

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada Ponente

SL 4457 - 2014
Radicación No. 43904
Acta No. 10

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **JOSÉ GONZÁLEZ TORRES BORDA**, contra la sentencia del 29 de mayo de 2009 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en el juicio que promovió en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

En cuanto al memorial obrante a folios 52 a 53 del cuaderno de la Corte, téngase como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales hoy en Liquidación a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de acuerdo a lo previsto en el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012, en armonía con el artículo 60 del C.P.C., aplicable a los procesos laborales y de la seguridad social, por expresa remisión del artículo 145 del C.P.L. y S.S.

I. ANTECEDENTES

El actor llamó a juicio al Instituto de Seguros Sociales a fin de obtener en su favor el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 7 de julio de 2007 por haber cotizado un total de 1059 semanas, reajustes de ley, mesadas adicionales, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo *ultra y extra petita* y las costas del proceso (fls. 1 a 5).

En apoyo de sus pretensiones narró que se encuentra cobijado por el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, en tanto nació el 26 de junio de 1942 y al 1° de abril de 1994 tenía 51 años de edad, «*y más de 15 años debidamente cotizados*»; bajo ese amparo con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 solicitó al ISS el reconocimiento de su pensión; que el ente demandado se la negó con acto administrativo 020054 del 30 de mayo de 2006, porque solo había «*cotizado un total de 221 semanas, de las cuales 144 corresponde a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida*», decisión contra la que interpuso los recursos de reposición

y apelación que fueron resueltos en su contra, el primero a través de la Resolución 006396 que tuvo en cuenta 641 semanas cotizadas al ISS, de las cuales 221 fueron durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, y el segundo mediante Resolución 01368 de julio de 2007 que confirmó la anterior.

II. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Ante la omisión de subsanar la contestación de la demanda, el juzgado de conocimiento la dio por no contestada (fl. 34).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 26 de febrero de 2009, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, condenó al ISS a pagar al actor la pensión de jubilación por aportes a partir del 1° de julio de 2007 con sus respectivos reajustes legales, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (fls. 41 a 46).

IV. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Llegado el proceso a la segunda instancia por apelación del ISS, el Tribunal Superior de Bogotá con sentencia de 29 de mayo de 2009, revocó la decisión de primer grado y no impuso costas en la alzada.

Basó su decisión en cuatro pilares, a saber:

1. El accionante tenía *«más de 40 años de edad»* a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y por tal razón es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 *ibídem*.
2. Aseveró, conforme a lo anterior, *«que la litis se debe dirimir de conformidad a lo consagrado en el artículo 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758»* de la misma anualidad.
3. Previa alusión de los requisitos exigidos en el precitado acuerdo, concluyó que Torres Borda no tiene derecho a la pensión de vejez solicitada porque *«cotizó al ISS 1.551 días que equivalen a 221,57 semanas, de las cuales 77,14 se realizaron dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima»*.
4. Precisó que conforme a los hechos y las pretensiones de la demanda, la pensión solicitada fue la de vejez y no la pensión por aportes, y así reprochó al *a quo* por haber desconocido *«el principio de congruencia que enseña que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas»* tal y como lo exige el artículo 305 del C.P.C., luego de lo cual afirmó que si bien el sentenciador de primer grado tiene la facultad de fallar *extra petita*, en el *sub lite*, *«no se discutió (...) tal hecho, condición indispensable para fallar por fuera de lo pedido (art. 50 CPT y SS)»*.

No obstante, señaló que si lo anterior se pasara por alto, igualmente el accionante no tendría derecho a la pensión por aportes consagrada en la Ley 71 de 1988 y reglamentada por el Decreto 2709 de 1994, porque:

(...) sumado el tiempo servido o cotizado a la Policía Nacional, relacionado en las resoluciones del ISS que obran en autos, y las semanas cotizadas al ISS da un total de 641.57, muy inferior al exigido por la ley, por lo que tampoco bajo esa normatividad tiene derecho a esta pensión.

Explicó luego que no le dio valor a la documental obrante a folios 15 a 22 «en la medida en que no están firmados ni fueron aceptados expresamente por el ISS (art. 269 del C.P.C.), por lo que tampoco se le puede valorar en los términos del artículo 24 de la ley (sic) 712 de 2001, al no ser copias simples conforme a lo acabado de decir».

Bajo las anteriores reflexiones revocó la decisión apelada, absolvió al ISS de todas las pretensiones y no impuso costas en la alzada (fls. 55 a 61 vto.).

V. EL RECURSO EXTRAORDINARIO

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

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia de segundo grado y, en sede de instancia, confirme la del *a quo*, «puesto que el actor cumplió a cabalidad los requisitos de edad y densidad de semanas para el reconocimiento de la pensión, con apoyo en la norma de transición artículo 36 de la ley 100 de 1993 artículo 53 del Estatuto Superior».

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que fueron replicados y se estudiarán de manera conjunta, porque aunque están dirigidos por vías distintas, se valen de argumentación complementaria, denuncian la violación de similar elenco normativo y persiguen el mismo fin.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar directamente, por interpretación errónea, los artículos 36 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 11, 31, 33, 35, 48, 50 y 142 *ibídem*; 7° de la Ley 71 de 1988; 12 del Decreto 758 de 1990; 42, 48 y 53 de la Constitución Nacional y 21 del C.S.T.

En la demostración señala que el Tribunal argumentó que el actor no reunía los requisitos del Art. 12 del Decreto 758 de 1990 ni los consagrados en el Art. 7° de la Ley 71 de 1988. Para combatir tales aseveraciones afirma que el régimen pensional goza de especial protección constitucional y legal «*por tratarse de un medio de vital importancia, en la época de ancianidad de las personas*», que busca la subsistencia en los últimos años de vida.

Asegura que el *ad quem* se equivocó en la exégesis que le dio a la normativa cuya violación acusa, porque dejó de lado «*la densidad de aportes (1059 semanas sufragadas)*»; que la

decisión censurada es ilegal, pues distorsiona el sentido que tienen las disposiciones que regulan el derecho pensional.

Asevera que los requisitos que exigen los artículos 12 del Acuerdo 049 de 1990 y 7° de la Ley 71 de 1988 son claros al definir quienes tienen derecho a la pensión de vejez y jubilación, y apoya su dicho en la sentencia T-426 de 1992 que al efecto parcialmente transcribe.

VII. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial por la vía indirecta, por aplicación indebida de los artículos 33, 34, 35 y 288 de la Ley 100 de 1993; 95, 187 y 305 del C.P.C.; 95, 51, 54 A, 60 del C.P.L., y 46, 48, 63 de la Constitución Política.

Relaciona como errores de hecho, los siguientes:

- 1. Dar por demostrado, sin estarlo, que el señor José Gonzalo Torres Borda no reunió los requisitos para acceder a la pensión.*
- 2. No dar por demostrado, estándolo, que el señor José Gonzalo Torres Borda, hizo aportes al régimen de seguridad social en pensiones en el sector público y en el Instituto de Seguros Sociales representados en más de 1.000 semanas sufragadas.*
- 3. No dar por demostrado, que el señor José Gonzalo Torres Borda, hizo cotizaciones para pensión durante su vida laboral por un total de 1055 semanas.*
- 4. No dar por demostrado estándolo que el número de semanas cotizadas le dan derecho a percibir la pensión por aportes.*

Como pruebas erróneamente apreciadas, señala el registro civil de nacimiento del actor (fl. 7), la Resolución

No. 020054 de 30 de mayo de 2006 (fl. 8), la Resolución No. 0006396 de 26 de febrero de 2007 (fls. 9 y 10), la Resolución No. 01369 de 23 de julio de 2007 (fls. 11 y 12), el escrito de julio 25 de 2007 (fl. 13), el memorial de julio 30 de 2007 (fl. 14), y el reporte de semanas cotizadas expedidas por la Vicepresidencia de Pensiones del ISS (fls. 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 y 22).

Al desarrollar el cargo se apoya en los argumentos del salvamento de voto de la sentencia atacada, así:

El salvamento de voto del Señor Magistrado Doctor Jorge Alberto Giraldo Gómez, pone de relieve el error en que incurrió el Tribunal al desconocer el valor probatorio de los documentos obrantes en el proceso y expuso:

“para el caso del accionante encontramos que el actor laboró el servicio de la Policía Nacional desde el 3 de febrero de 1961 y hasta el 2 de abril de 1969, esto es por espacio de 8 años un mes y 29 días, que equivale a 2939 días; de otra parte cotizó para los riesgos de IVM en el ISS desde el 5 de noviembre de 1971 y el 19 de septiembre de 1988 y que con posterioridad estuvo vinculado mediante el régimen subsidiado desde octubre de 2004 y hasta junio de 2007, para un total de 16 años, 6 meses y 14 días que aunados a los 8 laborados al servicio de la Policía Nacional, le permitían al actor acceder a la pensión por aportes contendida (sic) en la Ley 71 de 1988.

De otra parte no comparto la apreciación hecha por la Sala en cuanto niega el valor probatorio de las documentales obrantes a folios 15 a 22 la (sic) no haber sido suscritas por la encartada, tal afirmación carece de sustento pues dichas pruebas fueron allegadas por el demandante y debatidas dentro del proceso, sin que el ISS demandado tachara de falso la documentación en cita, por lo que las pruebas fueron legales y oportunamente allegadas y gozan de pleno valor probatorio sin que exista motivo alguno para desestimarlas”.

Sostiene que erró el Tribunal, pues no obstante haber dado por no contestada la demanda, afirmó: “Contestación de la Demanda...” fue contestada por la entidad demandada en forma legal y oportuna (folios 26 a 28), quien se opuso a las pretensiones y respecto de los hechos los admitió salvo los que consideró

consideraciones subjetivas o no eran hechos. Propuso las excepciones de buena fe, prescripción y pago».

En esa medida, se refiere al escrito de contestación de la demanda que tilda de desordenado al punto que las pruebas solicitadas están relacionadas con una pensión de sobrevivientes, y *«que el demandante señor José Gonzalo Torres Borda está vivo pide es el reconocimiento y pago de la pensión de vejez. Por esta y otras falencias del escrito fue que el Juzgado inadmitió la demanda y luego la tuvo por no contestada».* Asimismo ataca lo resuelto en la audiencia del 25 de febrero de 2009, por cuanto en la etapa de decreto de pruebas se tuvieron como tal los documentos relacionados con la demanda, y allí se encuentran los reportes de semanas expedidas por el ISS de folios 15 a 22.

Asegura que se apreciaron erróneamente las pruebas que relacionan todas las cotizaciones y aportes efectuados por el actor al régimen de seguridad social en pensiones, y afirma que tales yerros son suficientes *«para la prosperidad del cargo, dada la clara presencia de la prueba de los supuestos fácticos que sustentan el derecho pretendido a la prestación económica demandada».*

VIII. LA RÉPLICA

Se opone a la prosperidad del recurso y al efecto destaca defectos de técnica. Agrega que los alegatos no derriban la principal conclusión del Tribunal según la cual, no es posible la sumatoria de tiempos de servicio y de

cotización, por no haberse solicitado una pensión por aportes.

IX. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En primer lugar, debe acotarse que no le asiste razón a la oposición cuando afirma que el recurrente no atacó el principal fundamento de la decisión, toda vez que la censura hizo suyos los argumentos del salvamento de voto que incluso transcribió, en los cuales se reprocha la inaplicación de la Ley 71 de 1988.

En segundo lugar, y con miras a determinar el problema jurídico, se impone recordar que los fundamentos del juez de segundo grado para revocar la sentencia del *a quo*, fueron los siguientes: (i) que el accionante es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; (ii) que el juez de primer grado desconoció el principio de congruencia al resolver el asunto bajo la égida de la Ley 71 de 1988, en la medida que debió dirimir el conflicto con basamento en las normas invocadas por el actor como sustento jurídico de la demanda, esto es, el Acuerdo 049 de 1990; y (iii) que Torres Borda no tiene derecho a la pensión de vejez solicitada porque no cotizó la densidad de semanas requeridas “*dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.*”.

En ese orden, el problema jurídico se contrae a determinar si el *régimen anterior* aplicable al demandante en su calidad de beneficiario del régimen de transición del

artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es el establecido en el Acuerdo 049 de 1990 –como lo dijo el juez *ad quem*-, o el de la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988.

Pues bien, para resolver importa precisar en primer lugar que, el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios laborales por así permitirlo el 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, estatuye que la sentencia debe estar *«en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda»*, pretensiones que a su vez están conformadas por razones de hecho y de derecho *«entendiendo que las primeras vienen dadas por el relato histórico de todas las circunstancias fácticas de las que se pretende deducir aquello que se pide de la jurisdicción, mientras que las segundas son afirmaciones concretas de carácter jurídico que referidas a esos antecedentes de hecho, le permiten al demandante autoatribuirse el derecho subjetivo en que apoya su solicitud de tutela a las autoridades judiciales, afirmaciones estas que, desde luego, no hay lugar a confundir en modo alguno con los motivos abstractos de orden legal que se aduzcan para sustentar la demanda incoada»* (CSJ SC, 19 de feb. 1999, rad. 5099).

Es por ello que si el accionante, previa relación de los hechos en los que sustenta el derecho demandado se equivoca al invocar las normas que lo consagran, debe el juzgador acoger aquella que regula el asunto fáctico puesto a su consideración, sin que signifique que por tal razón profirió un fallo *extrapetita* (CSJ SL, 21 jun. 2011 rad. 38224).

Esta Sala en sentencia de 27 de julio de 2000, radicación 13507, sostuvo que *«el principio de congruencia en ningún caso quiere decir que las condenas impuestas en la sentencia deben ser un calco de las pretensiones de la demanda, pues bien puede ocurrir que la solución jurídica, resultante del examen fidedigno y sin alteración de los hechos y con respaldo en el ordenamiento normativo, sea distinta a la propuesta por el demandante»*.

Dicho de otro modo, las normas y argumentos jurídicos sostenidos en la demanda no son vinculantes para el fallador, puesto que corresponde al juzgador y no a los litigantes definir el derecho que se controvierte.

Ciertamente es conocido de tiempo atrás el aforismo *«dadme los hechos y yo os daré el derecho»*, de manera que como lo ha reiterado esta Sala en múltiples ocasiones, le corresponde al juez al resolver el litigio a partir de los hechos acreditados en el plenario, subsumirlos en la norma que consagra el derecho en discusión, dado que conforme al mandato superior del artículo 230 constitucional *«Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley...»*. Véanse entre otras las sentencias: CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 38224; CSJ SL, 14 oct. 2009, rad. 33352, CSJ SL, 03 dic. 2007, rad. 2962, y 21517 del 27 de julio de 2005.

En ese contexto, se advierte en las resoluciones emanadas del ISS y aportadas con la demanda, lo siguiente:

- a) La Resolución No. 0006396 de 26 de febrero de 2007 a través de la cual el ISS resolvió negativamente el

recurso de reposición que el accionante formuló contra la que le negó el derecho pensional, indica que Torres Borda cotizó «a entidades de previsión del sector público» y «al *SEGURO SOCIAL*» (fls. 9 a 10).

- b) En ese mismo acto administrativo consta «que para acreditar semanas necesarias para la pensión se presentan certificados sobre tiempo de servicios al sector público no cotizado al ISS» por espacio de 2940 días, entre el 3 de febrero de 1961 y el 2 de abril de 1969, y que la historia laboral acredita que el actor cotizó «válidamente» al ISS en el sistema general de pensiones, 1551 días.
- c) Por su parte, la Resolución 1369 de 2007 a través de la cual se resolvió negativamente la apelación contra el ante-citado acto administrativo, repite lo expuesto en precedencia y agrega que:

(...) el tiempo cotizado a otras cajas de previsión del Sector Público y el cotizado al ISS acredita un total de 4491 días equivalentes a 641 semanas, de las cuales 221 semanas corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida.

Siendo ello así, indudablemente, las citadas probanzas daban cuenta que el demandante prestó servicios tanto en el sector público como en el privado y que en ambos sectores cotizó para efectos de su pensión, de modo que la normativa a la luz de la cual debía dilucidarse su situación pensional no es otra diferente a la Ley 71 de 1988, punto en el cual debe precisarse que el Tribunal erró al no acoger las reflexiones del *a quo*, quien así lo determinó.

Con otras palabras, si el accionante es beneficiario del régimen de transición pensional consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y cotizó «válidamente» en cajas o entidades del sector público y en el ISS, el régimen que lo ampara, es el contemplado en la Ley 71 de 1988.

Ahora bien, si alguna duda se ventila sobre el particular, a pesar de que el Instituto de Seguros Sociales en las resoluciones objeto de discusión aceptó que Torres Borda cotizó «a otras cajas de previsión del Sector Público» (fl. 11), ello, le ofrece a la Corte la oportunidad de revisar la línea jurisprudencial que ha venido sosteniendo según la cual, no es posible sumar tiempos de servicios en el sector público no cotizados, con los efectivamente aportados al ISS para tener derecho a la pensión consagrada en el art. 7° de la Ley 71 de 1988.

En efecto, desde la sentencia de 7 de mayo de 2008 rad. 32615, se ha reiterado en múltiples oportunidades que el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 *“no se refirió para nada (...) a la posibilidad de que los aportes pudieran ser reemplazados por tiempos de servicios en los cuales no hubo cotización o pago de aportes”*, tesis que se apoyó también en el artículo 21 del Decreto 1160 de 1989 cuyo contenido y alcance se repitió en el artículo 5° del Decreto 2709 de 1994.

No obstante, dada la nueva integración de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y ante nuevos sucesos normativos, resulta ahora insoslayable revisar las consideraciones vigentes en torno a la

interpretación y alcance que se le ha dado tanto al artículo 7° de la Ley 71 de 1988 así como a sus reglamentos para acceder a la pensión por aportes. Ello implica recordar cuáles fueron los motivos que tuvo el legislador para establecerla y cómo ha sido su aplicación frente a las posteriores regulaciones constitucionales y legales en materia pensional.

Pues bien, antes de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y del Sistema General de Pensiones adoptado mediante la Ley 100 de 1993, la multiplicidad de regímenes pensionales permitía odiosas diferencias entre los trabajadores vinculados al sector privado y los servidores vinculados al sector público, de modo que cada uno subsistía de manera independiente con exigencias propias en tiempos de servicio y cotización que no podían conjugarse para adquirir el beneficio pensional. Fue por ello que el legislador estableció la llamada «*pensión de jubilación por acumulación de aportes*», con el objeto de que pudieran sumarse los tiempos de cotización y de servicios en el sector público y en el privado.

En lo pertinente, dispuso la Ley:

Artículo 7°: 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.

Dicho de otro modo, la citada disposición se expidió con el fin de garantizar a los trabajadores que prestaron sus servicios en el sector público y privado, la posibilidad de alcanzar la pensión con la sumatoria de los tiempos de cotización y de servicios en uno y otro sector.

Posteriormente, ya en vigencia de la Constitución Política de 1991 el legislador no desconoció los motivos que dieron origen a la llamada pensión por aportes, de modo que al establecer el sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, igualmente consagró la posibilidad de acumular para efectos pensionales los tiempos de servicios y de cotizaciones acumulados en uno y otro sector, tanto en el régimen de prima media con prestación definida así como en el de ahorro individual con solidaridad.

En punto al tema que ahora ocupa la atención de la Sala, para el primero de los regímenes dispuso el legislador en el párrafo primero del artículo 33 *ibidem*, en inequívoca conexidad con el artículo 13 de la misma normativa, que “[p]ara efectos del cómputo de las semanas (...) se tendrá en cuenta: (...) b. El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados”.

Recuérdese que el literal f) del citado artículo 13 consagra que, “[p]ara 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”.

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 el mismo sentido, el derecho irrenunciable a la pensión, tampoco puede verse limitado por disposiciones reglamentarias con alcances restrictivos como la que contenía el artículo 5° del Decreto 2709 de 1994, según la cual:

Artículo 5°. Tiempo de servicios no computables. No se computará como tiempo para adquirir el derecho a la pensión de jubilación por aportes, el laborado en empresas privadas no afiliadas al Instituto de Seguros Sociales para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, ni el laborado en entidades oficiales de todos los órdenes cuyos empleados no aporten al sistema de seguridad social que los protege.

Es decir, conforme a la citada norma solo podían computarse a efectos de obtener la pensión de jubilación por aportes, el tiempo cotizado al Instituto de Seguros Sociales y el cotizado a las cajas de previsión del sector público, sin que pudiera sumarse el tiempo servido a entidades privadas que no cotizaron en el ISS, ni el tiempo laborado en entidades oficiales en las cuales no se efectuaron aportes a entidades de seguridad social.

No obstante, tal disposición fue declarada nula por el Consejo de Estado, Corporación que al revisar el tema en

sentencia de la Sección Segunda del 28 de febrero de 2013, expediente 11001-03-25-000-2008-00133- 00 (2793-08), estimó que el Presidente de la República excedió las facultades reglamentarias que le otorga en numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

En lo pertinente, dijo el Consejo de Estado:

De conformidad con lo expuesto, encuentra la Sala que varias normas de la Constitución Política de 1991 establecen de manera explícita una reserva de ley sobre el tema que fue objeto de regulación por parte del Gobierno Nacional en el artículo 5° del Decreto 2709 de 1994, a saber:

(i) El artículo 53 dispone que: “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: [La] garantía a la seguridad social (...)”.

Como puede observarse, el artículo 53 superior exige al Congreso de la República que al momento de expedir el estatuto del trabajo, regule la garantía de la seguridad social, dentro de la cual está inmerso el régimen pensional, con el alcance, contenido y prestaciones que determine la ley.

(ii) A su vez, el artículo 152 prescribe: “Mediante leyes estatutarias, el Congreso de la República regulará las siguientes materias: a) Derechos y deberes fundamentales de las personas y los procedimientos y recursos para su protección”.

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que aquellas materias inexorablemente vinculadas a los derechos constitucionales fundamentales, tales como, la vida en condiciones dignas, el trabajo, el mínimo vital, etc., se encuentran sujetas a reserva de ley, razón por la cual no puede dejarse en manos del ejecutivo su regulación. El contenido esencial del régimen pensional se encuentra en estrecha conexidad con dichos derechos fundamentales, por lo que su determinación debe realizarse a través del ejercicio de la potestad de configuración normativa del legislador, excluyendo para el efecto su fijación mediante reglamentación presidencial. -Sentencia C-432 de 6 de mayo de 2004. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil-

Para la Sala no hay duda que el tema de los tiempos computables para los efectos relacionados con el reconocimiento de la pensión de jubilación por aportes, al igual que la edad, forma parte del contenido esencial del mencionado régimen

pensional, por lo que las exclusiones o excepciones al mismo deben establecerse mediante normas con rango de ley.

En efecto, se trata de un asunto sustancial de la materia objeto de reserva, vale decir de los elementos básicos del régimen pensional por aportes, considerando su conexidad con los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al trabajo, al mínimo vital y a la seguridad social, razón por la que escapa al alcance de la regulación mediante decretos reglamentarios.

Nótese que en el inciso segundo del artículo 7° de la Ley 71 de 1988 el Legislador facultó al Gobierno Nacional para reglamentar “los términos y condiciones para el reconocimiento y pago” de la pensión de jubilación por aportes, pero con base en dicha autorización el Ejecutivo no podía llegar a tocar el contenido esencial del régimen pensional, determinando los tiempos de servicio que no se computarían para adquirir el derecho, pues con ello se configura una restricción o afectación a los derechos fundamentales que ya fueron mencionados y se desconoce la reserva de ley establecida en los artículos 53 y 152 de la Carta Política.

A partir de lo anterior se evidencia que en la norma reglamentaria acusada el Presidente de la República rebasó el ámbito sustancial de la materia reservada, razón suficiente para declarar su nulidad.

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 5° del Decreto 2709 de 13 de diciembre de 1994, reglamentario del artículo 7° 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.

En síntesis, de acuerdo con lo expuesto el marco normativo que regula la pensión deprecada en la demanda, es el previsto en art. 7° de la Ley 71 de 1988, por manera que el recurso prospera y habrá de casarse la sentencia.

Como el recurso salió avante, sin costas en sede de casación.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

Conforme se advierte en la resolución 1369 del 23 de julio de 2007, el ISS dejó sentado que José Gonzalo Torres Borda, prestó sus servicios a la Policía Nacional por un lapso de 2940 días (equivalente a 420 semanas), aspecto que no fue controvertido en la primera instancia y tampoco en la alzada. De otro lado, se evidencia en la historia laboral

de la página de Internet de COLPENSIONES, que el demandante cotizó al ISS un total de 635 semanas, de modo que sumadas las del sector público con las cotizadas al ISS arroja un total de 1055, lo que a su vez equivale a 20,51 años de servicio.

Ahora, como quiera que el actor cumplió los 60 años de edad el 26 de junio de 2002 según registro civil de nacimiento que milita a folio 7, es viable el reconocimiento de la pensión consagrada en el artículo 7° de la Ley 71 de 1998.

En lo relacionado con el valor de la mesada pensional y la fecha a partir de la cual se dispondrá su reconocimiento, ha de tenerse por tal lo establecido por el juez de primer grado, esto es, una pensión equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2007 (\$433.700,00) a partir del 1° de julio de esa anualidad, toda vez que dicho monto y la fecha a partir de la cual se ordenó su reconocimiento, no fue materia de inconformidad por el recurrente en la alzada, razón por la cual –entiende la Sala– estuvo de acuerdo con lo allí dispuesto.

Igual suerte corre la condena a los intereses moratorios que profirió el juez *a quo*, ya que no fue objeto de discordia en el recurso de apelación por parte del ISS.

Ahora bien, con el fin de concretar las condenas, respetando, claro está, lo que dispuso el juez de primera instancia, se tiene que el Instituto de Seguros Sociales –hoy

COLPENSIONES- debe cancelar un retroactivo pensional a favor del actor por valor de \$49.196.700,00, por el período comprendido entre el 1° de julio de 2007 y el 31 de marzo de 2014. Asimismo, debe cancelar unos intereses moratorios por la suma de \$36.968.702,79, correspondientes al lapso comprendido entre el 1° de noviembre de 2007 y el 31 de marzo de 2014, conforme se evidencia con los siguientes cálculos:

DESDE:	HASTA:	VALOR MESADA	No. PAGOS	VALOR ANUAL	INTERESES DE MORA
01/07/2007	31/12/2007	\$ 433.700,00	7	\$ 3.035.900,00	\$ 2.110.384,19
01/01/2008	31/12/2008	\$ 461.500,00	14	\$ 6.461.000,00	\$ 9.479.463,17
01/01/2009	31/12/2009	\$ 496.900,00	14	\$ 6.956.600,00	\$ 8.409.210,16
01/01/2010	31/12/2010	\$ 515.000,00	14	\$ 7.210.000,00	\$ 6.852.662,89
01/01/2011	31/12/2011	\$ 535.600,00	14	\$ 7.498.400,00	\$ 5.189.395,20
01/01/2012	31/12/2012	\$ 566.700,00	14	\$ 7.933.800,00	\$ 3.440.851,93
01/01/2013	31/12/2013	\$ 589.500,00	14	\$ 8.253.000,00	\$ 1.446.946,00
01/01/2014	31/03/2014	\$ 616.000,00	3	\$ 1.848.000,00	\$ 39.789,24
TOTAL				\$ 49.196.700,00	\$ 36.968.702,79

Costas en las instancias a cargo del Instituto demandado.

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 29 de mayo de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., dentro del juicio ordinario laboral seguido por **JOSÉ GONZALO TORRES BORDA** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY COLPENSIONES**.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: Confirmar la sentencia proferida el 26 de febrero de 2009, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que condenó al Instituto de Seguros Sociales a pagar la pensión de jubilación por aportes al señor José Gonzalo Torres Borda, en cuantía de \$433.700,00, a partir del 1° de julio de 2007, con los reajustes de ley y mesadas adicionales.

SEGUNDO: Condenar al Instituto de Seguros a pagar a José Gonzalo Torres Borda por concepto de retroactivo pensional la suma de \$49.196.700,00, causado entre el 1° de julio de 2007 y el 31 de marzo de 2014.

TERCERO: Condenar al Instituto de Seguros a pagar a José Gonzalo Torres Borda por concepto de intereses moratorios, la suma de \$36.968.702,79, correspondientes al período comprendido entre el 1° de noviembre de 2007 y el 31 de marzo de 2014

CUARTO: Adicionar la sentencia proferida el 26 de febrero de 2009, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de que el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, deberá cobrar la cuota parte pensional con la que debe concurrir la Policía Nacional.

QUINTO: Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE