



Función Pública

Sentencia 45664 de 2012 Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL
JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ
Magistrado Ponente
Radicación No. 45664
Acta N° 39

Bogotá, D.C., treinta (30) de octubre de dos mil doce (2012).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de noviembre de 2009, en el proceso seguido contra la entidad recurrente por JUAN DE JESÚS CASTRO PELÁEZ.

I.- ANTECEDENTES.-

1.- JUAN DE JESÚS CASTRO PELÁEZ demandó al Instituto con el fin de obtener la reliquidación de la pensión de vejez, a partir del 8 de abril de 2005 -fecha de causación, “en aplicación del artículo 36 de la Ley 100 sancionada en 1993, régimen de transición, es decir, aplicando lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990”. Pidió además, los intereses moratorios y el incremento por cónyuge a cargo.

Como apoyo de su pedimento señaló en síntesis que se trasladó a la AFP COLFONDOS, pero regresó al Instituto de Seguros Sociales a partir del 1° de abril de 2003. La devolución de aportes se hizo por la suma de \$3'192.178,00 por el lapso de mayo de 1995 a febrero de 2003. Nació el 8 de abril de 1945, por lo que a 1° de abril tenía 48 años de edad. Mediante Resolución N° 037806 de 15 de noviembre de 2005, el Instituto le reconoció la pensión de vejez, desde el 8 de abril de 2005, en cuantía inicial de \$553.397,00, con una tasa de reemplazo del 73,51%. La prestación se concedió con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003. Mediante Resolución N° 005359 de 4 de febrero de 2008, la demandada le reliquidó la pensión y estableció como valor inicial la cantidad de \$736.781,00 con una tasa de reemplazo de 73,18%, pero la entidad se ha negado a liquidar la prestación de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Por esa razón, elevó solicitud en tal sentido, con la inclusión de que la tasa de reemplazo se fijara en el 90% del ingreso base de liquidación. Para el cálculo de la prestación, el Instituto tuvo en cuenta 1.360 semanas de aportes.

2.- El Instituto convocado a proceso respondió el libelo; frente a los hechos dijo que no le constaban y se opuso a las pretensiones. Propuso como excepciones las de pago, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de disponer del patrimonio de los coadministrados por fuera de los cánones legales, falta de cumplimiento de los requisitos de ley, carencia del derecho reclamado, inexistencia de la obligación, prescripción, entre otras.

3.- El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo de 21 de agosto de 2009, absolvió al Instituto de todas las pretensiones.

II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL.-

En virtud de la apelación de la parte demandante conoció la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que mediante sentencia de 30 de noviembre de 2009, revocó la del Juzgado, y en su lugar, condenó a la demandada a reliquidar la pensión de vejez del actor, “de acuerdo al régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990, y a pagar el retroactivo pensional generado, a partir del 8 de abril de 2005”. Absolvió de las demás pretensiones.

En lo que interesa al recurso extraordinario, estimó el sentenciador de segundo grado lo siguiente:

“Considera el A-quo, que el actor no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por lo tanto su pensión no puede ser reliquidada conforme a lo establecido en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, debido a que, a pesar de cumplir, a 1ro de abril de 1994, entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, con los requisitos necesarios para ser beneficiario del régimen de transición, no cumplió con uno de los presupuestos consignados en la sentencia de constitucionalidad C-789 y del artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, para que le fuera aplicada la transición, a las personas que se trasladaron del régimen de prima media al de ahorro individual, el cual es, ‘que el ahorro no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que hubiera permanecido en el régimen de prima media’.

Con respecto al aludido decreto, le asiste razón al recurrente al señalar que en auto de 5 de marzo de 2009, la Sección Segunda del Consejo de Estado, decretó su suspensión provisional, debido a que luego de un cotejo normativo entre tal disposición y normas constitucionales, estimó el máximo órgano de lo contencioso que se presentaba una flagrante vulneración de éstas. Por lo anterior no será tenido en cuenta el artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, para el análisis del caso concreto.

En lo concerniente con la sentencia de la Corte Constitucional C-789 de 2002, la cual señaló que al trasladarse del régimen de prima media al de ahorro individual y luego regresar al administrado por el ISS, las personas debían trasladar todo el ahorro que habían efectuado en los fondos privados y que dicho ahorro ‘no podía ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media’. Considera este Tribunal, que tal exigencia es imposible de cumplir y por ello se aparta de la tesis expuesta en la sentencia de constitucionalidad y acoge la postura consignada en la providencia T-818 de 2007, la cual reza:

‘la exigencia de condiciones imposibles (...) para ejercer el derecho de las personas que, pueden cambiar de régimen aún faltándoles menos de diez años para obtener el derecho de pensión, es a todas luces inconstitucional. No se puede condicionar la realización del derecho a la libre

escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio'. (...)

'Por tanto, aquellas personas que, al momento de entrar a regir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, hubiesen cotizado quince años o cumplieran con los requisitos de edad, adquirieron el derecho a pensionarse bajo los parámetros definidos en el sistema anterior. Lo que acarrea como consecuencia lógica el derecho a trasladarse del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida en cualquier momento para hacer efectivo dicho derecho, con la única condición de que al cambiarse de régimen nuevamente se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad'.

De la misma forma, un reciente pronunciamiento de Corte Constitucional, sentencia T-168 de 2009, señaló que el monto de capital ahorrado en la cuenta individual se trasladará a la cuenta común del Régimen de Prima Media, 'sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media, por haber devenido esta exigencia en un imposible a causa de un cambio normativo'.

Así las cosas, se corrobora que a 1ro de abril de 1994, el señor Juan de Jesús Castro Peláez, tenía más de 40 años de edad y 15 años de servicio, por lo tanto es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. De igual forma se constata a través de la resolución No. 037806, que cotizo un total de 1.361 semanas, de las cuales 190 fueron cotizadas a la Administradora de Pensiones COLFONDOS y 1.361 al ISS y que se dio el traslado al ISS del capital acumulado en su cuenta individual, sin importar el valor de dicho monto.

Como consecuencia de lo anterior, se revoca la sentencia de primera instancia y en su lugar se condena a la entidad demandada a pagar al actor la reliquidación de su pensión de vejez aplicándole el régimen pensional establecido en el Acuerdo 049 de 1990. El instituto demandado tendrá que pagar el retroactivo pensional, generado de la reliquidación, a partir del 8 de abril de 2005, fecha en que se dio el reconocimiento de la pensión. La condena en costas se revoca y se ordena al pago de las mismas a la parte demandada".

III.- DEMANDA DE CASACIÓN.-

Inconforme la parte demandada interpuso recurso de casación, el cual una vez concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala, se procede a resolver previo estudio de la demanda de casación. No hubo réplica.

Pretende la censura que la Corte case la sentencia recurrida, y en sede de instancia, "previa ponderación y valoración de la totalidad de los medios de convicción que obran en el proceso, confirme el fallo de primer grado".

Con tal propósito formula un único cargo, así:

CARGO ÚNICO.- Acusa la sentencia por la vía directa, por "infracción directa, de los artículos 37 y 45 de la Ley 270 de 1996 y el art. 3° del decreto 3803 (sic) de 2003, lo que motivó la aplicación indebida de los artículos 36 de la ley 100 de 1993 y 12 del acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante decreto 758 de ese año".

En la demostración del cargo sostiene el censor lo siguiente:

"El Tribunal asentó en su fallo que aunque el juez de primer grado consideró que el actor no había demostrado el cumplimiento de uno de los requisitos establecidos en el artículo 3 del decreto 3803 de 2003 y en los presupuestos establecidos en la sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional, el apelante tenía razón en su alegato por cuanto el decreto había sido suspendido por el Consejo de Estado en auto de 5 de marzo de 2009, por lo que 'no será tenido en cuenta el artículo 3° del decreto 3800 de 2003 para el análisis del caso concreto'. (fl. 9).

Y respecto a lo establecido en la sentencia C-789 de 2002, consideró 'que tal exigencia es imposible de cumplir y por ello se aparta de la tesis expuesta en la sentencia de constitucionalidad y acoge la postura consignada en la providencia T-818 de 2007'.

Como puede apreciarse por la anterior transcripción, el Tribunal se negó a aplicar el decreto 3800 de 2003 pretextando la existencia de una suspensión provisional de tal precepto decretada en el año 2009 y concluyó que el actor si estaba beneficiado con el régimen de transición previsto en el art. 36 de la ley 100 de 1993. (sic).

Conforme a lo dispuesto en el artículo 37 de la ley 270 de 1996, el Consejo de Estado tiene una competencia residual para conocer de acciones de constitucionalidad frente a decretos 'de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa', pero las decisiones de tal Corporación al igual que sucede con las sentencias que dicta la Corte Constitucional tienen, por regla, efectos hacia el futuro y no efectos retroactivos.

El decreto 3800 de 2003, como todo acto administrativo, está amparado por una presunción de constitucionalidad que solo desaparece cuando sea declarado nulo por la jurisdicción de lo contencioso administrativo y tal decisión, para la fecha en que se dictó la sentencia impugnada en casación, no había sido aún proferida por el Consejo de Estado.

Dicho de otro modo, los literales a) y b) del artículo 3° del mencionado decreto no habían sido declarados contrarios a la Constitución Política, producían efectos y eran de forzosa aplicación respecto de situaciones jurídicas como la que ofrece este juicio, esto es, para determinar si el afiliado había reunido o no, los requisitos para conservar los beneficios del régimen de transición previstos en el art. 36 de la ley 100 de 1993 en el momento en que solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez que, como se mencionó, le fue concedida el 15 de noviembre de 2005.

El Tribunal se rebeló expresamente contra los literales a) y b) del artículo 3° del decreto 3800 de 2003, y los dejó de aplicar para una situación jurídica presentada en el año 2005 cuando el decreto en cuestión no había sido suspendido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo (lo que solo vino a ocurrir cuatro años después), desconociendo la obediencia que todo operador judicial debe a la ley que, dicho sea de paso, juró cumplir y a respetar (sic).

El error además de evidente fue trascendente pues el Tribunal consideró que la demandante mantenía el régimen de transición previsto en el art. 36 de la ley 100 de 1993 y tal entendimiento, lo llevó a revocar la sentencia desestimatoria proferida por el juez a quo, y, en su lugar, a dictar una conforme a las peticiones de la demanda.

Si el tribunal hubiere aplicado el decreto 3800 de 2003 ha debido concluir que el actor no había demostrado el cumplimiento del requisito previsto en el literal b) del art. 3° como acertadamente lo había concluido el juez a quo".

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

Son hechos establecidos en el proceso que el actor luego de haberse trasladado a la AFP COLFONDOS, regresó al Instituto de Seguros Sociales a partir del 1° de abril de 2003. Que a 1° de abril de 1994, tenía más de 15 años de servicios, por lo que tenía aptitud para, a su retorno al

régimen de prima media con prestación definida, recuperar el régimen de transición del que era beneficiario conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Que al regreso al régimen de prima media con prestación definida trasladó el saldo que tenía en la cuenta individual más los rendimientos.

En el anterior orden de ideas, la controversia jurídica en el *sub lite* consiste en determinar si al demandante para efectos de recuperar el régimen de transición, -luego de haberse trasladado al Régimen de Ahorro Individual y regresar al Régimen de Prima Media-, le era exigible además de tener a 1° de abril de 1994, 15 o más años de servicios prestados o semanas cotizadas, y regresar con el saldo acumulado en la cuenta individual con sus rendimientos, el requisito previsto en el literal b) del Decreto 3800 de 2003, que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Tal preceptiva hacía alusión a que *“Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren permanecido en el Régimen de Prima media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último”*.

Para el Tribunal, esa disposición no resultaba aplicable en esta controversia, por cuanto al momento de dictarse la sentencia de segundo grado, pesaba sobre ella una medida de suspensión provisional dictada por la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante auto de 5 de marzo de 2009, en el proceso Rad. N° 1975-08, por lo que *“no será tenido en cuenta el artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, para el análisis del caso concreto”*.

Para el censor por el contrario, ese requisito debía tener aplicación, toda vez que cuando se consolidó el derecho a la pensión de vejez, -el 8 de abril de 2005-, la disposición en comento estaba vigente y no había sido aún, objeto de la medida cautelar.

Al respecto estima la Sala en primer término, que cuando una determinada disposición administrativa es sometida a una medida de suspensión provisional dentro de un proceso de nulidad, ante la justicia de lo contencioso administrativo, por encontrar abierta contradicción con normas superiores, la consecuencia inmediata es que ella pierde sus efectos y fuerza vinculante, hasta tanto se decida definitivamente por el juez administrativo. Esto significa que mientras dure la medida cautelar, ni las autoridades administrativas ni el juez al resolver una controversia judicial pueden aplicarla, pues queda privada en ese interregno de los beneficios de presunción de conformidad con el ordenamiento jurídico, la que queda entredicho.

En auto de 9 de diciembre de 2010 Rad. N° 39040, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, sostuvo lo siguiente:

“La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 de la Constitución Política^[1], y que fue regulada por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo -C.C.A.- (artículo 31 del Decreto 2304 de 1989) en vigencia de la anterior Carta Política^[2], fue concebida para la defensa del ordenamiento superior de las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad, incurran en una ilegalidad manifiesta.

Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria (arts. 238 superior, 66 No. 1 y 152 del C.C.A.).

En este sentido, esta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 C.N.) y tiene por telos sancionar, como lo ha señalado esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores^[3]”.

Así las cosas, no incurrió el Tribunal en la infracción directa del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, pues no se trató de que lo hubiera omitido o se hubiera rebelado contra él sino que su aplicación devino en improcedente, ante la medida de suspensión provisional de que fue objeto por parte de la justicia de lo contencioso administrativo.

Por lo demás, se ha de advertir, que la misma Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en un proceso distinto, el radicado bajo el número 1095-07, declaró la nulidad parcial del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, mediante sentencia de 6 de abril de 2011, donde en la parte resolutive dispuso:

“DECLÁRASE la nulidad de las expresiones ‘cumplan con los siguientes requisitos:’, ‘a)’, ‘y b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último’”, así como del inciso final que dispone que ‘Para efectos de establecer el monto del ahorro de que trata el literal b) anterior no se tendrá en cuenta el valor del bono pensional’ contenidas en el artículo 3° del Decreto 3800 de 2003 expedido por el Presidente de la República, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social que reglamentó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993”.

Y si bien es cierto, que el Consejo de Estado sostiene la tesis de que la declaratoria de nulidad de los actos administrativos de carácter general, tienen en principio efectos hacia el futuro, es decir *ex nunc*, en la medida en que desde el punto de vista material contienen mandatos como los de la ley, y en ello se asemejan a los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad que hace la Corte Constitucional, como lo explicó en sentencia de 21 de julio de 2011, Rad. N° 16356 de la Sección Cuarta de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos:

*“... para la Sala es claro que las sentencias de nulidad de actos administrativos de carácter general no generan ningún restablecimiento del derecho, así éste se haya pedido. Así mismo, para la Sala es claro que esas sentencias no tienen efectos retroactivos, como parece creerlo la parte actora. Por el contrario, esas sentencias tienen efectos *ex nunc*, es decir, hacia el futuro, porque si bien los actos administrativos de carácter general, con fundamento en el criterio orgánico y en sentido formal no son Leyes, si lo son con fundamento en el criterio material, porque, al igual que la ley, tales actos también mandan, prohíben o permiten.^[4]*

Las leyes, en sentido formal y material, crean situaciones jurídicas de carácter general, impersonal y abstracto y, por eso, se requiere que se cumplan los presupuestos de la ley para que se cree una situación jurídica particular, personal y concreta. Esas situaciones jurídicas particulares, personales y concretas se expresan en actos administrativos, expresos, tácitos, presuntos o fictos, estos sí demandables en acción de nulidad y restablecimiento del derecho y, excepcionalmente, en acción de nulidad simple.

En esa medida, ‘La [simple] nulidad en el proceso contencioso administrativo (...) sólo busca que el orden jurídico del Estado sea reparado, por lo tanto involucra una pretensión general y no particular.’^[5]

Por eso ha dicho el Consejo de Estado que ‘La declaración de inexequibilidad equivale a una declaración de nulidad. (...) la sentencia de inexequibilidad: no tiene efecto retroactivo, todo lo contrario, sus efectos son hacia el futuro y, por consiguiente, se reconocen los actos y

situaciones jurídicas nacidas durante la vigencia de la ley. (...) tanto la inexequibilidad como la nulidad se asimilan. Por lo tanto, los efectos de la primera son perfectamente aplicables a la segunda.”^[6]

Y eso es así, porque, como también lo ha dicho el Consejo de Estado, “(...) el fallo de nulidad se puede asimilar al de inexequibilidad porque naturalísticamente se trata del mismo fenómeno, la diferencia radica en el órgano jurisdiccional que resuelva el conflicto (...)”^[7]

También es cierto que esas consecuencias no pueden ser entendidas en el sentido de que se le imponga al juzgador al momento de resolver una determinada controversia, la obligación de aplicar una norma administrativa de carácter general, luego de ser declarada nula por ser contraria a la Constitución o a la ley, y que ella ha de obrar como impedimento para permitir la estructuración de una prestación de la seguridad social, o de las condiciones favorables en que ésta se configura, dada las especiales connotaciones de los derechos de la seguridad social que son irrenunciables conforme lo preceptúa el artículo 48 superior.

De esta manera, no podría pretenderse de la Corte la aplicación en instancia, para impedir al demandante la recuperación de los beneficios del régimen de transición, del requisito previsto en el literal b) del artículo 3° del Decreto 3800 de 2003, declarado nulo por el Consejo de Estado, relativo a que “Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en éste último”, pues como lo señaló el Consejo de Estado,

“... con las exigencias allí previstas, el ejecutivo desbordó la potestad reglamentaria del artículo 189 numeral 11 de la Carta, en consideración a que la norma reglamentada y el decreto no están referidos al mismo tema y el reglamentario no se ciñe en un todo a la materia regulada. Tampoco el artículo reglamentado ni la jurisprudencia constitucional que hace tránsito a cosa juzgada se refieren a la equivalencia entre el saldo y los rendimientos entre ambos regímenes pensionales para que pueda proceder legalmente el regreso al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de aquellos afiliados señalados en el decreto, como sí se hizo en los apartes objeto de la demanda”.

Por las razones anteriores, se desestima el cargo.

Sin costas en el recurso extraordinario, por no haber sido causadas.

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 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 30 de noviembre de 2009, en el proceso seguido por JUAN DE JESÚS CASTRO PELÁEZ contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Sin costas en el recurso extraordinario, por no haber sido causadas.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal.

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

NOTAS DE PIE DE PÁGINA:

[1] Artículo 238 C.P.: “La jurisdicción de lo contencioso administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

[2] El artículo 193 de la Constitución Nacional de 1886 ya la consagraba.

[3] CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 28 de junio de 1990, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo.

[4] “Artículo 4º del C.C. Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.”

[5] Sentencia del diecisiete (17) de octubre de mil novecientos sesenta y nueve (1969). Sección Cuarta.

[6] Sentencia del 26 de abril de 1973. Sección primera.

[7] Sentencia del 9 de marzo de 1989. Sección Primera.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:08:36