Proceso: Ordinario Laboral

Radicación No: 66001-31-05-005-2017-00493-01

Demandante: Beatriz Hurtado Cardona

Demandado: Colpensiones y otros

*MAGISTRADO:* ***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

*Pereira, doce [12] de abril de dos mil veintiuno [2021].*

***ACLARACIÓN DE VOTO***

Como lo hice notar en la discusión del proyecto, sin necesidad de acudir al tiempo público de servicios, Colpensiones otorgó la pensión conforme al acuerdo 049 de 1990, por lo que no era necesario acudir a la Jurisprudencia que sobre la posibilidad de sumar tiempos públicos y privados ha venido acuñando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Sobre ese tema, desde tiempo atrás he venido manifestando mi alejamiento de esa tesis, así:

“Con todo respeto me aparto de la decisión mayoritaria que acoge la nueva posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la posibilidad de sumar tiempos cotizados al ISS con aquellos servidos en el sector público para efectos de acreditar los requisitos previstos en el acuerdo 049 de 1990 en orden a obtener la pensión de vejez, tesis con la que 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 de el 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 desprende 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 la Sala 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’

Aún 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 que 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.”

Ahora, para modificar el anterior criterio Jurisprudencial, dice 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**.””

Pero como quiera que, tal como lo señalé al principio de este escrito, sin necesidad de acudir a la sumatoria de tiempos públicos y privados, se llegaba a la misma solución del caso concreto, simplemente aclaro mi voto.

***JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ***

*Magistrado*