo 049 de 1990, que, en lo pertinente, en su artículo 12 exige para tener derecho a la pensión de vejez un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Pero dichas cotizaciones, se entiende, deben ser efectuadas al Seguro Social, por cuanto en el referido Acuerdo no existe una disposición que permita incluir en la suma de las semanas de cotización pertinentes las sufragadas a cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado o el tiempo trabajado como servidores públicos, como sí acontece a partir de la Ley 100 de 1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella. Y si bien antes de la precitada norma se produjo una regulación normativa que permite la posibilidad de acumular los aportes sufragados a entidades de previsión social oficiales y los efectuados al Seguro Social, a través de lo que se ha dado en denominar pensión de jubilación por aportes, que ya se dijo es a la que en realidad aspira el actor, ello corresponde a una situación jurídica distinta de la planteada por el recurrente que, en todo caso, se halla regida por normas distintas al aludido Acuerdo 049 de 1990.

Para la Corte, el entendimiento sugerido por el recurrente, que dice apoyar en los principios que orientan la seguridad social en Colombia, resulta contraria al texto explícito del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y supondría una excepción no contemplada en esa disposición, que fraccionaría la aplicación, en materia de semanas de cotización, del régimen anterior al cual se hallaba afiliado al beneficiario, pues supondría que para efectos de establecer el número de semanas cotizadas se aplicaría dicho régimen, pero para contabilizarlas se tomaría en cuenta lo establecido por la señalada ley 100, lo cual no resulta congruente.

Por lo anterior, cabe decir que no incurrió el Tribunal en la interpretación errónea que se le endilga, en relación con los efectos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por cuanto la hermenéutica adoptada consulta en un todo el sentido de esa disposición denunciada”.

Como la situación fáctica y jurídica del presente caso se ajusta a la relacionada en la sentencia replicada, no incurrió el juzgador en el dislate denunciado.

Ahora bien, si la Corte analizara el asunto bajo el actual criterio jurisprudencia vertido en la sentencia CSJ SL, 4457-2014, 26 marzo 2014 rad. 43904, y a la luz de la Ley 71 de 1988, que también constituye una de las normatividades anteriores aplicables en virtud del régimen de transición, tampoco le asistiría derecho al demandante, toda vez que, de entender que el actor cotizó un total de 1.027 semanas, no cumple con la exigencia de 20 años de servicios del artículo 7 de la dicha normativa, los cuales equivalen a 1028,57 semanas.

Finalmente, el demandante carece del cumplimiento de las exigencias del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, frente al cual sí se permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, pues para el año 2007, anualidad en la que el citado cumplió 60 años de edad, éste debía contar con un mínimo de 1100 semanas, de conformidad con la modificación de la Ley 797 de 2003, lo cual, como se vio reflejado atrás, no se acredita, siendo que a la luz del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 tampoco se causa la pensión de vejez en el presente asunto.”.

**Tales argumentos han sido ratificados por los magistrados Fernando Castillo Cadena, Jorge Luis Quiroz Alemán y Gerardo Botero Zuluaga quienes han salvado sus votos frente a la posición adoptada por la sala mayoritaria, tal y como se consignó recientemente en la sentencia SL3801 de 18 de agosto de 2021, en la que el primero de ellos concluyó:**

“Básicamente, la interpretación de la posición mayoritaria lleva a que a los funcionarios públicos que tenían la expectativa, única y legítima, de acceder a un monto de pensión del 75% de la base de liquidación, dada la transición de la Ley 71 de 1988, se les conduzca injusta e indebidamente a una expectativa, que jamás tuvieron, no propia del régimen de los seguros obligatorios, de acceder a una pensión con un monto del 90%, como se mostró, sumando indebidamente tiempos del sector público y del privado. Pero además, afiliados que no tenían una expectativa de acceder al derecho, v.g. afiliados que no reunieron 500 semanas de cotización al ISS, terminen beneficiándose de una prestación, sobre la cual no tenían ninguna expectativa, sumando indebidamente tiempos públicos y privados, pues, se itera, esta posibilidad fue creada, en criterio nuestro, por la indebida aplicación del marco legal, excediendo la teleología y con ello el alcance del régimen de transición.”.

**Mientras que el doctor Quiroz Alemán subrayó:**

“Por otra parte, de acuerdo con las consideraciones que soportaron el cambio de criterio del que me aparto, en igual sentido habría de aplicarse tratándose de transición de la Ley 33 de 1985, y en consecuencia, los beneficiarios de la misma que ajusten 20 años de servicios, sumados tiempos públicos con semanas cotizadas al ISS en el sector privado, tendrían derecho a pensionarse con 55 años de edad, con el agravante de que no se estableció por el legislador la forma en la que se financiaría ese tipo de prestación, en ninguno de esos casos.

Finalmente, considero que este cambio de criterio conlleva la derogatoria definitiva de lo dispuesto en el art. 7º de la Ley 71 de 1988, que a partir de la vigencia del sistema pensional previsto en la Ley 100 de 1993, pervivía en los términos del art. 36 de la misma, para efectos de establecer la edad, semanas o tiempo de servicio y monto de la pensión de vejez, toda vez que, su aplicación no sería en ningún caso favorable, dadas las nuevas condiciones de creación jurisprudencial que a todas luces surgen más convenientes a los intereses del afiliado, y que en mi sentir, carecen de sustento normativo alguno.”.

**Y por su parte, el doctor Botero Zuluaga consignó:**

“Ahora, no puede ser de recibo el argumento expuesto en la sentencia de la Sala, al rememorar la providencia CSJ SL1981-2020, y señalar que a «los beneficiarios del régimen de transición, como lo es la demandante, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas prestadas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS hoy Colpensiones», pues es claro que si el tiempo se rige por las disposiciones anteriores, no resulta acertado que la forma de computarlo no se le dé el mismo tratamiento.

En síntesis, lo que hace la rectificación jurisprudencial de la mayoría de la Sala, es efectuar una mixtura de la regulación legal que contiene el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual anualidad, con las Leyes 33 de 1985, 71 de 1988 y 100 de 1993, con plena desconocimiento de los postulados constitucionales y legales ya referidos.”.

**Es que, para modificar el anterior criterio Jurisprudencial, dice la sala mayoritaria de la Corte que:**

“… debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.”

Argumentación que olvida precisamente que la ley 100 de 1993 quiso permitir la sumatoria de esos tiempos para otorgar prestaciones bajo su vigencia en las condiciones que ella prevé, pero nunca cambiar las reglas precedentes para facilitar el acceso a prestaciones sin el cumplimiento de los requisitos previstos en las normas anteriores.  Es que, no cabe duda que, por el camino elegido con la nueva argumentación, no se hace cosa diferente que crear una legislación inexistente como lo es otorgar pensiones con sumatoria de tiempos públicos y privados (ley 71 de 1988) con tasa de reemplazo superior al 75% (acuerdo 049 de 1990).

No sobra recordar el contenido del artículo 288 de la ley 100 de 1993 que dejó sentadas claramente las reglas de juego sobre aplicación de la antigua y nueva legislación así:

**“ARTÍCULO 288. APLICACIÓN DE LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN LA PRESENTE LEY Y EN LEYES ANTERIORES.** Todo trabajador privado u oficial, funcionario público, empleado público y servidor público tiene derecho a la vigencia de la presente Ley le sea aplicable cualquier norma en ella contenida que estime favorable ante el cotejo con lo dispuesto en leyes anteriores sobre la misma materia, **siempre que se someta a la totalidad de disposiciones de esta Ley**.”

Conforme con los argumentos expuestos, esta Corporación no se acoge a la actual línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia SL1981-2020; razón por la que continuará aplicando la tesis que con antelación a esa providencia se venía sosteniendo, consistente en que es improcedente jurídicamente la acumulación de tiempos públicos con aportes efectivamente sufragados al ISS (hoy Colpensiones) para aplicar las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990.

**3. PROCEDENCIA DE LOS INTERESES MORATORIOS DEL ARTÍCULO 141 DE LA LEY 100 DE 1993 FRENTE AL REAJUSTE PENSIONAL. CAMBIO DE PRECEDENTE.**

Con base en la reiterada jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta Corporación venía sosteniendo que los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 no procedían cuando se debían saldos de la prestación económica (reajuste o reliquidación de la pensión), sino que esos réditos solo podían ser reconocidos ante la ausencia total del pago de la mesada pensional.

Sin embargo, en sentencia SL3130 de 19 de agosto de 2021, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral, cambió su postura frente a la interpretación de la norma en mención, concluyendo que los intereses moratorios proceden cuando la correspondiente administradora pensional no cumple íntegramente con el pago de la obligación, pues la falta de pago de una porción de la prestación genera la mora prevista en el artículo 141 de la ley 100 de 1993; cambio de postura que explicó en los siguientes términos:

“Para dar cuenta del anterior aserto es importante tener en cuenta que la norma consagra los intereses moratorios, en forma pura y simple, «[…] en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales […]», además de que, en términos jurídicos, la mora en el cumplimiento de una obligación, como el pago de la mesada pensional, se produce tanto por la insatisfacción de todo lo debido como por su pago incompleto o deficitario. En este punto la mora esta conceptualmente ligada al pago de las obligaciones, entendido este, según el artículo 1627 del Código Civil, como «la prestación de lo que se debe», de manera que, mientras no se produzca este pago, en forma adecuada, oportuna y completa, la mora sigue produciendo todas sus consecuencias materiales y reales.

El artículo 1627 del Código Civil establece al respecto que el pago de una obligación debe hacerse «[…] en conformidad al tenor de la obligación […]» y que el «[…] acreedor no podrá ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida.»”

Y más adelante indicó:

“De acuerdo con lo anterior, mientras no se cumpla a cabalidad con la respectiva obligación, en este caso, el pago íntegro de la mesada pensional en la cuantía y términos establecidos legalmente, la entidad obligada a su reconocimiento sigue en mora y, como consecuencia, según las voces naturales y obvias del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe pagar intereses moratorios sobre las sumas debidas.

Así las cosas, una interpretación racional y sistemática del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 obliga a la Corte a reconocer que los intereses moratorios allí concebidos se hacen efectivos en el caso de un pago deficitario de la obligación, pues, en dicho evento, la entidad encargada de su reconocimiento también incurre en mora.

3. En aras de reforzar argumentativamente la anterior inferencia, la Corte estima pertinente recordar que, en el específico ámbito de las relaciones de trabajo, respecto de las sanciones que castigan el incumplimiento del empleador en el pago de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores, la jurisprudencia ha establecido que el fenómeno de la mora se consolida tanto en los casos de falta de pago de la obligación como en los de pagos parciales o deficitarios.”.

De esa manera, siguiendo la línea jurisprudencial trazada por la Corte Suprema de Justicia a partir de la providencia relacionada anteriormente, esta Sala de Decisión recoge la postura que venía aplicando frente a la procedencia de los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, para en su lugar acoger la interpretación que frente al tema ha adoptado recientemente la Sala de Casación Laboral.”

Partiendo de tales supuestos, **EL CASO CONCRETO** propuse resolverlo como sigue:

“Después de solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez, el extinto Instituto de Seguros Sociales emitió la resolución N°060756 de 2007 -pág.44 expediente digitalizado- por medio de la cual determinó que el señor Carlos Arturo Martínez Wilches es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, estableciendo que el régimen pensional al que estaba vinculado el accionante con antelación a la entrada en vigor del sistema general de pensiones, era el previsto en el Acuerdo 049 de 1990, por lo que, luego de verificar el cumplimiento de los requisitos allí exigidos, concluyó que el actor tenía derecho a acceder a la pensión de vejez a partir del 10 de noviembre de 2007, fecha en que cumplió los 60 años de edad, fijando un IBL equivalente a la suma de $1.204.355, al que le aplicó una tasa de reemplazo del 54%, reconociendo en consecuencia una mesada pensional del orden de $650.352 para la calenda referida anteriormente.

Sin embargo, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor en contra de ese acto administrativo, el ISS expidió la resolución N°01369 de 19 de abril de 2010 -págs.45 a 47 expediente digitalizado-, en la que ordenó modificar la resolución N°060756 de 2007, más precisamente en lo relacionado con el IBL y la aplicación de la tasa de reemplazo, determinando que para el 10 de noviembre de 2007 el ingreso base de liquidación ascendía a $1.247.980, que al aplicarle la tasa de reemplazo del 81% obtiene una mesada pensional para dicha calenda equivalente a $1.010.864.

No obstante, como se aprecia en la demanda -págs.3 a 24 expediente digitalizado-, el señor Carlos Arturo Martínez Wilches considera que, como beneficiario del régimen de transición y del Acuerdo 049 de 1990, tiene derecho a que se acumulen los tiempos de servicios públicos con los aportes efectivamente sufragados al ISS hoy Colpensiones, a efectos de que se liquide el IBL con base en los salarios devengados en toda su vida laboral y consecuencialmente, de manera principal, se le aplique al resultado obtenido una tasa de reemplazo del 90% o subsidiariamente que se fije una tasa de reemplazo del 84%.

Pero, como ya se advirtió líneas atrás, a pesar de que la mayoría de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia adoptó una nueva postura frente al tema a partir de la sentencia SL1981 de 2020, en la que concluyó que, según su criterio, la acumulación de tiempos públicos con los aportes efectivamente sufragados al ISS hoy Colpensiones resulta procedente, la verdad es que, de acuerdo con la rigurosa argumentación jurídica expuesta precedentemente, esta Corporación se aleja de la naciente línea jurisprudencial emitida por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria laboral, y por tanto, al considerar que es el anterior criterio el que debe definir este tipo de casos, no resulta jurídicamente viable sumar, a efectos de aplicar el Acuerdo 049 de 1990, los tiempos de servicios públicos prestados por el señor Carlos Arturo Martínez Wilches al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y a la Universidad del Valle, con los efectivamente sufragados al Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones.

Conforme con lo expuesto y teniendo en cuenta que la reliquidación del IBL con base en el promedio de los salarios devengados en toda la vida laboral solicitada en las pretensiones principales y en las subsidiarias N°1, dependían directamente de la sumatoria de esos tiempos de servicios públicos con las semanas efectivamente cotizadas al ISS hoy Colpensiones -pues solo de esa manera se lograba sobrepasar las 1250 semanas exigidas en el artículo 21 de la ley 100 de 1993 para tener la opción de liquidar el IBL en la forma pretendida por la parte actora-; no queda otro camino que negar esas pretensiones, pues como se observa en la historia laboral allegada por Colpensiones -págs.108 a 114 expediente digitalizado-, el señor Martínez Wilches tiene sufragadas en toda su vida laboral, esto es, entre el 14 de febrero de 1968 y el 30 de septiembre de 2004, un total de 1152,57 semanas que no le permiten tener la opción de liquidar el ingreso base de liquidación con el promedio de los salarios devengados en toda la vida laboral.

Ahora, la parte actora también solicitó como pretensión subsidiaria N°2, que al IBL fijado por el otrora Instituto de Seguros Sociales en la resolución N°01369 de 19 de abril de 2010 ($1.247.980), se le aplique la tasa de reemplazo del 84%, y de esa manera se reajuste la mesada pensional fijada por esa entidad para el 10 de noviembre de 2007, que lo fue del orden de $1.010.864.

Como ya se dijo líneas atrás, según la historia laboral allegada por la Administradora Colombiana de Pensiones -págs.108 a 114 expediente digitalizado-, el señor Carlos Arturo Martínez Wilches tiene cotizadas en toda su vida laboral, que va desde el 14 de febrero de 1968 hasta el 30 de septiembre de 2004, un total de 1152,57 semanas; mismas que de acuerdo con lo consagrado en el parágrafo 2° del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, permiten la aplicación de una tasa de reemplazo del 84% sobre el ingreso base de liquidación; por lo que, al haberse fijado por el ISS un IBL de $1.247.980, tiene derecho el actor a que se le reconozca una mesada pensional del orden de $1.048.303 para el 10 de noviembre de 2007, la cual resulta superior a la reconocida por la entidad accionada, que fue equivalente a la suma de $1.010.864.

Así las cosas, antes de proceder con la liquidación de las diferencias pensionales causadas a favor del accionante, pertinente es resolver el tema concerniente a la prescripción formulada por la Administradora Colombiana de Pensiones como una de las excepciones de mérito; siendo del caso señalar que como se observa en la resolución SUB100950 de 29 de abril de 2019 -págs.55 a 62-, el señor Carlos Arturo Martínez Wilches elevó la reclamación administrativa tendiente a obtener el reajuste de la pensión de vejez el 18 de marzo de 2019, por lo que al haber presentado la acción ordinaria laboral el 27 de noviembre de 2019 -pág.96-, todas las obligaciones causadas hasta antes del 18 de marzo de 2016 se encuentran cobijadas por el referido fenómeno jurídico.

Así las cosas, tiene derecho el señor Carlos Arturo Martínez Wilches a que se le reconozca por concepto de diferencia pensional causada entre el mes de marzo de 2016 y el 30 de septiembre de 2021, la suma de $4.654.608, como se aprecia en la tabla que se expone a continuación:

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **Año** | **M. ISS**  | **M. Reajustada** | **Diferencia** | **N° Mesadas** | **Diferencia total** |
| 2007 | $1.010.864 | $1.048.303 | $37.439 | Prescritas | 0 |
| 2008 | $1.068.382 | $1.107.951 | $39.569 | Prescritas | 0 |
| 2009 | $1.150.327 | $1.192.931 | $42.604 | Prescritas | 0 |
| 2010 | $1.173.334 | $1.216.790 | $43.456 | Prescritas | 0 |
| 2011 | $1.210.529 | $1.255.362 | $44.833 | Prescritas | 0 |
| 2012 | $1.255.682 | $1.302.187 | $46.505 | Prescritas | 0 |
| 2013 | $1.286.321 | $1.333.960 | $47.639 | Prescritas | 0 |
| 2014 | $1.311.276 | $1.359.839 | $48.563 | Prescritas | 0 |
| 2015 | $1.359.269 | $1.409.609 | $50.340 | Prescritas | 0 |
| 2016 | $1.451.292 | $1.505.040 | $53.748 | 12 | $644.976 |
| 2017 | $1.534.741 | $1.591.580 | $56.839 | 14 | $795.746 |
| 2018 | $1.597.512 | $1.656.676 | $59.164 | 14 | $828.296 |
| 2019 | $1.648.313 | $1.709.358 | $61.045 | 14 | $854.630 |
| 2020 | $1.710.949 | $1.774.314 | $63.365 | 14 | $887.110 |
| 2021 | $1.738.495 | $1.802.880 | $64.385 | 10 | $643.850 |
|  |  |  |  | **Sumatoria** | **$4.654.608** |

Se autoriza a la Administradora Colombiana de Pensiones para que ejecute los descuentos correspondientes a los aportes en salud.

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, como se expuso líneas atrás, esta Sala de Decisión decidió acoger la postura que frente al tema adoptó recientemente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por lo que teniendo en cuenta que la entidad accionada de manera injustificada no aplicó la tasa de reemplazo del 84%, a pesar de contar con la información necesaria para reconocer correctamente la mesada pensional que correspondía para el 10 de noviembre de 2007, pues como se evidencia en las historias laborales inmersas en las resoluciones SUB100950 de 2019 y DEP9882 de 2019 -págs.55 a 62 y 70 a 78 expediente digitalizado-, que coinciden con la historia laboral allegada por Colpensiones -págs.108 a 114 expediente digitalizado-, la entidad accionada era conocedora de que el señor Martínez Wilches tenía sufragadas 1152 semanas que le otorgaban la tasa de reemplazo referida anteriormente y no la del 81% como equivocadamente había reconocido; motivo por el que tiene derecho a que se le reconozcan los intereses moratorios a partir del 18 de julio de 2019, esto es, cuatro meses después de haberse elevado la reclamación administrativa tendiente a obtener la reliquidación pensional, los cuales correrán hasta que se verifique el pago total de la obligación.

Como las pretensiones principales y las subsidiarias N°1 no prosperaron, habiendo salido avante las pretensiones subsidiarias N°2, la condena en costas en primera instancia estará a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones 40% a favor de la parte actora.

De esta manera queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, así como el grado jurisdiccional de consulta dispuesto a favor de Colpensiones.

Sin costas en esta sede”

Como puede verse mi criterio jurídico difiere totalmente del expuesto en la sentencia mayoritaria y es por eso que salvó mi voto, como acá queda hecho, toda vez que, itero, la sentencia de primera instancia debió ser revocada y en su lugar se debió conceder la pretensión subsidiaria de otorgar una tasa de reemplazo del 84%.

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

Magistrado