



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrado ponente

SL1419-2018

Radicación n.º 47095

Acta 17

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de mayo de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado del señor **ISABELINO ZAPATA MÚNERA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 30 de abril de 2010, dentro del proceso ordinario laboral que le sigue a la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL -**.

I. ANTECEDENTES

El señor Isabelino Zapata Múnera presentó demanda ordinaria laboral en contra de la Caja Nacional de Previsión Social – Cajanal –, con el fin de obtener el reconocimiento de una pensión de vejez, a partir del 24 de septiembre de 1992,

o, en subsidio, la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Señaló, para tales efectos, que había laborado para el municipio de San Pedro de los Milagros y el Instituto Colombiano Agropecuario por un lapso superior a 15 años, tiempo durante el cual había estado afiliado al departamento de Antioquia y a la Caja Nacional de Previsión Social, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; que nació el 24 de septiembre de 1932 y, en el periodo comprendido entre los 35 y los 55 años de edad, había acumulado más de 500 semanas cotizadas; que, en ese sentido, tenía cumplidos los requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez, pues era beneficiario del régimen de transición; que le había reclamado a la entidad demandada el reconocimiento de la prestación, pero le había sido negada, con el argumento de que tan solo tenía 727 semanas cotizadas; y que, en caso de que no resultaran acreditadas las condiciones indispensables para conseguir la pensión de vejez, tenía derecho al otorgamiento de la indemnización sustitutiva.

La entidad convocada al proceso se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Negó la veracidad de los hechos y arguyó que, en su condición de trabajador oficial del ICA, el actor no había completado 20 años de servicio al Estado, de manera que no podía acceder al reconocimiento de la pensión de jubilación oficial. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido,

integración de litisconsorcio por pasiva, falta de jurisdicción y competencia y compensación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Medellín profirió fallo el 29 de agosto de 2008, por medio del cual absolvió a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, a través de la sentencia del 30 de abril de 2010, confirmó en su totalidad la decisión emitida por el juzgador de primer grado.

Para justificar su decisión, el Tribunal advirtió que, en la medida en que el actor había nacido el 24 de septiembre de 1932 y había laborado «*entre el 1 de marzo de 1961 y el 1 de marzo de 1983*», la disposición aplicable a sus condiciones era el literal c) del artículo 17 de la Ley 6 de 1945, que exigía 20 años de servicio oficial y 50 años de edad, como presupuestos necesarios para el reconocimiento de la pensión de jubilación. Igualmente, que en este caso no se habían acreditado los referidos requisitos, ya que el demandante había ostentado la calidad de empleado público «*...por un poco más de catorce (14) años...*»

Por último, concluyó que «...no hay lugar al pago de indemnización sustitutiva alguna, puesto que la Ley 6 de 1945 no la consagró...»

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por el apoderado de la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, que procede a resolverlo.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida, en cuanto confirmó la decisión absolutoria respecto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y que, en sede de instancia, revoque la resolución adoptada por el juzgador de primer grado en este punto y despache favorablemente la referida súplica.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación laboral, que no fueron replicados y que pasan a ser examinados por la Corte.

VI. PRIMER CARGO

Se formula en los siguientes términos:

Denuncio en la sentencia gravada, por la vía directa, interpretación errónea de los artículos 36 y 37 de la Ley 100 de 1993, 17 de la ley 6ª de 1947 (sic), a consecuencia de lo cual se dejaron de aplicar

los artículos 7, 10, 13 literales c), f), h), 37, Artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Nacional.

En desarrollo de la acusación, el censor asume que la razón fundamental del Tribunal para negar el otorgamiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez fue que no era posible acumular tiempos servidos en los sectores público y privado, con el fin de aplicar el régimen de transición.

Luego de ello, reproduce el texto del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y destaca que el régimen de transición allí previsto es aplicable a quienes cumplan la edad o el tiempo de servicios definido en la norma; que, por ese medio, no solo se reconoce la vigencia del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, y la Ley 33 de 1985, «...sino también cualquier régimen precedente que se aplique, como por ejemplo la Ley 6ª de 1945...»; que la posibilidad de sumar tiempos de servicio y semanas cotizadas, consagrada en el párrafo de la disposición, se debe entender dirigida a todos los beneficiarios; y que «...si para la pensión de vejez se aplica el régimen de transición, es apenas natural que para las indemnizaciones sustitutivas también se aplique esas normativas...»

Agrega que la conclusión del Tribunal de que no procede el pago de la indemnización sustitutiva, por no estar consagrada en la Ley 6 de 1945, es equivocada:

[...] toda vez que la ley, artículo 37 de la ley 100 de 1993, consagra que quien no tenga los requisitos para acceder a la pensión de vejez y declara que no puede seguir cotizando, reclama la

indemnización sustitutiva, que es la prestación que procede para la pensión que (sic) quien no reúna los requisitos para acceder a la pensión, pues necesariamente deben tenerse en cuenta para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones de que trata la Ley, entre ellas, obviamente, para el reconocimiento de esas pensiones y prestaciones que consignó la ley incluidas las indemnizaciones sustitutivas.

Transcribe apartes de la decisión emitida por esta sala el 15 de marzo de 2007, rad. 28503, así como el texto de los artículos 7, 10 y 13, literales c) y f), de la Ley 100 de 1993, y, con base en ello, arguye que en este caso es procedente el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base en todos los tiempos servidos, pues así lo permite claramente la norma al disponer que:

[...] para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.

Sostiene, finalmente, que el reconocimiento de la prestación pedida, en los términos planteados, no representa alguna vulneración del principio de inescindibilidad, ya que es la misma Ley 100 de 1993 la que así lo permite, y que, de cualquier manera, si persiste alguna duda respecto de la aplicación e interpretación de las referidas disposiciones, el juez está en la obligación de acatar el enunciado normativo más favorable al demandante.

VII. SEGUNDO CARGO

Se estructura de la siguiente manera:

Denuncio en la sentencia gravada, por la vía directa, infracción directa de los artículos 5 del Decreto 225 de 1995, 7, 10, 13 literales c), f), h), 33, 36 inciso 2º, 50, 141, 142 de la Ley 100 de 1993 y aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como fuera modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003. Artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Nacional.

En desarrollo del cargo, el censor reitera que, en virtud del régimen de transición y de lo dispuesto en los artículos 7, 10 y 13, literales c) y f), de la Ley 100 de 1993, es posible acumular tiempos públicos y privados para, entre otras cosas, disponer el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Aclara que esa posibilidad no es nueva, pues ya la contemplaba la Ley 71 de 1988, para el reconocimiento de pensiones de jubilación, y, finalmente, se remite nuevamente a las orientaciones plasmadas en la sentencia emitida por esta sala el 15 de marzo de 2007, rad. 28503.

VIII. CONSIDERACIONES

Los dos cargos se analizan de manera conjunta, en la medida en que se encaminan por la misma vía, se apoyan en un conjunto similar de normas y, en lo fundamental, se valen de iguales argumentos.

Los dos cargos están encaminados a rebatir la conclusión del Tribunal de que no era posible disponer el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor del actor, fundamentalmente por dos argumentos de naturaleza jurídica: *i)* el régimen de transición es aplicable a

dichas prestaciones y, además, permite la sumatoria de tiempos públicos y privados para su reconocimiento; *ii)* y, en todo caso, la norma llamada a gobernar la situación es el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 que, en concordancia con lo previsto en los artículos 7, 10 y 13, literales c) y f), de la misma norma, admite como válidas, para estos efectos, todas las semanas cotizadas y tiempos servidos como servidor público.

La Corte analizará los referidos cuestionamientos en el orden en el que fueron planteados.

Régimen de transición en la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Frente al primero de los tópicos planteados, esta sala de la Corte ha definido que el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 está circunscrito a las pensiones de vejez o de jubilación, en los precisos aspectos de edad, tiempo de servicios y monto, de manera que no puede ser extendido inadecuadamente a prestaciones diferentes, como la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. En la sentencia CSJ SL, 26 oct. 2010, rad. 38620, se explicó al respecto:

*Si bien, lo concerniente a la prestación legal por vejez del demandante, se dilucidó con base en lo dispuesto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, dada la aplicación de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, **desde ningún punto de vista, lo relativo a la indemnización sustitutiva, puede estimarse sometido a las mismas reglas, por el principio de la retrospectividad de la ley, consagrado en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, que excluye la retroactividad, y la***

ultractividad, e impone que es la norma vigente al momento en que se suceden los supuestos fácticos contemplados en la norma, la que debe presidir la solución de la controversia.

Si el principio general es que las leyes sociales comienzan a regir inmediatamente se surten los trámites respectivos, el decaimiento de las que son derogadas se produce simultáneamente, a no ser que en la nueva normativa se conserve su subsistencia temporal, en este caso, bajo las condiciones impuestas por el nuevo ordenamiento.

Precisamente, uno de estos eventos es el de los conocidos regímenes de transición, en los que, con el propósito de morigerar los efectos del tránsito de legislación que, regularmente comportan mayores exigencias para acceder a un derecho, afectan a aquellas personas que se encuentren cercanas a consolidarlo. En consecuencia, los beneficios que tal medida legislativa reporta, están circunscritos exclusivamente, en primer lugar, a quienes cumplan los requerimientos previstos -verbigracia: edad y tiempo de servicios-, y en segundo lugar, a las materias que, taxativamente, contemple la nueva ley, dado que se trata de una excepción a la regla general.

Así las cosas, como el artículo 36 de la Ley 100 restringe el régimen de transición a las pensiones de vejez, y en forma más específica la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión, la extensión a otros elementos que no estén expresamente mencionados en la regla de derecho que dispone la excepción, implicaría la ruptura con elementales y conocidas reglas de hermenéutica jurídica.

Así las cosas, al estimar aplicable al caso litigado, en el tema de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, lo que manda el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, pues no puede dejarse de lado que el actor cumplió los 60 años de edad el 3 de febrero de 1999, el juez de apelaciones no incurrió en el desacierto imputado por el demandante. (Resalta la Sala).

Por lo mismo, a la censura no le asiste razón cuando aduce que el régimen de transición es aplicable a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y, como consecuencia, todo su esfuerzo argumentativo tendiente a demostrar que en el ámbito de dicha garantía se autoriza la sumatoria de tiempos públicos y privados resulta inane. El referido argumento resulta además incoherente, pues el Tribunal no basó su decisión en la imposibilidad de sumar

tiempos públicos y privados, sino simplemente en el hecho de que la Ley 6 de 1945 no contemplaba la prestación pedida.

Así las cosas, en torno a este primer aspecto, los reproches de la censura son infundados.

Aplicabilidad del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 a las condiciones del actor.

Respecto al segundo de los cuestionamientos planteados, para la Sala el Tribunal sí incurrió en un error jurídico al resolver la petición de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con fundamento en la Ley 6 de 1945, sin analizar la posibilidad de aplicar el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, con las precisiones que se derivan de los artículos 7, 10 y 13 de la misma normatividad, como lo denuncia el censor.

El Tribunal, en este punto, no tuvo en cuenta las reglas de aplicación de la ley en el tiempo, en materia de seguridad social; la causación efectiva de la prestación en vigencia del sistema integral de seguridad social; la pertenencia de la demandada y del actor al régimen de prima media con prestación definida; y que los tiempos servidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 tienen plenos efectos, como pasa a verse.

1. En primer lugar, el Tribunal cometió un error elemental al equiparar las normas reguladoras de la pensión de jubilación, con las disposiciones que rigen el

reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Es verdad que con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 los regímenes de pensiones aplicables a los servidores públicos, establecidos en normas como la Ley 6 de 1945 y la Ley 33 de 1985, no consagraban la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada en la demanda. Dicha prestación estaba prevista únicamente para los afiliados al Instituto de Seguros Sociales, por las cotizaciones realizadas de conformidad con sus reglamentos.

Sin embargo, como ya se advirtió, el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no es extensible a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de manera que la norma aplicable para analizar su reconocimiento no coincide necesariamente con la que rige los eventuales reclamos de una pensión de vejez o de jubilación, como pareció entenderlo el Tribunal. Contrario a ello, como se dijo en la sentencia CSJ SL, 26 oct. 2010, rad. 38620, *«...desde ningún punto de vista, lo relativo a la indemnización sustitutiva, puede estimarse sometido a las mismas reglas, por el principio de la retrospectividad de la ley...»*, de forma tal que *«...es la norma vigente al momento en que se suceden los **supuestos fácticos contemplados en la norma**, la que debe presidir la solución de la controversia.»* (Resalta la Sala).

Con fundamento en lo anterior, a falta de un régimen de transición aplicable a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el Tribunal debió tener en cuenta el carácter retrospectivo que tienen las disposiciones de seguridad social, que permite su aplicación a situaciones en curso (CSJ SL14388-2015), y no limitarse a revisar la misma norma con base en la cual había negado la procedencia de la pensión de jubilación. Por dicha vía, debió asumir que, por no tener algún derecho adquirido, la del actor era una de esas situaciones pensionales en curso, que podía comenzar a estar cubierta por la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la vocación de aplicación integral y universal que tiene el sistema de seguridad social (artículo 11 de la Ley 100 de 1993).

El Tribunal también pasó por alto que esta corporación ha indicado que «...*la exigibilidad de la prestación en cuestión [indemnización sustitutiva] se encuentra supeditada a que se niegue o establezca que no hay lugar a la prestación pensional principal cuando ésta sea objeto de reclamo expreso y es así, a partir de ese momento, que puede entenderse causado el derecho a su reclamo.*» CSJ SL, 15 may. 2006, rad. 26330.

En igual medida, que tanto el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, como los artículos 1 y 4 del Decreto 1730 de 2001, contemplan como supuestos fundamentales para la *causación* de la prestación pedida el retiro del servicio, luego del cumplimiento de la edad necesaria para pensionarse, «...*pero sin el número mínimo de semanas de cotización exigido*

*para tener derecho a la pensión de vejez y **declare su imposibilidad de seguir cotizando...***» (Resalta la Sala).

En ese sentido, de acuerdo con los componentes fundamentales de la prestación, la decisión del afiliado de rendirse o capitular, en su proceso de construcción de la pensión, por reconocer y declarar su imposibilidad de seguir cotizando, constituye un elemento esencial para la exigibilidad de la prestación, pues solo a partir de ese momento la respectiva entidad de seguridad social está autorizada para reconocerla (artículo 4 del Decreto 1730 de 2001).

Por lo mismo, únicamente a partir de la definición del derecho pensional en sentido negativo y de la declaración del afiliado de estar imposibilitado para seguir cotizando, que en este caso se dio en vigencia de la Ley 100 de 1993, era posible reflexionar en torno a la causación de la indemnización sustitutiva y, por la misma vía, examinar cuál norma era la que resultaba aplicable.

Todo lo anterior, sin duda, lleva a concluir que, bajo ninguna circunstancia, la petición de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se podía resolver de acuerdo con una norma derogada, como la Ley 6 de 1945, en la forma determinada por el Tribunal, y que era menester examinar cuál era la disposición vigente en el momento en el que se dieron los supuestos de hecho necesarios para la configuración de la prestación pedida.

2. En el orden planteado, para determinar si el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 le podía ser efectivamente aplicado al actor, el Tribunal debió verificar si las condiciones relevantes para la configuración de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez se habían materializado durante la vigencia del sistema integral de seguridad social.

La citada disposición, junto con la reglamentación del Decreto 1730 de 2001, contemplan como supuestos de hecho relevantes para la causación y exigibilidad de la prestación los siguientes:

- i) haber cumplido la edad necesaria para conseguir una pensión de vejez;*
- ii) carecer del número mínimo de semanas necesarias para obtener una pensión de vejez;*
- iii) y declarar la imposibilidad de continuar cotizando para recibir la pensión de vejez.*

En este caso, al haber nacido el 24 de septiembre de 1932 (fol. 9), el actor había cumplido la edad necesaria para obtener la pensión de jubilación oficial – 55 años – y de vejez de la Ley 100 de 1993 – 60 años -, desde antes de la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

De otro lado, no existe discusión en torno al hecho de que el actor le cotizó a la demandada, en el sector público, 727 semanas, equivalentes aproximadamente a 14 años de servicios, desde 1961 hasta 1983 (fol. 6 a 8), de manera que no cumplió con los requisitos necesarios para

obtener una pensión de jubilación oficial, con arreglo a lo establecido en la Ley 6 de 1945 o la Ley 33 de 1985, porque no acumuló más de 20 años de servicio al Estado. Tampoco acreditó las exigencias para obtener una pensión de vejez, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, pues no completó más de 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. En ese sentido, carecía «...del número mínimo de semanas necesarias para obtener una pensión de vejez...»

Finalmente, la declaración de no poder seguir cotizando al sistema debió entenderse formulada con la petición de pensión de jubilación, el 10 de agosto de 2005 (fol. 6), en vigencia de la Ley 100 de 1993, o, en últimas, con la presentación de la demanda, en la que el actor solicitó que, ante la posible decisión de no reconocerle una pensión de jubilación, se le otorgara la indemnización sustitutiva, debido a su avanzada edad y, tras ello, a la imposibilidad de seguir cotizando.

Por ello, en estricto sentido, en este caso estaban dadas todas las condiciones para disponer el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, que se habría hecho exigible en vigencia de la Ley 100 de 1993, con la declaración del actor de renunciar a la posibilidad de seguir cotizando para lograr el reconocimiento de una pensión de vejez.

Ahora bien, es verdad que tanto la edad necesaria para adquirir la pensión como las cotizaciones a la demandada,

fueron supuestos cumplidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Pese a ello, como ya se sugirió, después de haber cotizado durante alrededor de 14 años, el actor estaba en plena capacidad de persistir en su intento de completar los requisitos necesarios para obtener una pensión que lo protegiera durante su vejez, hasta que el sistema se lo permitiera, y, por ese camino, comenzar a quedar abrigado por las disposiciones de la Ley 100 de 1993, que, se reitera, tienen efectos retrospectivos.

En efecto, por la estructura y naturaleza del sistema de pensiones, los afiliados tienen la *libertad* de, llegado el momento, persistir en su intento de configurar una pensión de jubilación o vejez, o, debido a sus condiciones particulares, renunciar a ello y optar por el pago de una indemnización sustitutiva, en el régimen de prima media con prestación definida, o una devolución de saldos, en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Esa decisión es de libre confección para el interesado y, por ello, no es correcto afirmar que la indemnización sustitutiva se causa o se hace exigible por el simple hecho de llegar a la edad mínima de pensión, pues es necesario que el trabajador claudique expresamente en su proceso de configuración de la pensión, por encontrarse en imposibilidad de seguir cotizando, como se deriva de los artículos 1 y 4 del Decreto 1730 de 2001. Así lo ha reconocido la Corte Constitucional al destacar que «...*el trabajador no tiene que renunciar a la expectativa de cumplir el número mínimo de semanas o el capital requerido...*» (Sentencia CC T-

1075/2012) y que, por el contrario, cuenta con «...la posibilidad de aceptar esta prestación [indemnización sustitutiva] o de optar por la pensión de vejez, para lo cual deberá seguir cotizando hasta el cumplimiento del requisito de semanas de cotización, **siendo esta una decisión libre del afiliado que puede ser tomada en cualquier tiempo...**» Resalta la Sala. (Sentencia CC T-180/2009).

En este caso, se reitera, el actor adoptó esa decisión de renunciar a la configuración de la pensión de vejez en vigencia de la Ley 100 de 1993 y, por ello, dicha norma podía serle aplicada de manera retrospectiva, para los precisos efectos de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

3. En el ámbito de la anterior reflexión, es preciso aclarar que el actor no estaba expresamente excluido del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, en función de su edad, y que, por las particularidades de su situación, estaba inscrito en el régimen de prima media con prestación definida, al que pertenece la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pedida.

En torno a este último aspecto, debe tenerse en cuenta que el actor comenzó su proceso de configuración de la pensión de jubilación siendo un servidor público, inscrito en el régimen de pensiones de esta clase funcionarios, administrado por la entidad demandada y regulado a partir de normas como la Ley 6 de 1945, los Decretos 2127 de 1945, 3135 de 1968 y 1848 de 1969, la Ley 33 de 1985, entre los más importantes. Asimismo, según da cuenta la Resolución

no. 018309 de 2005 (fol. 6 a 8), dejó de cotizar el 01 de marzo de 1983 y nunca más registró cotizaciones a la Caja Nacional de Previsión Social o a alguna otra caja o fondo de pensiones.

Por lo anterior, debía dársele el trato de un *afiliado inactivo*, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.

En concordancia con lo anterior, la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 11 de marzo de 2010, rad. 11001-03-24-000-2006-00322-00(0984-07), al declarar la nulidad del «...término “afiliados” y “afiliado” contenidos en el inciso 1º y en la letra a) del artículo 1º del Decreto 4640 de 2005, y en la letra a) del Decreto 1730 de 2001...», explicó que, para los efectos de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, no es necesario tener la condición de afiliado activo, en vigencia de la Ley 100 de 1993, de manera que la prestación puede ser reclamada, entre otros, por servidores públicos retirados. Esto dijo la referida Corporación:

[...] si el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, rige a partir de su publicación y salvaguardó los derechos adquiridos en vigencia de las disposiciones derogadas; la exigencia de ser afiliado al mismo para ser beneficiario de la indemnización sustitutiva, riñe con los principios orientadores del Sistema de Seguridad Social Integral y con el objetivo del Sistema General de Pensiones arriba transcritos, por cuanto afiliado, según la definición que trae el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, son aquellas personas a) vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, b) las que presten sus servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado bajo la modalidad de contrato de prestación de servicios, c) los trabajadores independientes y d) los grupos de población que por sus características o condiciones socioeconómicas sean elegidos para ser beneficiarios de subsidios a través del Fondo de Solidaridad Pensional, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales.

Además, algunas personas pueden afiliarse voluntariamente al Sistema General de Pensiones como los extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo permanezcan en el país y no estén cubiertos por algún régimen de su país de origen o cualquier otro.

De manera que son válidas las acusaciones hechas por el demandante y el Ministerio Público contra el Decreto reglamentario en comento, cuando afirman que con tal exigencia -ser afiliado al Sistema General de Pensiones- se excluye de tal beneficio a las personas que para la fecha de entrada en vigencia no se encontraban vinculadas ya fuera mediante contrato de trabajo, como servidores públicos, como trabajadores oficiales, como empleados públicos, como trabajadores independientes o prestando sus servicios bajo la modalidad de prestación de servicios al Estado o a las entidades o empresas del sector privado. En otras palabras, retiradas del servicio activo.

Prohijar tal exigencia, vulneraría a todas luces el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 superior, se desconocería el principio de la irrenunciabilidad de los derechos ciertos e indiscutibles y de los beneficios mínimos establecidos en normas laborales, así como la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho, la garantía a la seguridad social y la asistencia a las personas de la tercera edad.

No hay que olvidar además, que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 establece como característica del Sistema, que para

reconocer las pensiones y prestaciones que consagra dicha normativa se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la citada ley, al Instituto de Seguros Sociales o 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.

Siendo ello así, como irrefutablemente lo es, dicho beneficio no puede estar consagrado exclusivamente para los afiliados, entendido como aquellos vinculados al servicio a la entrada en vigencia de dicha Ley, sino para toda la población, a la que el mismo sistema ampara de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de las pensiones y prestaciones que él consagra, siendo una de ellas la indemnización sustitutiva. (Resalta la Sala).

Por otra parte, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la Caja Nacional de Previsión Social fue asimilada al sistema integral de seguridad social y, en el caso del sistema de pensiones, autorizada únicamente para administrar el régimen de prima media con prestación definida. Así lo dispuso diáfananamente el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, según el cual «...las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán este régimen respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquéllos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en esta Ley.» Así también lo contemplaron los artículos 6 y 34 del Decreto 692 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, que reiteraron la facultad de estas cajas preexistentes como la demandada, de administrar el régimen de prima media con prestación definida, en relación con sus afiliados, mientras subsistieran.

En ese sentido, por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como *afiliado inactivo* en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida.

A lo anterior se debe agregar que los servidores públicos cuyas afiliaciones eran administradas, en parte, por la entidad demandada, fueron expresamente incorporados al sistema integral de seguridad social, a partir de lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 691 de 1994, y, se repite, al no registrarse una variación en la afiliación, que permaneció inactiva, además de tratarse de la entidad demandada, el actor debía entenderse inscrito en el régimen de prima media con prestación definida.

El actor tampoco estaba excluido expresamente del sistema general de pensiones y, por lo mismo, ninguna regla jurídica impedía asumirlo como un afiliado inactivo del régimen de prima media con prestación definida. Frente a este punto, las disposiciones de la Ley 100 de 1993 no contemplan una edad máxima para permanecer en el régimen de prima media con prestación definida y, por el contrario, como ya se dijo, de acuerdo con lo sostenido por la Corte Constitucional, el afiliado tiene una garantía de optar libremente por «...recibir la señalada restitución dineraria [indemnización sustitutiva], o no hacerlo, y continuar cotizando al sistema hasta tanto alcancen el monto requerido de cotizaciones para acceder al beneficio pensional...»

Asimismo, en el régimen de prima media con prestación definida la única limitación existente en este punto proviene de normas como los artículos 2 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966, 2 del Decreto 433 de 1971 y 2 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, según los cuales están excluidos del seguro social obligatorio las personas que, teniendo más de sesenta (60) años, se inscriban «...por primera vez...» en el régimen de pensiones, que no es el caso del actor, pues, como ya se dijo, llevaba más de 14 años cotizando a la Caja Nacional de Previsión Social, tiempo que, según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tiene plenos efectos para el régimen de prima media con prestación definida.

De otro lado, en gracia de discusión, si se le siguiera concibiendo como un servidor público, el actor podía persistir en su intento de conseguir la pensión de jubilación, cuando menos, hasta los 65 años, que es la edad de retiro forzoso. Tal conclusión puede derivarse del hecho de que, como ya se dijo, no estaba expresamente excluido del sistema general de pensiones y que, de acuerdo con el artículo 4 del Decreto 1730 de 2001, una de las razones para reconocer la indemnización sustitutiva es que el servidor público llegue a la edad de retiro forzoso y manifieste su imposibilidad de seguir cotizando. Este mismo razonamiento lo ha propiciado el Consejo de Estado al analizar la procedencia de indemnizaciones sustitutivas en vigencia de la Ley 100 de 1993, en sentencias como la de la Sección Segunda – Sala de lo Contencioso Administrativo, del 26 de octubre de 2006, rad. 25000-23-25-000-1999-06034-01(4109-04).

El actor nació el 24 de septiembre de 1932 y, por lo mismo, ese parámetro de la edad a que se ha hecho referencia – 65 años – fue cumplido el 24 de septiembre de 1997, en vigencia de la Ley 100 de 1993. Así las cosas, como ya se observó, su condición podía ser asimilada a la de una expectativa pensional en curso, que bien podía comenzar a regirse por las disposiciones del sistema integral de seguridad social.

Como conclusión, el actor debía entenderse inscrito en el régimen de prima media con prestación definida administrado por la Caja Nacional de Previsión Social y, al manifestar su imposibilidad de seguir cotizando al sistema de pensiones y optar por la indemnización sustitutiva, en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía derecho a la aplicación retrospectiva del artículo 37 de dicha norma.

4. Por otra parte, en el análisis del reconocimiento de la prestación pedida, debía tenerse en cuenta que la propia Ley 100 de 1993, en el literal f) de su artículo 13, reconoce que *«...para el reconocimiento **de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las **semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley**, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio.»*** (Resalta la Sala).

En igual dirección, el artículo 2 del Decreto 1730 de 2001 dispone claramente que «...**cada administradora del régimen de prima media con prestación definida a la que haya cotizado el trabajador, deberá efectuar el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, respecto al tiempo cotizado...**» y que «...**para determinar el monto de la indemnización sustitutiva se tendrán en cuenta la totalidad de semanas cotizadas, aún las anteriores a la Ley 100 de 1993.**» (Resalta la Sala).

En este caso, de acuerdo con el documento obrante a folios 6 a 8, los periodos servidos por el actor habían sido cotizados a la Caja Nacional de Previsión Social y, por lo mismo, representaban cotizaciones anteriores a la Ley 100 de 1993, efectuadas a una caja pública, de manera que estaban expresamente aceptadas por la norma para efectos del reconocimiento de pensiones o «...*prestaciones...*», como la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Así también lo ha considerado la Sala incluso respecto de tiempos públicos no cotizados, en decisiones como la CSJ SL, 15 mar. 2007, rad. 28503.

5. Resta decir que, en todo caso, en la estructura de la Caja Nacional de Previsión Social, a partir de normas como los artículos 3 del Decreto 1600 de 1945, 2 de la Ley 4 de 1966, 2 del Decreto 1743 de 1966 y 14 del Decreto 434 de 1971, siempre se previó el pago de aportes o cotizaciones de los servidores afiliados a la Institución, en proporción al valor de su remuneración, con la finalidad de financiar las prestaciones reconocidas.

Por lo mismo, no resulta completamente extraño a este tipo de régimen que, en lugar de una pensión de jubilación cuyos presupuestos no fueron logrados, se disponga una compensación para el trabajador por los aportes que pagó a lo largo de su relación de trabajo y que pueden contribuir a la satisfacción de su derecho a la seguridad social.

A partir de todo lo anteriormente expuesto, se reitera, el Tribunal incurrió en los errores jurídicos denunciados por la censura, al resolver la petición de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con arreglo a lo establecido en la Ley 6 de 1945 y no con fundamento en lo previsto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia, los cargos son fundados y se casará parcialmente la sentencia recurrida, en los términos suplicados en el alcance de la impugnación.

Antes de proferir la respectiva decisión de instancia, para mejor proveer, se solicitará a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - EN LIQUIDACIÓN -, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP -, al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA y al INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO, que remita la documentación en la que consten los salarios base tenidos en cuenta para los aportes efectuados por el actor entre el 1 de marzo de 1961 y el 1 de marzo de 1983.

Sin costas en el recurso de casación.

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, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia dictada el 30 de abril de 2010 por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ISABELINO ZAPATA MUNERA** contra la **CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL** -, en cuanto negó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por no estar consignada en la Ley 6 de 1945. No la casa en lo demás.

Antes de proferir la respectiva decisión de instancia, para mejor proveer, se dispone que, por la Secretaría de la Sala, se solicite a la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL - EN LIQUIDACIÓN -, a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP -, al DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA y al INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO, que remitan la documentación en la que consten los salarios base tenidos en cuenta para los aportes efectuados por el actor entre el 1 de marzo de 1961 y el 1 de marzo de 1983.

Sin costas en el recurso de casación.

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

FERNANDO CASTILLO CADENA

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN