

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrado Ponente

SL5113-2019

Radicación n° 60382

Acta 41

Bogotá, D.C., trece (13) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la señora **MARÍA BETTY GÓMEZ HOYOS** contra la sentencia proferida el 19 de octubre 2012, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral que le sigue al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

María Betty Gómez Hoyos promovió demanda ordinaria laboral en contra del Instituto de Seguros Sociales,

hoy Colpensiones, con el propósito de que se le reconociera y pagara la pensión de sobrevivientes, por la muerte de su cónyuge, Carlos de Jesús Zuluaga; junto con las mesadas adicionales, *«los intereses moratorios y/o indexación»* y las costas del proceso.

En lo que interesa al recurso en estudio, la demandante, como fundamento de sus peticiones, señaló que su cónyuge, Carlos de Jesús Zuluaga había fallecido el 17 de marzo de 2010; que solicitó a la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; que mediante Resolución 004856 de 11 de marzo de 2011, la demandada le había negado la prestación, bajo el argumento de que el asegurado no reportaba cotizaciones dentro de los tres años anteriores al deceso y que, aunque acreditaba *«(...) un total de 1045.71 semanas cotizadas en toda su vida laboral, [era una] cifra inferior a las mil (1175) semanas exigidas por el régimen de prima media para obtener el derecho para el año 2010, año de fallecimiento del causante de conformidad con el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 (...)»*.

Añadió que no medió separación legal o de hecho; que reunía los requisitos a cabalidad para hacerse beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su cónyuge; que si bien el causante no tenía las 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, sí acumulaba la densidad de semanas requerida en el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003; que había cotizado un total de 1045.71 semanas, densidad de aportes que superaba con creces el

mínimo requerido en el régimen de prima media, para acceder a la prestación de vejez «(...) esto es, 500 semanas, ya que la transición se mantendría para este asegurado hasta el 31 de diciembre de 2014, según el acto legislativo 01 de 2005; además este no había tramitado ni recibido la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ni la devolución de saldos a que se refiere el artículo 66 del mismo estatuto (...)».

Con auto del 13 de diciembre de 2011 (folio 59), el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín tuvo por no contestada la demanda.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, el Juzgado de conocimiento dictó sentencia el 26 de septiembre de 2012, en la que absolvió a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

II. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el grado jurisdiccional de consulta, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, a través de la sentencia de 19 de octubre de 2012, confirmó la decisión absolutoria de primer grado.

Como fundamento de su decisión, el tribunal, inicialmente, determinó que el problema jurídico a resolver por esa instancia consistía en establecer si el asegurado fallecido había dejado acreditada la pensión de sobrevivientes por haber cumplido la densidad de semanas necesarias para ello.

Indicó que no era objeto de controversia que el asegurado había fallecido el 17 de marzo de 2010 (f.9); que cotizó para el ISS un total de 854,86 semanas en toda la vida laboral; que laboró al servicio del Departamento de Antioquia entre el 29 de julio de 1968 y el 10 de mayo de 1970 y desde el 17 de mayo de 1989 hasta el 5 de mayo de 1991 (folios 26 al 29), periodos que estaban respaldados por el correspondiente bono pensional; y que, dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, no realizó cotización alguna.

En relación con la normatividad aplicable al asunto, adujo que la Sala de Casación Laboral había sido reiterativa en señalar que la disposición que gobernaba una pensión de sobrevivientes era la vigente a la data del fallecimiento del afiliado; que, para el caso en estudio, lo era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. No obstante, refirió que el parágrafo 1 de ese artículo establecía otra manera para obtener la prestación pensional y a continuación transcribió su literal.

Advirtió que, conforme la probanza allegada al plenario, se extraía que el afiliado había sido beneficiario del régimen de transición de que trataba el artículo 36 de la Ley 100 de

1993, por cuanto nació el 13 de noviembre de 1948 y, para el 1 de abril de 1994, tenía más de 40 años de edad; que, bajo ese entendido, el régimen anterior que le era aplicable en virtud del citado párrafo, era el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, conforme lo señalado por de la Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL Rad. 37.951 de 2011, de la que no se precisó fecha.

Sobre el caso particular, concluyó:

«(...) Entonces, cuando se revisa la historia laboral, falleció el 17 de Marzo de 2010, se evidencia que durante toda la vida laboral cotizó al ISS, 854.86 semanas, es decir, que no cumple con el requisito de las mil semanas en toda la vida laboral.

En lo atinente al segundo de los supuestos, esto es, 500 semanas cotizadas en los 20 años anteriores a la fecha del fallecimiento, se tiene que durante el lapso entre 17 de marzo de 1990 y la fecha de su fallecimiento, sufragó 347,56 semanas, las cuales no son suficientes de conformidad con la legislación, para que los beneficiarios del causante accedan a la prestación reclamada.

Igualmente, cuenta con un tiempo al sector público sin cotización al ISS, entre el 29 de julio de 1968 al 10 de mayo de 1970 y entre el 17 de mayo 1989 al 5 de mayo de 1991, que representan 190,86 semanas; que sumadas a las semanas cotizadas al ISS, 854,86, que bajo el régimen del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, preceptiva que es de aplicación al caso en estudio, no es posible acumular, ya que la acumulación de tiempos, es la contemplada en el imperativo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, siendo solo aplicable a los afiliados fallecidos bajo el imperio de dicha normatividad.

(...)

Desde otro punto de vista, y en la medida que el afiliado falleció el 17 de marzo de 2010, naciendo el 13 de diciembre de 1948 cumpliendo los 60 años la misma data del año 2008 y que la Ley 797 de 2003 permite la sumatoria de tiempos laborados en el sector público y privado se evidencia que durante toda la vida laboral cuenta con un total de 1045, 72 semanas cuando para dicho año (2008) se exigía un número de 1.125 semanas, para acceder a la pensión de vejez, no quedando acreditado el número

de semanas requerido para que sus beneficiarios se hicieran acreedores al disfrute de la pensión de sobrevivientes tampoco bajo esta arista (...)»

III. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

IV. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Lo formula en los siguientes términos:

«Persigo la CASACIÓN TOTAL del fallo recurrido, para que en subsiguiente SEDE DE INSTANCIA, esa Sala CONFIRME el fallo de primer grado. Se provea sobre costas como es de rigor».

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación laboral, que fueron replicados y que pasan a ser examinados de forma conjunta por la Corte, habida cuenta que denuncian el mismo elenco normativo, persiguen idéntico objetivo y se soportan en iguales argumentaciones.

VII. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia de violar, por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea *«(...) del artículo 12,*

parágrafo 1 de la Ley 797 de 2003, en armonía con los artículos 1, 2, 11, 12, 47, 48, 50, 74, 141, 142, 272 de la Ley 100 de 1993. Artículos 48 y 53 de la C.N».

Señala la recurrente que no es objeto de discusión que el asegurado no cotizó las 50 semanas dentro de los 20 años anteriores al fallecimiento, ni 26 dentro del año precedente al deceso; que tampoco controvierte que no le sea aplicable el postulado de la condición más beneficiosa, pese a que el Tribunal tuvo por acreditadas 1.045 semanas en toda su vida laboral.

Aduce que el *ad quem* incurrió en yerro al interpretar el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, pues el citado precepto contempla varias hipótesis para acceder al derecho pensional de vejez, que no fueron valoradas y dentro de las que se encuentra «(...) haber satisfecho el número mínimo de semanas cotizadas en el régimen de prima media», que no es otro que el régimen del ISS «*ora CAJANAL E.I.C.E EN LIQUIDACIÓN* [que] *exige bien 1000 semanas de cotización, si es el ISS quien reconoce la prestación, obviamente sumando los aportes públicos y privados*».

Agrega que no hay duda en que el mencionado parágrafo alude a los requisitos para obtener una pensión de vejez, pues incluso hace mención a la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, a que también podrían tener derecho los beneficiarios.

En relación con la negativa del Tribunal de sumar tiempos públicos y privados, el recurrente transcribió los artículos 7, 10, 13, 272 de la Ley 100 de 1993, para luego indicar que el objetivo principal del Sistema General de Pensiones era garantizar a la población, a través del reconocimiento de las pensiones y demás prestaciones, las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte; que, en esa medida, lo pertinente y adecuado era permitir la sumatoria de tiempos para el reconocimiento de cualquier prestación *«(...) por así disponerlo de manera clara, diamantina y contundente las normativas en cita (...)»*.

Y, en esa medida, aseguró que:

«(...) como el asegurado fallecido era beneficiario del régimen de transición como lo acepta el Tribunal, también es claro que en estos casos opera la sumatoria de tiempos, no solo porque se trata de una pensión pedida en acogimiento a la Ley 797 de 2003, que permite tener en cuenta tiempo mixto (público y privado) para las prestaciones allí contempladas (ver artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003), entre ellas las de sobrevivientes, sino porque así lo ha reconocido la H. Corte en reiterada jurisprudencia donde define el tema de la sumatoria de tiempos mixtos para acceder a una pensión de vejez en vigencia de la Ley 797 de 2003 (...)».

Insiste que la misma Ley 100 de 1993 permite la sumatoria de tiempos para acceder a las prestaciones pensionales, de manera que, en su criterio, es notorio el desvío interpretativo en el que incurrió el juez de apelaciones al admitir conforme a la norma reseñada *«(...) que el afiliado tiene más de mil semanas pero exigirle 1075, siendo que el número máximo es de mil, teniendo en cuenta los tiempos públicos»*.

En soporte de lo señalado, relaciona las sentencias CSJ SL 4 nov 2004, rad. 23611, reiterada en las decisiones SL 14 feb. 2012, rad. 42827 y SL 13 mar. 2012, Rad. 42722; y transcribe apartes de la sentencia SL 17 jun. 2009, Rad. 35722, de la que, resalta, admite la sumatoria de los tiempos públicos.

IV. SEGUNDO CARGO

Denuncia la sentencia recurrida de violar por la vía directa, en la modalidad de infracción directa «(...) el *parágrafo del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en armonía con los artículos 1, 2, 11, 12, 46, 47, 48, 50, 74, 141, 142, 272 de la Ley 100 de 1993. Artículos 48 y 53 de la C.N.*

En sustento de su ataque, redunda sobre los mismos argumentos esbozados en el primer cargo e insiste en que el Tribunal desconoció el *parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003*, que posibilita acceder a la pensión de sobrevivientes cuando el asegurado ha cotizado, por lo menos, la densidad mínima de cotizaciones en el régimen de prima media, en tiempo anterior a su deceso. Caso en el cual la norma permite la acumulación de tiempos públicos y privados a fin de completar ese requisito mínimo de semanas cotizadas, por cuanto el objetivo primordial de la ley de seguridad social es brindar a la población un amparo frente a las contingencias IVM.

Recalca que, en el caso del asegurado fallecido, éste completó ese requisito mínimo, en la medida que sufragó las semanas necesarias para dejar causado el derecho pensional de sobrevivientes; y que la norma que limitaba el cómputo de tiempos no aportados a cajas o fondos, fue declarada nula por el Consejo de Estado con providencia CE. 28 feb 2013, Exp. 2008-00133-00 (2793-08).

VII. RÉPLICA

Sostiene que el Tribunal no incurrió en la interpretación alegada en el cargo primero; que su criterio está acorde con la postura jurisprudencial imperante en la materia; que a la demandante no le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes pretendida, por cuanto no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que es la norma que gobierna el asunto; que cuando se alude *«al régimen de prima media en tiempo anterior al fallecimiento»*, en el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, se debe entender *«las 26 semanas que exigía el artículo primigenio de la Ley 100 de 1993»* y no el Acuerdo 049 de 1990, como lo entiende el censor.

Por último, aduce que tampoco se configura el concepto de vulneración denunciado en el cargo segundo, esto es, el de infracción directa, respecto del parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por cuanto esta fue, precisamente, la norma que el Tribunal estudió y aplicó para decidir el asunto.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Teniendo por superada la equivocación presente en el alcance de la impugnación, en la medida que se entiende que lo pretendido por el censor con el mismo, es que se revoque la decisión de primer grado y, en su lugar, una vez casada la sentencia del tribunal, se condene a lo pedido con la demanda inicial, se tiene que el censor procura demostrar el desatino jurídico cometido por el Tribunal, al haber negado la pensión de sobrevivientes bajo el argumento de que la norma llamada a gobernar la prestación, era la vigente a la data del deceso del asegurado, esto es, la Ley 797 de 2003; y al haber señalado que no era posible sumar las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales con los tiempos servidos al sector público, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad y en concordancia con parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, pese a que el asegurado estaba cobijado por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y acumuló un total de 1045,72 semanas.

Al respecto, estima la Sala que no se equivocó el *ad quem* al considerar que la norma que, en principio, gobierna el derecho de sobrevivientes es la Ley 797 de 2003, pues, en efecto, era el vigente para el momento en que se produjo el fallecimiento del asegurado (17 de marzo de 2010). Ello precisamente, en atención al criterio fijado de tiempo atrás por esta Corporación, entre otras, en la sentencia CSJ

SL797- 2013, en la que se reiteró la CSJ SL, 30 abr 2013, rad 45815.

De igual forma, tampoco erró el sentenciador de segunda instancia, al considerar que no es posible sumar tiempos cotizados al Seguro Social y los servidos a entidades públicos (no cotizados) para completar la densidad de semanas requeridas en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aun en concordancia con el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por cuanto esa disposición no contempla esa acumulación de manera expresa. En sentencia CSJ SL032-2018 del 24 de enero de 2018, al respecto se indicó:

«No incurrió el sentenciador de segundo grado en error jurídico frente a las normas denunciadas, al no haber sumado, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, las semanas cotizadas al ISS con tiempos servidos al sector público, toda vez que el fallador simplemente se limitó a acoger la jurisprudencia sostenida actualmente por esta Corporación, según la cual no resulta procedente la contabilización entre aquéllas y éstos, por cuanto dicha normatividad no contempla tal posibilidad de manera expresa y, además, porque lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 solamente concierne a las prestaciones contempladas en el artículo 33 de la Ley del Sistema de Seguridad Social Integral.»

Ahora, esta Sala advierte que, desde la demanda inicial, la actora solicitó el derecho pensional de sobrevivientes, con la pretensión de que se acumularan los tiempos cotizados y servidos al sector público por su cónyuge y pese a que existió una impropiedad en los preceptos invocados, ello no es óbice para que el juez limite su deber interpretativo y no acoja el

análisis de los supuestos fácticos bajo otras disposiciones que resulten igualmente aplicables. Por el contrario, resulta perfectamente válido revisar el haz normativo que gobierna el caso en estudio, con el propósito de materializar el derecho sustancial (ver Sentencia CSJ SL571-2018 del 7 de marzo de 2018, rad. 60708).

En ese orden, se tiene que esta Sala, a partir de la sentencia CSJ SL4457-2014, 26 marzo 2014 rad. 43904, cambió de criterio y avaló la posibilidad de sumar las semanas cotizadas con el tiempo servido al sector público (no cotizado) en aplicación del régimen de la Ley 71 de 1988 (pensión por aportes), bajo el raciocinio de que el derecho pensional no puede verse truncado por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado aportes a una caja de previsión social. En aquella oportunidad, esta Corporación precisó:

En este orden, bien podría afirmarse que la Ley 100 de 1993 al consagrar la acumulación de tiempos servidos en el sector público y privado, dejó sin vigencia lo dispuesto en la Ley 71 de 1988. Sin embargo, tal aseveración no es del todo cierta si se tiene en cuenta que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional para quienes acreditando los requisitos de edad o tiempo de servicios a su entrada en vigencia, tengan derecho a que su pensión se reconozca conforme a la edad, tiempo de servicios y monto de la pensión del régimen que anteriormente les fuera aplicable, entre otros, el que consagró el Acuerdo 049 de 1990 del ISS, aprobado por el Decreto 758 de 1990, ora el previsto en la Ley 33 de 1985 que reguló el régimen pensional en el sector oficial y, concretamente, en lo que ahora interesa, la Ley 71 de 1988 que previó la llamada pensión de jubilación por aportes.

Este recuento le permite a la Sala dilucidar que el régimen de jubilación por aportes, no desconoció, ni antes ni después de la Constitución Política de 1991, que el derecho fundamental e irrenunciable a la pensión no puede verse truncado por la circunstancia de que la entidad empleadora no hubiese efectuado

aportes a una caja de previsión social, máxime si se tiene en cuenta que otrora, la afiliación a la seguridad social para los servidores públicos no era obligatoria sino facultativa, de modo que la ausencia de cotización no puede imputársele a ellos, y menos, puede afectar sus derechos pensionales que en todo caso se encontraban amparados por las disposiciones – Decreto reglamentario 1848 de 1969- que garantizaban el reconocimiento pensional a cargo de la entidad de previsión a la cual estuvieran afiliados o, en su defecto, a cargo directo de la entidad o empresa oficial empleadora por el mero tiempo de servicios.

[...]

En adición a lo expuesto, no debe perderse de vista que si bien la Ley 100 de 1993 previó un régimen de transición a fin de respetar las expectativas legítimas de quienes se encontraban próximos a pensionarse conforme al régimen anterior, dicha transición debe aplicarse en el marco del nuevo contexto constitucional y legislativo imperante, y en observancia del principio de equidad que debe regir en y entre los regímenes pensionales existentes, lo cual supone que esos tiempos servidos –no cotizados- no puedan ser despreciados o desechados para efectos del cómputo de la denominada pensión de jubilación por aportes.

En este orden de ideas, conforme a los postulados constitucionales y legales atrás referidos, y frente a la citada decisión del Consejo de Estado a través de la cual se declaró la nulidad del artículo 5º del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, reglamentario del artículo 7º de la Ley 71 de 1988, la Corte estima necesario rectificar su actual criterio y, en su lugar, adoctrinar que para efectos de la pensión de jubilación por aportes que deba aplicarse en virtud del régimen de transición pensional establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se debe tener en cuenta el tiempo laborado en entidades oficiales, sin importar si fue o no objeto de aportes a entidades de previsión o de seguridad social.

Por lo descrito, es válido analizar la prestación de sobrevivientes teniendo en cuenta la actual postura relativa a la acumulación del tiempo cotizado y el tiempo servido al sector público, a fin de verificar si el afiliado hubiese podido dejar consolidado el derecho pensional de jubilación antes de su deceso a la luz de la Ley 71 de 1988.

En el caso en estudio, se demostró y no fue objeto de discusión que el señor Carlos de Jesús Zuluaga Hoyos nació el 13 de noviembre de 1948; que era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque a 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad; que laboró para el Departamento de Antioquia desde el 29 de julio de 1968 hasta 10 de mayo de 1970 y del 17 de mayo de 1989 al 5 de mayo de 1991, para un total de 190.86 semanas (folio 9); que aportó para el ISS 854.86 semanas y realizó su última cotización, el 31 de marzo de 2003 (folio 101); que entre el tiempo servido al sector público y las cotizaciones realizadas al ISS reunió un total de *«7320 días que equivalen a 1045.71 semanas»* conforme lo estableció el ISS en Resolución 004856 de 11 de marzo de 2011 (folios 9, 10, 96 y 97); que cumplió los 60 años de edad el 13 de noviembre de 2008 y murió el 17 de marzo de 2010.

Bajo los precitados presupuestos, se encuentra que Carlos de Jesús Zuluaga Hoyos (q.e.p.d), como beneficiario del régimen de transición, consolidó el derecho pensional antes de su deceso, pues a tal data ya había cumplido los 60 años de edad y reunía un total de 1.045,71 semanas, guarismo superior a 20 años de servicios (1.028 semanas) exigidos en la Ley 71 de 1988.

De modo que, a efectos de determinar la procedencia de la pensión de sobrevivientes incoada por la señora María Betty Gómez Hoyos, no se requería demostrar las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores al deceso, que fue lo que no contempló el Tribunal, pues era

claro, que esa prestación de sobrevivientes se derivaba de la transmisión del derecho por muerte de un pensionado por vejez y no de las semanas aportadas por un afiliado fallecido.

En consecuencia, los cargos son fundados y se casará la sentencia recurrida.

VIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia, se encuentra que el juzgado negó la pensión sobrevivientes luego de encontrar que si bien el afiliado fallecido era beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a 1 de abril de 1994 solo registraba tiempo público servido no cotizado y semanas cotizadas al sector oficial, pero no aportes al ISS por parte de empleadores privados, pues estas últimas se habían dado desde enero año 1995, razón por la cual antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el señor Carlos de Jesús Zuluaga ostentaba la calidad de servidor público, siendo el régimen anterior que le cobijaba el de la Ley 33 de 1985 y respecto del cual no cumplió los 20 años de servicios exigidos.

En esa misma línea, manifestó que no era posible dar aplicación al parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, toda vez que a través de este solo se podía tener en cuenta los requisitos del régimen de prima media, esto es, los del Acuerdo 049 de 1990; que el citado acuerdo no era aplicable al actor, pues su expectativa, a 1 de abril de 1994,

estaba regida por la Ley 33 de 1985; y que al revisar el caso con sujeción al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, tampoco se encontraban acreditadas las 1175 semanas exigidas para la época.

Conforme lo establecido en sede de casación, cumple reiterar que, conforme el criterio actual de la Sala, es posible acumular los tiempos servidos al sector público (no cotizados) con los tiempos aportados, para completar los 20 años de servicios exigidos y acceder a la pensión por aportes prevista en el referido artículo 7 de la Ley 71 de 1988.

De cara al argumento del a quo, de que para acceder, como beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a la pensión por aportes del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, es necesario que a 1 de abril de 1994 el afiliado tenga tiempos al sector público y aportes al ISS, es preciso recordar que esta Corte, en reiteradas ocasiones, ha señalado que ese razonamiento es incorrecto porque significaría cercenarle al beneficiario *«que pueda cotizar al ISS por servicios personales privados para acceder a la pensión por aportes»*, además de que el Sistema de Seguridad Social no excluye ni prohíbe la afiliación para personas que con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 aporten con empleadores privados, ni le resta efectos a dichas cotizaciones. En ese sentido, en sentencia CSJ SL SL4523-2015 se expresó:

De los razonamientos expuestos por la Corte, es necesario precisar que una persona amparada por el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y que hasta la entrada en vigencia de dicha ley solamente haya cotizado para el sector público o haya prestado sus servicios exclusivamente en entidades de derecho público, puede acceder, bien a la pensión regulada por la Ley 33 de 1985, o bien a la pensión por aportes del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, siempre y cuando satisfaga la densidad de cotizaciones o tiempos de servicios requeridos para una u otra. Afirmar que en esa hipótesis, únicamente se puede pretender la pensión de la Ley 33 de 1985, como lo dijo el Tribunal, significa privar al beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, de que pueda cotizar al ISS por servicios personales privados para acceder a la pensión por aportes. Y en ese caso, no puede olvidarse que el Sistema de Seguridad Social de la Ley 100 de 1993, no excluye ni prohíbe la afiliación para persona alguna que esté calificado legalmente para cotizar válidamente a dicho sistema, ni tampoco contempla norma alguna que le reste efectos a dichas cotizaciones frente a una prestación pensional en particular como la que aquí se pretende.

Por tanto, si una persona cobijada por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, como acontece aquí con la demandante en la situación fáctica ya descrita, tiene la expectativa legítima de pensionarse, bien sea por la Ley 33 de 1985 o por la Ley 71 de 1988, no hay razón alguna para sostener que para aspirar a la prestación por aportes regulada por la segunda, necesariamente se tengan que tener aportes al sector público y privado antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993. Y de igual manera, tampoco puede decirse que las cotizaciones al sector privado efectuadas en vigencia de la Ley 100 de 1993 tengan efectos retroactivos, en tanto, como ya se dijo, si hay la expectativa de poder reunir los requisitos para la pensión por aportes, nada impide que estos no sean válidos aun cuando los correspondientes al sector privado, se hubieran realizado solamente en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Lo dicho está avalado también por el propio artículo 7º de la Ley 71 de 1988, en cuanto no hace ninguna salvedad al respecto, como se observa de su texto que es del siguiente tenor:

A partir de la vigencia de la presente Ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

Y si un régimen de transición preserva la posibilidad de que una persona próxima a pensionarse, adquiera el beneficio acorde con la normatividad anterior, la exigencia del precepto transcrito de que los 20 años de aportes pueden ser sufragados en cualquier tiempo, incluye aquellos realizados bajo la vigencia de la nueva ley sin que sea necesario que los aportes públicos y privados tengan que hacerse bajo el imperio de la legislación anterior, aun cuando no alcancen la densidad requerida.

Dilucidado lo anterior y de acuerdo a las consideraciones expuestas en el recurso de casación, se reitera que, para el caso concreto, quedó demostrado que Carlos de Jesús Zuluaga Hoyos (q.e.p.d), como beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, consolidó el derecho pensional por aportes antes de su deceso, pues a tal data ya había cumplido los 60 años de edad y reunía un total de 1.045,71 semanas, entre los tiempos servidos (no cotizados) y las semanas cotizadas al ISS, guarismo superior a 20 años de servicios (1.028 semanas) exigidos en la Ley 71 de 1988.

De este modo, a efectos de determinar la procedencia de la pensión de sobrevivientes deprecada por María Betty Gómez Hoyos, lo pertinente es estudiarla con sujeción a la norma vigente al deceso del afiliado (Ley 797 de 2003) pero, se reitera, teniendo en cuenta que se trata de un derecho pensional sustituido o transmitido por causa de la muerte del pensionado por vejez, esto es, aplicando lo previsto en el numeral 1 del artículo 46, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que prevé:

ARTÍCULO 12. El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

(...)

(Negrita y subrayado fuera del texto).

En lo que atañe a los beneficiarios y los requisitos a cumplir para obtener la pensión de sobrevivientes, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 señala:

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así:
<Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** exequibles>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

(...)

(Negrita y subrayado fuera del texto).

Conforme la documental adosada al expediente se encuentra que la aquí demandante, María Betty Gómez Hoyos, acreditó: (i) tener más de 30 años de edad, a la fecha de deceso del asegurado (17 de marzo de 2010), con el registro civil de nacimiento de folio 24; y (ii) ostentar la calidad de cónyuge supérstite, con el acta civil de matrimonio visible a folio 25, en la que consta que contrajo matrimonio católico con el señor Zuluaga Hoyos el 10 de diciembre de 1970.

En lo relacionado con el término de convivencia a que alude el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el Juzgado de primera instancia consideró que, con la documental obrante en el plenario y los testimonios recaudados, no se había logrado acreditar que dentro de los 5 años anteriores al deceso del causante la actora hubiese convivido con aquél, pues algunos testigos eran de oídas y otros no generaban certeza sobre la existencia efectiva de ese requisito, ya que en los últimos años la pareja había residido en una ciudad diferente.

Lo primero que debe precisarse es que esta Sala ha indicado que la convivencia de 5 años que exige la ley, entre el pensionado o afiliado y su cónyuge, puede ser acreditada en cualquier tiempo, máxime si el vínculo marital se encuentra vigente y el afiliado o el pensionado no tenía compañera permanente al momento de su muerte, *«ya que de esta manera se protege a quien desde el matrimonio, aportó a la construcción del beneficio pensional del causante»* y se

materializa el principio de solidaridad. (Ver sentencia CSJ SL3505-2018; SL, 25 abr. 2018, rad. 45779, en la cual esta Corte reiteró el pronunciamiento efectuado en la CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637).

Por tanto, es claro que el a quo erró al indicar que la Sra. María Betty Gómez, en su condición de cónyuge supérstite, debía acreditar convivencia con el pensionado, los 5 años anteriores al fallecimiento de este, pues, se itera, el correcto alcance del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, lleva a entender que tal periodo puede acreditarse en cualquier tiempo.

Así pues, revisado el material probatorio adosado oportunamente al plenario, la Sala encuentra que, contrario a lo manifestado por el a quo, la convivencia real y efectiva, por un término superior a 5 años en cualquier tiempo, se encuentra acreditada, con la apreciación en conjunto de las declaraciones extraprocesales de Francisco Javier Cadavid y Emidio de Jesús Zapata Gil (folios 127 y 128), ratificadas en audiencia del 24 de agosto de 2012, y los testimonios de Francisco Javier Cadavid Ospina, María Ospina Cadavid y Luz Esthela Echeverry Villegas (cd folios 254 del cuaderno principal), quienes fueron coincidentes y espontáneos al asegurar que aunque en los últimos años del causante, la pareja estuvo radicada en la ciudad de Cali, conocían de su convivencia desde hacía aproximadamente 39 años; que en un primer momento vivieron en Granada (Antioquia) donde permanecieron aproximadamente por 20 años; que se reunían con la pareja por cuestiones familiares en diferentes

oportunidades, en las que siempre se presentaron como esposos, y que fruto de esa unión procrearon tres hijos, que en la actualidad eran mayores de edad.

Así mismo, se resalta el testimonio del señor Francisco Javier Cadavid (cuñado de la demandante), quien manifestó de manera conteste y espontánea no solo haber estado en el matrimonio de la pareja, sino haber compartido largo tiempo con esta, cuando laboraba como normalista en el municipio de Granada; que conocía a sus hijos; que los visitó en la ciudad de Cali en varias oportunidades (por lo menos una vez en el año) y ellos a su vez a él, en Sonsón (Antioquia); que se comunicaban frecuentemente por teléfono y que asistió al funeral del señor Carlos Zuluaga, en la ciudad de Cali. (Cd. Audio 29:00 a 39:29 min).

En consecuencia, están dados los presupuestos para que la actora en su calidad de cónyuge del causante, acceda a la pensión de sobrevivientes deprecada, toda vez que se cumplen los requisitos previstos en el parágrafo 1 del artículo 12 y el literal a) del artículo 13, ambos de la Ley 797 de 2003, vigente a la fecha del deceso del causante.

Definido lo anterior, habrá de cuantificarse la mesada pensional que le hubiese correspondido al causante a la fecha de su fallecimiento, en tanto, como se anotó, es la que corresponde sustituirle a la demandante como cónyuge supérstite, a partir de esa data, 17 de marzo de 2010.

Por tanto, a fin de determinar el ingreso base de liquidación (IBL), es necesario precisar que en razón a que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, al causante le faltaba una temporalidad superior a 10 años para consolidar el derecho, le es aplicable el artículo 21 de la norma en cita. Además, le corresponde una tasa de reemplazo del 75%, en los términos de la Ley 71 de 1988, tal como se explica en la siguiente tabla:

FECHAS		Nº DE	Nº DE	SALARIO	SALARIO	SALARIO
DESDE	HASTA	DÍAS	SEMANAS	DEVENGADO	INDEXADO	PROMEDIO
30/03/1986	31/03/1986	2	0,29	\$ 50.046,00	\$1.361.878,69	\$756,60
01/04/1986	30/04/1986	30	4,29	\$56.393,00	\$1.534.596,67	\$12.788,31
01/05/1986	31/05/1986	31	4,43	\$69.497,00	\$1.891.189,77	\$16.285,25
01/06/1986	30/06/1986	30	4,29	\$61.366,00	\$1.669.924,62	\$13.916,04
01/07/1986	31/07/1986	31	4,43	\$58.291,00	\$1.586.246,07	\$13.659,34
01/08/1986	31/08/1986	31	4,43	\$59.905,00	\$1.630.167,10	\$14.037,55
01/09/1986	30/09/1986	30	4,29	\$54.856,00	\$1.492.771,00	\$12.439,76
01/10/1986	31/10/1986	31	4,43	\$57.381,00	\$1.561.482,66	\$13.446,10
01/11/1986	30/11/1986	30	4,29	\$70.685,00	\$1.923.518,26	\$16.029,32
01/12/1986	31/12/1986	31	4,43	\$55.595,00	\$1.512.881,06	\$13.027,59
01/01/1987	31/01/1987	31	4,43	\$163.020,00	\$3.667.846,95	\$31.584,24
01/02/1987	28/02/1987	28	4,00	\$47.083,00	\$1.059.337,74	\$8.239,29
01/03/1987	31/03/1987	31	4,43	\$57.263,00	\$1.288.381,30	\$11.094,39
01/04/1987	30/04/1987	30	4,29	\$61.268,00	\$1.378.491,27	\$11.487,43
01/05/1987	31/05/1987	31	4,43	\$155.824,00	\$3.505.941,50	\$30.190,05
01/06/1987	30/06/1987	30	4,29	\$29.755,00	\$669.468,69	\$5.578,91
01/07/1987	31/07/1987				\$-	\$-
01/04/1989	30/04/1989				\$-	\$-
17/05/1989	31/05/1989	14	2,00	\$50.650,97	\$716.562,25	\$2.786,63
01/06/1989	30/06/1989	30	4,29	\$108.538,00	\$1.535.493,47	\$12.795,78
01/07/1989	31/07/1989	30	4,29	\$108.538,00	\$1.535.493,47	\$12.795,78
01/08/1989	31/08/1989	30	4,29	\$108.538,00	\$1.535.493,47	\$12.795,78
01/09/1989	30/09/1989	30	4,29	\$108.538,00	\$1.535.493,47	\$12.795,78
01/10/1989	31/10/1989	30	4,29	\$102.984,66	\$1.456.930,04	\$12.141,08
01/11/1989	30/11/1989	30	4,29	\$102.588,00	\$1.451.318,47	\$12.094,32
01/12/1989	31/12/1989	30	4,29	\$102.588,00	\$1.451.318,47	\$12.094,32
01/01/1990	31/01/1990	30	4,29	\$125.157,00	\$1.404.425,68	\$11.703,55

01/02/1990	28/02/1990	30	4,29	\$ 125.157,00	\$ 1.404.425,68	\$ 11.703,55
01/03/1990	31/03/1990	30	4,29	\$ 125.157,00	\$ 1.404.425,68	\$ 11.703,55
01/04/1990	30/04/1990	30	4,29	\$ 125.157,00	\$ 1.404.425,68	\$ 11.703,55
01/05/1990	31/05/1990	30	4,29	\$ 125.157,00	\$ 1.404.425,68	\$ 11.703,55
01/06/1990	30/06/1990	30	4,29	\$ 125.157,00	\$ 1.404.425,68	\$ 11.703,55
01/07/1990	31/07/1990	30	4,29	\$ 151.183,50	\$ 1.696.477,14	\$ 14.137,31
01/08/1990	31/08/1990	30	4,29	\$ 177.210,00	\$ 1.988.528,61	\$ 16.571,07
01/09/1990	30/09/1990	30	4,29	\$ 177.210,00	\$ 1.988.528,61	\$ 16.571,07
01/10/1990	31/10/1990	30	4,29	\$ 177.210,00	\$ 1.988.528,61	\$ 16.571,07
01/11/1990	30/11/1990	30	4,29	\$ 177.210,00	\$ 1.988.528,61	\$ 16.571,07
01/12/1990	31/12/1990	30	4,29	\$ 177.210,00	\$ 1.988.528,61	\$ 16.571,07
01/01/1991	31/01/1991	30	4,29	\$ 187.843,00	\$ 1.591.924,70	\$ 13.266,04
01/02/1991	28/02/1991	30	4,29	\$ 187.843,00	\$ 1.591.924,70	\$ 13.266,04
01/03/1991	31/03/1991	30	4,29	\$ 187.843,00	\$ 1.591.924,70	\$ 13.266,04
01/04/1991	30/04/1991	30	4,29	\$ 187.843,00	\$ 1.591.924,70	\$ 13.266,04
01/05/1991	05/05/1991	5	0,71	\$ 31.307,16	\$ 265.320,73	\$ 368,50
01/06/1991	30/06/1991				\$ -	\$ -
01/12/1994	31/12/1994				\$ -	\$ -
01/01/1995	31/01/1995	30	4,29	\$ 118.934,00	\$ 422.488,70	\$ 3.520,74
01/02/1995	28/02/1995	30	4,29	\$ 118.934,00	\$ 422.488,70	\$ 3.520,74
01/03/1995	31/03/1995	30	4,29	\$ 118.934,00	\$ 422.488,70	\$ 3.520,74
01/04/1995	30/04/1995	30	4,29	\$ 118.934,00	\$ 422.488,70	\$ 3.520,74
01/05/1995	31/05/1995	30	4,29	\$ 118.934,00	\$ 422.488,70	\$ 3.520,74
01/06/1995	30/06/1995	30	4,29	\$ 118.934,00	\$ 422.488,70	\$ 3.520,74
01/07/1995	31/07/1995	30	4,29	\$ 118.934,00	\$ 422.488,70	\$ 3.520,74
01/08/1995	31/08/1995	30	4,29	\$ 118.934,00	\$ 422.488,70	\$ 3.520,74
01/09/1995	30/09/1995	30	4,29	\$ 118.934,00	\$ 422.488,70	\$ 3.520,74
01/10/1995	31/10/1995	29	4,14	\$ 118.934,00	\$ 422.488,70	\$ 3.403,38
01/11/1995	30/11/1995	29	4,14	\$ 118.934,00	\$ 422.488,70	\$ 3.403,38
01/12/1995	31/12/1995	29	4,14	\$ 118.934,00	\$ 422.488,70	\$ 3.403,38
01/01/1996	31/01/1996	29	4,14	\$ 142.125,00	\$ 422.622,99	\$ 3.404,46
01/02/1996	29/02/1996	29	4,14	\$ 142.125,00	\$ 422.622,99	\$ 3.404,46
01/03/1996	31/03/1996	29	4,14	\$ 142.125,00	\$ 422.622,99	\$ 3.404,46
01/04/1996	30/04/1996	29	4,14	\$ 142.125,00	\$ 422.622,99	\$ 3.404,46
01/05/1996	31/05/1996	28	4,00	\$ 142.125,00	\$ 422.622,99	\$ 3.287,07
01/06/1996	30/06/1996	28	4,00	\$ 142.125,00	\$ 422.622,99	\$ 3.287,07
01/07/1996	31/07/1996	28	4,00	\$ 142.125,00	\$ 422.622,99	\$ 3.287,07
01/08/1996	31/08/1996	28	4,00	\$ 142.125,00	\$ 422.622,99	\$ 3.287,07

01/09/1996	30/09/1996	28	4,00	\$ 142.125,00	\$ 422.622,99	\$ 3.287,07
01/10/1996	31/10/1996	28	4,00	\$ 142.125,00	\$ 422.622,99	\$ 3.287,07
01/11/1996	30/11/1996	28	4,00	\$ 142.125,00	\$ 422.622,99	\$ 3.287,07
01/12/1996	31/12/1996	28	4,00	\$ 142.125,00	\$ 422.622,99	\$ 3.287,07
01/01/1997	31/01/1997	27	3,86	\$ 172.005,00	\$ 420.433,04	\$ 3.153,25
01/02/1997	28/02/1997	27	3,86	\$ 172.005,00	\$ 420.433,04	\$ 3.153,25
01/03/1997	31/03/1997	27	3,86	\$ 172.005,00	\$ 420.433,04	\$ 3.153,25
01/04/1997	30/04/1997	27	3,86	\$ 172.005,00	\$ 420.433,04	\$ 3.153,25
01/05/1997	31/05/1997	27	3,86	\$ 172.005,00	\$ 420.433,04	\$ 3.153,25
01/06/1997	30/06/1997	27	3,86	\$ 172.005,00	\$ 420.433,04	\$ 3.153,25
01/07/1997	31/07/1997	27	3,86	\$ 172.005,00	\$ 420.433,04	\$ 3.153,25
01/08/1997	31/08/1997	27	3,86	\$ 172.005,00	\$ 420.433,04	\$ 3.153,25
01/09/1997	30/09/1997	28	4,00	\$ 172.005,00	\$ 420.433,04	\$ 3.270,03
01/10/1997	31/10/1997	26	3,71	\$ 172.005,00	\$ 420.433,04	\$ 3.036,46
01/11/1997	30/11/1997	26	3,71	\$ 172.005,00	\$ 420.433,04	\$ 3.036,46
01/12/1997	31/12/1997	26	3,71	\$ 172.005,00	\$ 420.433,04	\$ 3.036,46
01/01/1998	31/01/1998	24	3,43	\$ 203.826,00	\$ 423.376,67	\$ 2.822,51
01/02/1998	28/02/1998	26	3,71	\$ 203.826,00	\$ 423.376,67	\$ 3.057,72
01/03/1998	31/03/1998	26	3,71	\$ 203.826,00	\$ 423.376,67	\$ 3.057,72
01/04/1998	30/04/1998				\$ -	\$ -
01/05/1998	31/05/1998	26	3,71	\$ 203.826,00	\$ 423.376,67	\$ 3.057,72
01/06/1998	30/06/1998	26	3,71	\$ 203.826,00	\$ 423.376,67	\$ 3.057,72
01/07/1998	31/07/1998	25	3,57	\$ 203.826,00	\$ 423.376,67	\$ 2.940,12
01/08/1998	31/08/1998	25	3,57	\$ 203.826,00	\$ 423.376,67	\$ 2.940,12
01/09/1998	30/09/1998	25	3,57	\$ 203.826,00	\$ 423.376,67	\$ 2.940,12
01/10/1998	31/10/1998	25	3,57	\$ 203.826,00	\$ 423.376,67	\$ 2.940,12
01/11/1998	30/11/1998	25	3,57	\$ 203.826,00	\$ 423.376,67	\$ 2.940,12
01/12/1998	31/12/1998	25	3,57	\$ 203.826,00	\$ 423.376,67	\$ 2.940,12
01/01/1999	31/01/1999	25	3,57	\$ 236.460,00	\$ 420.827,86	\$ 2.922,42
01/02/1999	28/02/1999	25	3,57	\$ 236.460,00	\$ 420.827,86	\$ 2.922,42
01/03/1999	31/03/1999	24	3,43	\$ 236.460,00	\$ 420.827,86	\$ 2.805,52
01/04/1999	30/04/1999	24	3,43	\$ 236.460,00	\$ 420.827,86	\$ 2.805,52
01/05/1999	31/05/1999	24	3,43	\$ 236.460,00	\$ 420.827,86	\$ 2.805,52
01/06/1999	30/06/1999	24	3,43	\$ 236.460,00	\$ 420.827,86	\$ 2.805,52
01/07/1999	31/07/1999	24	3,43	\$ 236.460,00	\$ 420.827,86	\$ 2.805,52
01/08/1999	31/08/1999	24	3,43	\$ 236.460,00	\$ 420.827,86	\$ 2.805,52
01/09/1999	30/09/1999	24	3,43	\$ 236.460,00	\$ 420.827,86	\$ 2.805,52
01/10/1999	31/10/1999	24	3,43	\$ 236.460,00	\$ 420.827,86	\$ 2.805,52

Radicación n.º 60382

01/11/1999	30/11/1999	24	3,43	\$ 236.460,00	\$ 420.827,86	\$ 2.805,52
01/12/1999	31/12/1999	23	3,29	\$ 236.460,00	\$ 420.827,86	\$ 2.688,62
01/01/2000	31/01/2000	24	3,43	\$ 260.100,00	\$ 423.784,65	\$ 2.825,23
01/02/2000	29/02/2000	23	3,29	\$ 260.100,00	\$ 423.784,65	\$ 2.707,51
01/03/2000	31/03/2000	23	3,29	\$ 260.100,00	\$ 423.784,65	\$ 2.707,51
01/04/2000	30/04/2000	23	3,29	\$ 260.100,00	\$ 423.784,65	\$ 2.707,51
01/05/2000	31/05/2000	23	3,29	\$ 260.100,00	\$ 423.784,65	\$ 2.707,51
01/06/2000	30/06/2000	23	3,29	\$ 260.100,00	\$ 423.784,65	\$ 2.707,51
01/07/2000	31/07/2000	23	3,29	\$ 260.100,00	\$ 423.784,65	\$ 2.707,51
01/08/2000	31/08/2000	23	3,29	\$ 260.100,00	\$ 423.784,65	\$ 2.707,51
01/09/2000	30/09/2000	23	3,29	\$ 260.100,00	\$ 423.784,65	\$ 2.707,51
01/10/2000	31/10/2000	22	3,14	\$ 260.100,00	\$ 423.784,65	\$ 2.589,80
01/11/2000	30/11/2000	22	3,14	\$ 260.100,00	\$ 423.784,65	\$ 2.589,80
01/12/2000	31/12/2000	22	3,14	\$ 260.100,00	\$ 423.784,65	\$ 2.589,80
01/01/2001	31/01/2001	22	3,14	\$ 286.000,00	\$ 428.482,36	\$ 2.618,50
01/02/2001	28/02/2001	22	3,14	\$ 286.000,00	\$ 428.482,36	\$ 2.618,50
01/03/2001	31/03/2001	22	3,14	\$ 286.000,00	\$ 428.482,36	\$ 2.618,50
01/04/2001	30/04/2001	19	2,71	\$ 286.000,00	\$ 428.482,36	\$ 2.261,43
01/05/2001	31/05/2001	21	3,00	\$ 286.000,00	\$ 428.482,36	\$ 2.499,48
01/06/2001	30/06/2001	21	3,00	\$ 286.000,00	\$ 428.482,36	\$ 2.499,48
01/07/2001	31/07/2001	21	3,00	\$ 286.000,00	\$ 428.482,36	\$ 2.499,48
01/08/2001	31/08/2001	21	3,00	\$ 286.000,00	\$ 428.482,36	\$ 2.499,48
01/09/2001	30/09/2001	21	3,00	\$ 286.000,00	\$ 428.482,36	\$ 2.499,48
01/10/2001	31/10/2001	21	3,00	\$ 286.000,00	\$ 428.482,36	\$ 2.499,48
01/11/2001	30/11/2001	21	3,00	\$ 286.000,00	\$ 428.482,36	\$ 2.499,48
01/12/2001	31/12/2001	21	3,00	\$ 286.000,00	\$ 428.482,36	\$ 2.499,48
01/01/2002	31/01/2002	21	3,00	\$ 309.000,00	\$ 430.067,49	\$ 2.508,73
01/02/2002	28/02/2002	21	3,00	\$ 309.000,00	\$ 430.067,49	\$ 2.508,73
01/03/2002	31/03/2002	20	2,86	\$ 309.000,00	\$ 430.067,49	\$ 2.389,26
01/04/2002	30/04/2002	20	2,86	\$ 309.000,00	\$ 430.067,49	\$ 2.389,26
01/05/2002	31/05/2002	20	2,86	\$ 309.000,00	\$ 430.067,49	\$ 2.389,26
01/06/2002	30/06/2002	20	2,86	\$ 309.000,00	\$ 430.067,49	\$ 2.389,26
01/07/2002	31/07/2002	20	2,86	\$ 309.000,00	\$ 430.067,49	\$ 2.389,26
01/08/2002	31/08/2002	20	2,86	\$ 309.000,00	\$ 430.067,49	\$ 2.389,26
01/09/2002	30/09/2002	20	2,86	\$ 309.000,00	\$ 430.067,49	\$ 2.389,26
01/10/2002	31/10/2002	19	2,71	\$ 309.000,00	\$ 430.067,49	\$ 2.269,80
01/11/2002	30/11/2002	19	2,71	\$ 309.000,00	\$ 430.067,49	\$ 2.269,80
01/12/2002	31/12/2002	19	2,71	\$ 309.000,00	\$ 430.067,49	\$ 2.269,80

01/01/2003	31/01/2003	27	3,86	\$ 332.000,00	\$ 431.883,93	\$ 3.239,13
01/02/2003	28/02/2003	27	3,86	\$ 332.000,00	\$ 431.883,93	\$ 3.239,13
01/03/2003	31/03/2003	27	3,86	\$ 332.000,00	\$ 431.883,93	\$ 3.239,13
TOTAL		3.600	514,29			\$ 822.036,64

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN	=	\$ 822.036,64
FECHA DE PENSIÓN	=	13/11/2008
PORCENTAJE DE PENSIÓN	=	75%
VALOR PENSIÓN	=	\$ 616.527,48

De lo anterior, se tiene que el valor de la mesada para la data en que el pensionado cumplió los 60 años de edad (13 de noviembre de 2008) ascendía a \$616.527,48, como resultado de haber obtenido un ingreso base de liquidación de \$822.036,64 conforme el artículo 21 de La Ley 100 de 1993 y de haber aplicado una tasa de reemplazo del 75%.

Ahora bien, el valor de la mesada pensional que le corresponde a la actora a la fecha en que su cónyuge falleció (17 de marzo de 2010), aplicados los reajustes de ley, es de, \$677.091.00. Y el valor que le pertenece por mesadas causadas desde el 17 de de marzo de 2010 hasta el 30 de septiembre de 2019, asciende al valor de \$106.197.430,07; el que sumado a la indexación (\$21.394.997,17), arroja un total de \$127.592.427,24 por concepto de retroactivo pensional, como se explica a continuación:

FECHAS		VALOR PENSIÓN	No. DE PAGOS	VALOR MESADAS	VALOR INDEXACIÓN AL 30/09/2019
DESDE	HASTA				
13/11/2008	31/12/2008	\$ 616.527,48	0	\$0,00	\$0,00
01/01/2009	31/12/2009	\$ 663.815,14	0	\$0,00	\$0,00
17/03/2010	31/12/2010	\$ 677.091,44	11.47	\$ 7.763.981,85	\$ 3.220.440,76
01/01/2011	31/12/2011	\$ 698.555,24	14	\$ 9.779.773,34	\$ 3.628.863,08
01/01/2012	31/12/2012	\$ 724.611,35	14	\$ 10.144.558,89	\$ 3.343.011,32
01/01/2013	31/12/2013	\$ 742.291,87	14	\$ 10.392.086,13	\$ 3.150.864,09
01/01/2014	31/12/2014	\$ 756.692,33	14	\$ 10.593.692,60	\$ 2.817.424,69
01/01/2015	31/12/2015	\$ 784.387,27	14	\$ 10.981.421,75	\$ 2.251.956,04
01/01/2016	31/12/2016	\$ 837.490,29	14	\$ 11.724.864,00	\$ 1.421.564,89
01/01/2017	31/12/2017	\$ 885.645,98	14	\$ 12.399.043,68	\$ 932.012,21
01/01/2018	31/12/2018	\$ 921.868,90	14	\$ 12.906.164,56	\$ 535.305,33
01/01/2019	30/09/2019	\$ 951.184,33	10	\$ 9.511.843,28	\$ 93.554,77
TOTAL				\$106.197.430,07	\$21.394.997,17

Total retroactivo pensional: \$127.592.427,24

Frente a la condena por intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no hay lugar a concederlos, pues en casos como el presente, el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes se hace con base en la Ley 71 de 1988, se ha estimado que los mismos resultan improcedentes, por no tratarse de una pensión del sistema.

Se aclara que no hay lugar a la concesión de medio exceptivo alguno, toda vez que el ISS, al no subsanar el escrito de contestación de la demanda, la juez de primera instancia, con auto de 13 de diciembre de 2011 (folio 59 del cuaderno principal) la tuvo por no contestada y, por ende por no propuestos, los medios exceptivos.

Los razonamientos que anteceden resultan suficientes para revocar el fallo proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, el 24 de agosto de 2012, dentro del presente asunto, para en su lugar, condenar al ISS a reconocer y pagar a la demandante la pensión de

sobrevivientes, a partir del 17 de marzo de 2010, en cuantía inicial de \$677.091.00, junto con las mesadas adicionales y los reajustes previstos en la ley. Asimismo, se condenará a la demandada a pagar las mesadas causadas desde el 17 de marzo de 2010 hasta el 30 de septiembre de 2019, en el valor de \$106.197.430,07; el que sumado a la indexación (\$21.394.997,17), arroja un total de \$127.592.427,24 por concepto de retroactivo pensional. Frente a las demás pretensiones se confirma la decisión de primera instancia.

Finalmente, conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3 del Decreto 692 de 1994, la demandada debe descontar de la suma reconocida como retroactivo pensional, el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliada.

Sin costas en el recurso dada la prosperidad del cargo propuesto. Las costas de primera y segunda instancia estarán a cargo de la parte demandada.

VIII. 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, **CASA**, la sentencia

dictada el 19 de octubre de 2012, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral adelantado por la señora **MARÍA BETTY GÓMEZ HOYOS** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

En sede de instancia, se **revoca** el fallo proferido por el Juzgado Adjunto al Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín, el 24 de agosto de 2012, dentro del presente asunto para, en su lugar, **condenar** al ISS a reconocer y pagar a la demandante la pensión de sobrevivientes, a partir del 17 de marzo de 2010, en cuantía inicial de \$677.091.00, junto con las mesadas adicionales y los reajustes previstos en la ley. Asimismo, se condenará a la demandada a pagar las mesadas causadas desde el 17 de marzo de 2010 hasta el 30 de septiembre de 2019, en el valor de \$106.197.430,07; el que sumado a la indexación (\$21.394.997,17), arroja un total de \$127.592.427,24. Frente a las demás pretensiones se confirma la decisión de primera instancia.

Conforme lo dispuesto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el artículo 42 inc. 3 del Decreto 692 de 1994, la demandada debe descontar de la suma reconocida como retroactivo pensional, el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea transferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliada.

Sin costas en el recurso dada la prosperidad del cargo propuesto. Las costas de primera y segunda instancia estarán a cargo de la parte demandada.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

Arz.
RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
Presidente de la Sala

Acuerdo voto
GERARDO BOTERO ZULUAGA

Salvo voto
FERNANDO CASTILLO CADENA

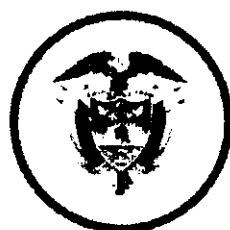
13/11/19
CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

ACORDO VOTO
JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL
Se deja constancia que en la fecha se dejó edicto señaladas, queda electo el providencia
Bogotá, D.C. **13 DE 2019** Hora: 5:00pm
Secretario

M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL
Se deja constancia que en la fecha se dejó edicto
Bogotá, D.C. **10-12-2019** H: 5:00 P.M.
Secretaria

M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
SECRETARÍA SALA DE CASACIÓN LABORAL
Se deja constancia que en la fecha se dejó edicto
Bogotá, D.C. **10-12-2019** H: 8:00am
Secretario



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Liberal

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Recurso Extraordinario de Casación

SL5113-2019

Radicación n.º 60382

Referencia: Demanda promovida por **MARÍA BETTY GÓMEZ HOYOS** contra **EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias de la Sala, en este especial asunto, me permito hacer aclaración de voto, pues si bien comparto la decisión que finalmente se adoptó en el *sub judice*, que dispuso casar la sentencia, y en sede de instancia, revocar la de primer grado, para en su lugar ordenar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, por considerarse que el afiliado fallecido había dejado causado el derecho en los términos de

la Ley 71/88, no estoy de acuerdo con los argumentos que se plasmaron para no fulminar condena respecto de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100/93.

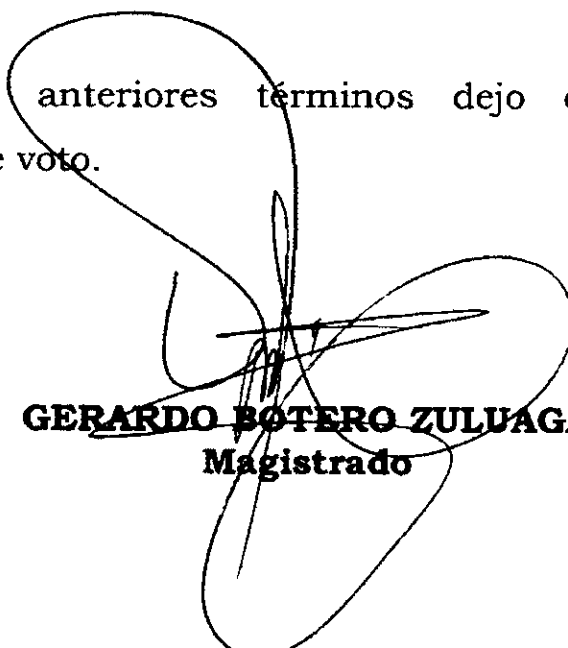
En efecto, en la aludida providencia se sostuvo que dichos réditos no procedían en consideración a que la prestación otorgada, no corresponde a las contempladas en el régimen general de pensiones implementado por la Ley 100/93.

En mi prudente juicio, considero que los aludidos intereses sí proceden aún respecto de las pensiones no reguladas por la Ley 100/93, así como en torno de las voluntarias o convencionales, cuando el obligado incurre en mora en su pago, tal y como de manera reiterada lo he venido sosteniendo; no obstante lo anterior, en el caso particular, se advierte que la prestación pretendida y reclamada administrativamente por la actora a la pasiva, fue la de sobrevivientes consagrada en el parágrafo 1 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que modificó el 46 de la ley 100/93, siendo esta la que se demandó judicialmente y no la especial por aportes regulada en la Ley 71/88, que a la postre se consideró dejó causada el asegurado fallecido, y se reconoció a favor de la accionante.

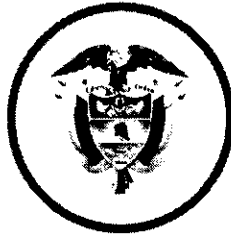
Bajo ese horizonte, resulta evidente que la entidad de seguridad social llamada a juicio, no tuvo la oportunidad de pronunciarse en el trámite administrativo ni en el judicial respecto de la pensión de sobrevivientes, en los términos en los que se otorgó en esta sede.

Por esa potísima razón, y no por lo indicado por la Sala mayoritaria, es que considero, que no resulta procedente imponerle condena alguna por los intereses moratorios del referido precepto 141, puesto que no correspondería a la filosofía de tal disposición, como lo es, que la entidad incurra en mora en el reconocimiento y pago de la prestación, lo que no podría haber ocurrido, cuando nunca se le reclamó la ahora ordenada; decir lo contrario, sería vulnerarle a la accionada el derecho de defensa y el debido proceso.

En los anteriores términos dejo consignado mi aclaración de voto.



GERARDO BOTERO ZULUAGA
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrado ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n° 60382

**REFERENCIA: MARÍA BETTY GÓMEZ HOYOS vs.
INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy
COLPENSIONES.**

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 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.

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 cobija 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 hiciere 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, fincadas 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 hiciere 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 hiciere 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.

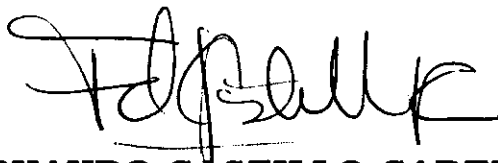
3. Conclusión

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



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

ACLARACIÓN DE VOTO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrado Ponente

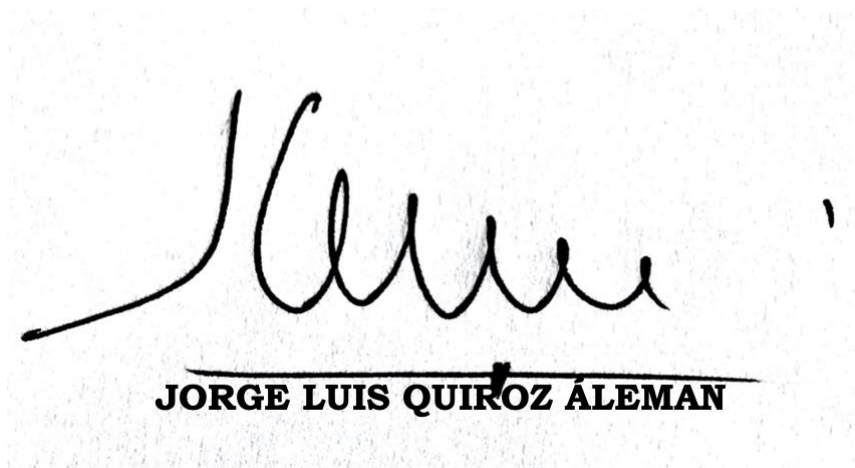
Radicación n.º 60382

MARÍA BETTY GÓMEZ HOYOS contra **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala, manifiesto que aunque comparto la decisión de casar la sentencia proferida el 19 de octubre de 2012 por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Medellín, así como la consecuente sentencia que en sede de instancia fue emitida, considero necesario aclarar, en cuanto a las consideraciones efectuadas para resolver en grado jurisdiccional de consulta, que no había lugar a ninguna consideración en torno al cumplimiento del requisito de convivencia previsto en el literal a) del art. 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 13 de la Ley 797 de 2003, para efectos de establecer que la demandante era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge, toda vez que tal supuesto estaba por fuera de la discusión, si

se tiene en cuenta la convivencia no fue desconocida en momento alguno por la entidad de seguridad social.

Fecha ut supra



JORGE LUIS QUIROZ ÁLEMAN

Magistrado