

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

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO
Magistrado ponente

SL15680-2015

Radicación n.º 50307

Acta 41

Bogotá, D. C., once (11) de noviembre de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de **CECILIA CORNEJO DE GUTIÉRREZ** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 18 de noviembre de 2010, dentro del proceso ordinario laboral que adelanta en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

I. ANTECEDENTES

Cecilia Cornejo de Gutiérrez presentó demanda ordinaria laboral en contra del Instituto de Seguros Sociales, con el fin de que se le reconociera y pagara la pensión de vejez a partir del 15 de septiembre de 1991, la indexación del ingreso base de liquidación, el retroactivo pensional causado por la reliquidación peticionada y los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus súplicas señaló que efectuó cotizaciones para el Instituto de Seguros Sociales, desde el 1 de enero de 1967 hasta el 19 de septiembre de 1984; que su último empleador fue FABRISEDAS S.A.; que acumuló 924 semanas, conforme se desprende del reporte de cotizaciones; que adquirió el requisito de edad, es decir, los 55 años, el 15 de septiembre de 1991; que, mediante Resolución n.º 011786 del 28 de marzo de 2006, el ISS le reconoció el derecho pensional de vejez, con base en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 5 de octubre de 2001, en cuantía de un S.M.L.M.V, es decir de \$286.800.00 para la época; que el Instituto demandado, al momento de liquidar la prestación no indexó los salarios de los años 1982, 1983 y 1984, tenidos en cuenta para la liquidación de la prestación; que el 10 de julio de 2009 elevó reclamación administrativa a fin de que se le reconociera, no solo el derecho pensional a partir del 15 de septiembre de 1991, sino se le indexara el ingreso base de liquidación y se le pagaran las diferencias retroactivamente causadas más los intereses moratorios, no obstante, a la fecha de

interposición de las demanda no se le había dado respuesta.

La entidad demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Admitió como ciertos los hechos relacionados con la resolución a través de la cual el ISS le reconoció el derecho pensional, las semanas acumuladas, el régimen aplicado y la cuantía reconocida como mesada pensional.

Manifestó que ese Instituto siempre había obrado de buena fe y concedido el derecho pensional conforme a derecho. Anotó que en el acto administrativo de reconocimiento se había dado aplicación al artículo 36 de la Ley 90 de 1946, por lo que, en consecuencia, la pensión se concedió a partir del 5 de octubre de 2001, teniendo en cuenta que transcurrieron más de 4 años entre la data de causación del derecho-15 de septiembre de 1991- y la fecha de la solicitud.

En su defensa, propuso como medios exceptivos los que denominó prescripción, pago, *“inexistencia del derecho y de la obligación”*, *“imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas”* y buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de febrero de 2010, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C. condenó al

Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagar a la demandante la reliquidación de su derecho pensional, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 causados desde abril de 2006 *“hasta que se hiciera efectivo el reembolso.”*

Para el efecto, adujo que la actora tenía derecho a que su ingreso base de liquidación se calculara conforme a lo establecido en el parágrafo 1 numeral 2 artículo 20 del el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, esto es, el promedio de lo cotizado en las últimas 100 semanas multiplicado por el factor 4.33 /100. Indicó que el salario devengado por la actora en las últimas 100 semanas había sido de \$47.370, valor que indexado al 5 de octubre de 2001, arrojaba un total de \$1.244.795.

A continuación, procedió a reliquidar nuevamente el derecho pensional sobre la base de los salarios indexados; aplicó la formula referida y un monto pensional del 69%, para concluir que a la demandante le correspondía la suma de \$867.784, como mesada pensional, a partir del 5 de octubre de 2001.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C, con sentencia del 18 de noviembre de 2010, revocó la decisión

de la juez de primer grado y, en su lugar, denegó las súplicas de la demanda.

El Tribunal, en primer lugar, señaló que no era objeto de discusión la calidad de pensionada que ostentaba la actora *“como beneficiaria del régimen de transición”*, conforme se derivaba de la Resolución n.º 011786 del 28 de marzo de 2006.

Señaló que le resultaba extraña la lectura que, de las pretensiones de la demanda, había realizado el juez de primer grado, pues la actora, además de solicitar el reconocimiento del derecho pensional desde el 15 de septiembre de 1991, había requerido la indexación de la primera mesada pensional, no obstante, el a quo *“procedió al estudio del reajuste de la pensión de vejez, sin que dicho reajuste le hubiera sido solicitado (...)”*.

Enfatizó que, en todo caso, el a quo erróneamente había entendido que la palabra *“monto”* contenida en el inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicaba la remisión total a la norma anterior, *“olvidando que la misma disposición normativa, en forma expresa, contempla un procedimiento propio para determinar el Ingreso Base de liquidación.”* En soporte de lo advertido, trajo a colación lo señalado en la sentencia CSJ SL, 9 feb. 2010, Rad. 32877.

En ese orden, resaltó que el Instituto había aplicado en forma adecuada el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al

momento de reconocer el derecho pensional de la demandante, e indicó que resultaban desacertados los argumentos del juez primigenio, *“porque(...), para los beneficiarios del régimen de transición el reconocimiento de su pensión de vejez se rige por los requisitos de edad, tiempo de servicio o semanas cotizadas establecidos en el régimen pensional anterior, así como en cuanto al porcentaje de liquidación para establecer el monto pensional, más no respecto del Ingreso base para su liquidación (...)”*, el que se encontraba regulado expresamente en el citado artículo 36.

En lo atinente a la indexación de la primera mesada pensional requerida, partió del supuesto de que la Resolución n.º 011786 de 2006 había concedido la pensión de vejez *“al amparo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por encontrarse la actora inmersa en el régimen de transición”*.

A renglón seguido, manifestó que la Ley 100 de 1993, en desarrollo del espíritu de la Constitución Política, había previsto, en forma expresa, la actualización del ingreso base de Liquidación de las pensiones establecidas en dicha ley, con base en el IPC certificado por el DANE; en ese orden, determinó que, en el caso en estudio, *“(...) la entidad demandada tuvo que indexar los valores tenidos en cuenta para indexar el IBL, pues no podía sustraerse de acatar la disposición legal que le imponía tal carga. De manera que no puede esta Sala de Decisión acceder a la pretensión de la actora porque, de hacerlo, estaría conminando a la accionada al cumplimiento de un deber legal que ya se encuentra*

satisfecho desde la expedición de la Resolución n.º 011786 de 2006 (fl.20)”.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, para que, una vez constituida en sede de instancia, confirme la decisión de primer grado, esto es, *“se acceda a las súplicas de la demanda y se provea en costas como corresponda”.*

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación laboral, que fue replicado y que pasa a ser examinado por la Corte.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia recurrida por *“(…) violar directamente por infracción directa los artículos 8 de la Ley 153 de 1887, 16 de la Ley 446 de 1998; 18, 19 y 135 del C.S.T; 717, 718, 1530, 1540, 1603 y 1627 del CC; 13, 48, 53, 230 y 241 de la CN; en relación con el 3 del Decreto 677*

de 1972, Decreto 224 de 1974, Decreto 577 de 1972, Decreto 2680 de 1973; Decreto 2394 de 1974, Decreto 1623 de 1976, Decreto 2371 de 1977, Decreto 2831 de 1978, Decreto 3189 de 1979, Decreto 3463 de 1980, Decreto 3687 de 1981, Decreto 3713 de 1982, Decreto 3506 de 1983, Decreto 01 de 1985, Decreto 3754 de 1985, Decreto 3732 de 1986; 145 del CPL y de la SS; lo que condujo a que aplicara indebidamente los artículos 10 de la Ley 153 de 1887 y 4 de la Ley 169 de 1896.

En desarrollo de su acusación, la recurrente manifiesta no discutir los asideros fácticos tenidos en cuenta. A renglón seguido, aduce que las consideraciones adoptadas para desatar el recurso de apelación son confusas y alejadas, no solo de lo determinado por el juez de primer grado, sino de lo pretendido en el escrito de demanda.

Señala que la reliquidación que condenó el juzgado parte precisamente de la indexación de la primera mesada pensional solicitada; que la decisión de segundo grado fue apresurada y se basó en una presunción o raciocinio ausente de todo respaldo fáctico y legal, *“al considerar que el ISS concedió de manera correcta la prestación a la demandante al haberle aplicado en su resolución el régimen de transición, perdiendo el objetivo del proceso que se encamina a la indexación de la primera mesada pensional, pues la pensión independientemente del IBL que se haya tenido en cuenta para su cálculo, lo que se discute en juicio es la indexación de los valores con que se liquidó la pensión”*.

Adiciona que el juez plural no tuvo en cuenta que la indexación fue consagrada por el legislador mucho antes de la expedición de la Carta Política de 1991 y que le es aplicable en su caso, pues esa figura tiene sus inicios en el artículo 3 del Decreto 677 de 1972, además de propender esencialmente por mantener el poder adquisitivo de una suma de dinero que se ve afectada por el paso del tiempo y el efecto nocivo de la inflación.

Refiere que el ad quem tampoco tuvo en cuenta que los artículos 1603 y 1627 del Código Civil consagran la figura de la indexación y que el artículo 8 de la Ley 153 de 1887 regula el tema relacionado con el enriquecimiento sin causa. Expresa que esta Sala de la Corte, por justicia y equidad, reconoció la procedencia de la corrección monetaria o indexación con base en los principios filosóficos del derecho que consagran los artículos 8 de la Ley 153 de 1887 y 19 del Código Sustantivo del Trabajo, entre otras, en sentencias CSJ SL, 31 may. 1988, Rad.2031, CSJ SL 8 abr. 1991, Rad.4087 y CSJ SL 14 ago. 2007, Rad. 29982.

Afirma que el ad quem negó la aplicación de la figura bajo el argumento de que con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, no era susceptible de indexación el ingreso base de liquidación, por cuanto no existía fuente legal o supralegal que lo estableciera, en desconocimiento del Decreto 677 de 1972; y que esa figura ha sido utilizada antes y después de la Constitución de 1991 *“frente a obligaciones que no recibían el beneficio del*

reajuste automático y regular con el costo de vida, removiendo el obstáculo de carencia de fuente legal en materia laboral, para entrar a velar y dar prevalencia a la equidad y equilibrio social entre las relaciones de trabajadores y patronos, lo cual debe ser considerado también en obligaciones pensionales que comporta derechos fundamentales sustanciales y de vital importancia para la sociedad, y precisamente lo que se realizó en la Carta Política de 1991, en su artículo 48 es elevar a rango constitucional el derecho a indexar la primera mesada pensional, sin que tal mandato sea un impedimento para que los jueces realizando una interpretación armónica de las normas laborales y sociales accedan a indexar pensiones causadas con anterioridad al año 1991, para remediar así el desequilibrio entre las relaciones del deudor (en este caso el patrono) y acreedor (el ex trabajador) que ve disminuido sus ingresos por el paso del tiempo y el ineludible fenómeno de la inflación, dejando de esta forma en una mejor posición a la entidad empleadora, y abandonando las razones de justicia.”

A continuación, transcribe algunos apartes de la sentencia CSJ SL del 31 de agosto de 1988. Anota que la indexación monetaria se deriva de la aplicación de principios como el *in dubio pro operario*, favorabilidad, igualdad, mínimo vital y debido proceso; que la Corte Constitucional, en múltiples pronunciamientos, ha indicado que los jueces están obligados, por mandato expreso del artículo 53 de la Carta, a promover en mayor medida los

derechos fundamentales que la Constitución reconoce a los trabajadores.

Finalmente, asevera que resulta evidente que *“los salarios con los cuales se tomo (sic) el IBL para liquidar la pensión de mi poderdante, son desactualizados y por ende muy inferiores a los que en su momento devengó y ello le genera una afectación a sus derechos fundamentales.”*, en esa línea, ratifica la solicitud de dar prosperidad al cargo.

VII. RÉPLICA

Dice que el cargo planteado se encuentra desenfocado, pues se dirigió por la vía directa y *“no tiene eficacia para derruir los razonamientos medulares del Tribunal que (...) están anclados en aspectos exclusivamente probatorios”*.

Apunta que el censor desatendió, al momento de formular el ataque, la manera como se construyó la sentencia impugnada. Reproduce algunos apartes de la sentencia CSJ SL, 28 de abril de 2009, Rad. 33964, e indica que la vía directa supone conformidad del recurrente con la apreciación fáctica del Tribunal, por lo que no es dable a aquél separarse un ápice de las conclusiones sobre el particular, regla que fue desconocida en el cargo propuesto, en tanto disputa o controvierte las apreciaciones del juez colegiado. Solicita, por lo mismo, no casar la sentencia recurrida.

VIII. CONSIDERACIONES

El Tribunal consideró que el juzgador de primer grado había errado al conceder una reliquidación no pretendida en la demanda inicial, al entender equivocadamente que la palabra “*monto*” contenida en el inciso primero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 incluía el ingreso base de liquidación y al concluir que el derecho pensional de la demandante debía ser liquidado con base en el Acuerdo 049 de 1990 e indexado.

De igual forma, el ad quem, luego de afirmar que la pensión de vejez le había sido otorgada a la actora “*al amparo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por encontrarse inmersa en el régimen de transición*”, estimó que el Instituto había aplicado en forma adecuada el mentado artículo 36, en relación con el Ingreso Base de Liquidación; y, en lo atinente a la indexación de la primera mesada pensional, adujo que era una obligación legal y constitucional que se había satisfecho en la Resolución n.º 011786 de 2006.

Encuentra la Corte que con el ataque la censura pretende demostrar la existencia de un error jurídico cometido por el juzgador de segunda instancia, al haber revocado la indexación de la primera mesada y reliquidación concedidas por el a quo. Al respecto, señala el atacante que el Tribunal erró, por un lado, al haber dado por hecho que la indexación pretendida había sido concedida por la entidad demandada en la Resolución que

reconoció el derecho pensional y, por otro, al haber dejado de aplicar algunas normas que permitían la indexación de las pensiones causadas con anterioridad a la expedición de la Constitución de 1991.

En lo relativo al primero de los reproches, esto es, el tendiente a desestimar el reconocimiento de la indexación que el Tribunal estimó inmerso en la Resolución n.º 011786 de 2006, debe indicarse que no es atendible, pues tal y como lo advierte la parte opositora, esa determinación se soportó en la valoración del referido acto administrativo, de suerte que, para atacarla, debió centrar su objeción en la apreciación errónea de ese documento y demás pruebas relacionadas con los elementos o supuestos fácticos del juicio, situación de la cual no se ocupó la recurrente al dirigir el cargo por la vía directa, sin que tal actividad pueda ser suplida por esta Corte.

En relación con la infracción directa de los preceptos normativos enunciados, se observa que la censura, en su demostración, parte de la base que el juez plural no concedió la indexación deprecada al estimar que *“con anterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991, no [era] susceptible de indexación el ingreso base de liquidación de la primera mesada, por cuanto antes no existía fuente legal o supralegal que lo estableciera (...)”*, supuesto que es totalmente alejado de la realidad y suficiente para desestimar el cargo, pues la pensión no se causó antes de la Constitución de 1991 y esa autoridad judicial realmente negó la indexación, como ya se dijo, bajo el argumento de que el derecho se consolidó durante la

vigencia de la Ley 100 de 1993 y que el ISS, en cumplimiento de la obligación legal y constitucional, ya había otorgado la actualización en la resolución de reconocimiento del derecho.

Ahora bien, esta Sala advierte que el Tribunal erró al concluir que la actora era beneficiaria del régimen de transición, que su derecho pensional se había consolidado bajo la Ley 100 y que le era aplicable el artículo 36 de la misma norma, en lo atinente al IBL y a la indexación de la primera mesada, no solo por cuanto ello no fue lo referido por el ISS en la resolución de reconocimiento (fl. 20), sino por cuanto el derecho pensional realmente se causó el 15 de septiembre de 1991, esto es, en vigencia del Acuerdo 049 de 1990.

Sin embargo, y pese al yerro anotado, se estima que ello no es suficiente para casar la sentencia, como quiera que, en sede de instancia, se arribaría a la misma decisión absolutoria a la que llegó el Tribunal, habida cuenta que al tratarse de un derecho pensional causado bajo la vigencia del Acuerdo 049 de 1990, no es posible arrogarle al Instituto demandado la obligación de actualizar las cotizaciones que efectuó la actora entre la fecha en que cesó sus aportes -1984- y la que cumplió la edad para acceder a la pensión -1991-, como en reiteradas ocasiones lo ha señalado pacíficamente esta Sala.

Así pues, en sentencia CSJ SL, 30 octubre de 2012, reiterada en CSJ SL629-2013, se expresó:

“Es evidente que el sistema general de seguridad social se edifica a partir de las cotizaciones que realizan los afiliados, las cuales constituyen la fuente principal de su financiamiento, y es justamente por ello que la ley instituyó la manera como el ingreso base debía determinarse.

“Inclusive, frente a una temática similar, esta Sala se ha pronunciado respecto de lo aquí debatido, esto es la posibilidad de actualizar las cotizaciones que se realizan ante el Instituto de Seguros Sociales, entre otras en sentencia de 6 de julio de 2011, radicado 39542, en la que consideró:

“La discusión se contrae a determinar si es viable la actualización de las cotizaciones efectuadas al Instituto de Seguros Sociales, de la manera como lo hizo el Tribunal, esto es, en aplicación de la sentencia 29022 de 2007.

“El artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, aplicable al sub lite dispone su fijación (...)

“En ese orden, la Corte encuentra equivocado el alcance que dio el ad quem a la jurisprudencia que aplicó para resolver el asunto debatido, toda vez que en este caso la prestación está a cargo del ISS, con sustento en lo dispuesto en el citado artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, esto es, teniendo en cuenta el número de semanas que logró cotizar, distinto del caso al que se refirió el juzgador y a los demás que ha juzgado la Sala, en los que se ha analizado es el salario devengado por el trabajador.

“Así las cosas no era posible imponer al ISS la obligación de actualizar las cotizaciones entre la fecha en que cesó el actor sus aportes y la del cumplimiento de la edad para acceder a la pensión, pues el afiliado podía seguir aportando para elevar la tasa de reemplazo, de conformidad con lo dispuesto en la normativa a la que se hizo referencia”.

“Así las cosas, es evidente que no existió desafuero normativo en la sentencia acusada y por tanto el cargo no prospera”.

Bajo la anterior óptica la Sala no encuentra razones para modificar su consolidado criterio, al que dadas las precisiones realizadas, se remite para restarle prosperidad al cargo.

Sin costas en el recurso extraordinario.

IX. 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, **NO CASA** la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2010 por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **CECILIA CORNEJO DE GUTIÉRREZ** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Costas como se dijo en la parte motiva.

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

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS