

Republica de Colombia

Corte suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Referencia: Expediente No. 24370

Acta No. 14

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil cinco (2.005)

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de JOSÉ EUSEBIO GUTIÉRREZ SALCEDO contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 19 de marzo de 2004, en el proceso instaurado por el recurrente contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

I.- ANTECEDENTES.-

JOSÉ EUSEBIO GUTIÉRREZ SALCEDO demandó al Instituto de Seguros Sociales, con el fin de obtener el pago de las mesadas correspondientes a la pensión vitalicia de vejez, a partir del 8 de septiembre de 2000, fecha de estructuración del derecho pensional. Solicitó también intereses moratorios de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación y costas.

Como apoyo de su pedimento indicó que la entidad demandada le reconoció la pensión de vejez a partir del 8 de septiembre de 2002, no obstante que reunió requisitos el 8 de septiembre de 2000. (Fls. 3 a 8).

En la contestación de la demanda el Instituto convocado a proceso aceptó unos hechos y negó otros; se opuso a las pretensiones del actor y propuso entre otras, las excepciones de falta de causa para demandar, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 25 a 30).

El Juzgado de conocimiento que lo fue el Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo de 22 de enero de 2004, absolvió al Instituto demandado de todos los cargos formulados en su contra y condenó en costas al demandante (fls. 123 a 127).

II.- LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL.-

En virtud de la apelación interpuesta por la parte demandante conoció el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que por sentencia de 19 de marzo de 2004, confirmó la del Juzgado en su integridad.

En lo que interesa al recurso extraordinario precisó el sentenciador Ad quem que "Revisada la historia probatoria, se extrae, tal como incluso lo confiesa la accionada al contestar el libelo (art. 197 C.P.C.) que el demandante cumplió 60 años de edad el 8 de Septiembre/00 F88, teniendo ya para esa fecha acreditados los requisitos mínimos para acceder al derecho F28, de la misma manera se aprecia que para esa época el actor aun se encontraba afiliado al régimen del I.S.S., F 49, 50, acorde a las autoliquidaciones de aportes mensuales del empleador Hilandería Fontibón S.A. apreciándose reporte hasta el ciclo 2001-10 F 51 a través de ese empleador, coincidiendo que también para la época del cumplimiento de la edad, se efectuaban cotizaciones al I.S.S. por cuenta del empleador Empresa de Energía de Bogotá F52, 85, la que se extendió hasta el ciclo 2002-07, conforme se lee a folio 53, empresa que también le reconoció pensión F78, 117, 118, evidenciándose entonces que no era posible jurídicamente reconocer la pensión de vejez por parte del I.S.S., para la época en que el señor Gutiérrez Salcedo cumplió la edad, en razón a que para su disfrute efectivo se hacía necesario su desafiliación al régimen, así que no podría acceder al derecho en Septiembre/00, pues tal como se aprecia, para esas calendas aun se encontraba afiliado al I.S.S., existiendo impedimento legal para su causación acorde a las voces del Decreto 758/90 art. 13 siguiéndose entonces la confirmación del fallo recurrido en cuanto no accedió al reconocimiento de las mesadas pensionales, por el segmento de tiempo anhelado, esto es 8 Septiembre /00 a 1 Mayo/02".

III.- EL RECURSO DE CASACIÓN.-

Inconforme con la anterior decisión, la parte recurrente pretende que la Corte case totalmente la sentencia del Tribunal, y en sede de instancia, revoque la del Juzgado, accediendo a las pretensiones de la demanda inicial.

Para tal efecto formuló tres cargos, que fueron replicados, así:

CARGO PRIMERO.- Con fundamento en la causal primera de casación laboral "POR LA VÍA DIRECTA, acuso la sentencia de ser violatoria de la Ley Sustancial en la modalidad de interpretación errónea del Artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, en relación con los Artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, en relación con los Artículos 259 y 260 del C. S. del T., en relación con el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Todo lo anterior, en relación con el Artículo 8° del Decreto Ley 0433 de 1971 y el Artículo 8° de la Ley 71 de 1988".

Señala el censor que el Tribunal incurrió en la violación denunciada, porque confundió el significado de los vocablos "causar el derecho y percibir la pensión", pues el derecho a la pensión se causa cuando el trabajador cumple los requisitos, y se entra a disfrutar de ella, cuando demuestra que se ha desafiliado del seguro social. El Juzgador se equivoca cuando considera que es obligación del trabajador desafiliarse, para ser acreedor al derecho reclamado.

Concluye precisando que "un correcto entendimiento de la norma en cita, no puede ser otro que la pensión se debe reconocer desde cuando causa (sic) el derecho, pero, solo la puede percibir,

cuando demuestre su desafiliación, sin que ello signifique que entonces se debe reconocer solo y a partir de esta fecha, menos aún, que la fecha de causación de la pensión está al arbitrio de la Entidad demandada, por cuanto la Ley es la que determina la fecha de su génesis".

La oposición por su parte anota que el censor introduce indebidamente argumentos de orden fáctico, cuando afirma que el Tribunal no se percató de que el seguro social no dio cumplimiento a la norma acusada, pues "no exigió del trabajador asegurado como tampoco de su Empleador, la desafiliación para reconocer el derecho pedido". Asevera que si en gracia de discusión se estudiara el fondo del asunto, lo cierto es que el Tribunal no podía acceder a la pensión si el actor continuaba afiliado al ISS, por expresa prohibición legal, contenida en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, y en los artículos 5°, 25, 64 y 65 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 del mismo año, los cuales establecen que para poder percibir la pensión de vejez, debe estar desafiliado del régimen.

CARGO SEGUNDO.- Acusa la sentencia por la vía directa, "de ser violatoria de la Ley Sustancial en la modalidad de infracción directa del Artículo 8° de la Ley 71 de 1988, en relación con el Artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, en relación con los Artículos 72 y 76 de la Ley 90 de 1946, en relación con los Artículos 259 y 260 del C. S. del T., en relación con el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993".

En la demostración del cargo aduce el impugnante que el Tribunal no tuvo en cuenta lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 71 de 1988 acusado, dado que la Entidad de seguridad social debe comunicar al empleador sobre el cumplimiento por parte del trabajador de los requisitos para acceder al derecho reclamado, con el fin de que determine lo que sea conducente en torno a la vinculación laboral de su empleado.

Se replica el ataque, con la anotación de que es confuso en cuanto se denuncia la infracción directa del artículo 8° de la Ley 71 de 1988, pero en la sustentación se refiere el impugnante a la aparente interpretación errónea del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990. Por lo demás, el Tribunal no dio una inteligencia a la citada disposición, "toda vez que lo único que hizo el I.S.S., fue sujetarse a lo claramente previsto por dicha norma, esto es, esperar a que se desvincule de la entidad de seguridad social, para comenzar a pagarle su mesada pensional". Referente al artículo 8° de la Ley 71 de 1988, regula la pensión por aportes, totalmente diferente a la que aquí se reclama, que es la de vejez.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

La Corte por razones de método estudiará en forma conjunta los dos primeros cargos elevados contra la sentencia de segundo grado, en cuanto se orientan por la vía directa, denuncian en esencia la trasgresión de las mismas normas y persiguen idéntico objetivo.

Cuestiona la oposición las alusiones que hace el recurrente en el primer cargo, a situaciones de orden fáctico; no obstante que le asiste razón, esa constatación no es suficiente para que sea desestimado, en cuanto no se trata de las conclusiones de hecho básicas del Tribunal, y además, la sustentación que se hace de la presunta violación del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990,

aprobado por el Decreto 758 del mismo año, es en verdad jurídica, y en esa medida la acusación es completa pudiendo ser estudiada de fondo conforme a lo previsto en el artículo 51 del Decreto 2651 de 1991, convertido en legislación permanente por el artículo 162 de la Ley 446 de 1998.

El Tribunal dio por probados los siguientes hechos fundamentales, que no se cuestionan en el cargo: que el demandante cumplió 60 años de edad el 8 de septiembre de 2000; que para ese entonces había acreditado los demás requisitos para acceder a la pensión de vejez a cargo del I.S.S.; y que para esa fecha estaba cotizando al Instituto, circunstancia que continuó por cuenta de Hilandería Fontibón hasta el 10 de octubre de 2001 y por parte de la empleadora Empresa de Energía de Bogotá, hasta julio de 2002.

Puestas así las cosas, el problema jurídico a dilucidar gira en torno a la determinación, a la luz de lo previsto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, la fecha a partir de la cual debía hacerse el reconocimiento pensional en el sub lite. Para el Sentenciador Ad quem, era a partir del momento en que ocurrió la desafiliación definitiva del actor del sistema de seguridad social, mientras que para el recurrente debió ser desde que el interesado cumplió los 60 años de edad, es decir, cuando adquirió el derecho por el cumplimiento de requisitos, aunque el pago debía hacerse una vez demostrada la desafiliación y de manera retroactiva.

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispone que "La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma". A su turno, el artículo 35 de la misma normatividad preceptúa que "Las pensiones del seguro social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión".

De lo expuesto resulta, que no se equivocó el Sentenciador de segundo grado en la inteligencia que dio a la norma acusada, cuando consideró que si el actor una vez reunidos los requisitos para gozar de la pensión de vejez continuó cotizando al régimen de seguridad social en pensiones, el disfrute de misma no podía darse a partir de ese momento sino desde la desafiliación definitiva.

Al respecto bien cabe señalar, que una vez causada la pensión al cumplimiento de los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidas normativamente, nada impide al afiliado contribuir al financiamiento del Sistema, y en especial, ejercer el derecho de mejorar el monto de la mesada pensional, cuya liquidación guarda parcialmente proporcionalidad con el número de cotizaciones que supere el mínimo legal.

Ciertamente el I.S.S., no está autorizado para desafiliar a un beneficiario del seguro de Invalidez, Vejez y Muerte invocando la causación del derecho; las normas le han reservado al afiliado, la facultad de continuar cotizando. La desvinculación del Sistema es una potestad reservada al trabajador y en algunos casos, extendida también al empleador.

Ahora bien, aunque el Tribunal se equivoca cuando afirma "tal como se aprecia, para esas calendas aun se encontraba afiliado al I.S.S., existiendo impedimento legal para su causación", en cuanto la desafiliación en realidad tiene incidencia frente al disfrute y no frente a la causación de la pensión, esta confusión terminológica finalmente no tuvo incidencia en el sentido de la decisión, que estuvo en armonía con el correcto entendimiento de la norma acusada.

Respecto al tema debatido, la Corte se pronunció entre otras, en sentencia de 24 de marzo de

2000, radicación 13425, algunos de cuyos apartes se considera oportuno reproducir, así:

"Tal como lo resalta el impugnante, no es dable confundir la causación de la pensión de vejez con su disfrute. La primera ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente; en cambio, el disfrute de la pensión y su cuantía definitiva, una vez causada la pensión, están en función del momento en que lo solicite el afiliado, pero siempre y cuando haya acreditado su desafiliación al seguro de vejez.

"Así lo entendió en lo fundamental el tribunal, al aplicar e interpretar acertadamente el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que no tiene el sentido pretendido por la censura. Al respecto cabe precisar que, reunidos los requisitos mínimos del régimen de beneficio definido prescritos en los reglamentos o en la Ley, puede el asegurado solicitar la pensión de vejez que se ha causado en su favor. Mas, como es lógico, la tramitación de su petición puede requerir de un tiempo prudencial mientras el ente asegurador comprueba que se han cumplido satisfactoriamente las condiciones respectivas. Entretanto continuará el pago de las cotizaciones que muy seguramente aumentarán el valor de la pensión reclamada.

"La desafiliación del seguro de invalidez, vejez y muerte puede disponerla el Instituto de Seguros Sociales por iniciativa del empresario o por petición del interesado en obtener la referida pensión, siempre que haya acreditado los requisitos pertinentes.

"Precisamente una de las finalidades de la pensión es reemplazar el salario, esto es, suplir la pérdida de ganancia del mismo.

"Ello tiene su razón de ser en beneficio de los propios afiliados, quienes de adoptar la hermenéutica pretendida por la acusación, verían menguada en muchos casos la cuantía de su pensión, dado que no obtendrían la liquidación de la misma con base en todas las cotizaciones efectivamente sufragadas, sino con las satisfechas hasta el momento en que formularon su solicitud. No debe olvidarse que como lo pregona el mismo precepto del reglamento invocado, para efectos del monto definitivo de la pensión 'se tendrá en cuenta hasta la última semana cotizada por este riesgo'".

Y es que el requisito de la desafiliación debe exigirse, porque con él se pone límite al ejercicio del derecho de cotizar, esto es, congelar la última cotización para poder así saber cuál es el último aporte, presupuesto necesario para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo, en cuanto señala que para liquidar la pensión de vejez "se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo".

En cuanto al artículo 8° de la Ley 71 de 1988, la censura lo denuncia como pasado por alto por el Tribunal, pero como apoyo para desentrañar el verdadero sentido del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, se advierte, que las normas aludidas regulan dos momentos distintos del trámite de reconocimiento y pago pensional. El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, regula cómo se ha de proceder para el reconocimiento pensional, y el artículo 8° de la Ley 1988, en lo que refiere el impugnante, los pasos que se han de dar por el seguro social, una vez se haya reconocido la pensión. De manera tal que lo establecido en cada una de esas normas, en nada altera el significado de la otra como lo pretende el recurrente.

Por las razones anteriores, no incurrió el Tribunal en los desaciertos jurídicos que se le endilgan y en esa medida los cargos no prosperan.

CARGO TERCERO.- Acusa la sentencia de ser violatoria de la ley sustancial "en la modalidad de infracción directa del Artículo 8° del Decreto Ley 0433 de 1971, en relación con el Artículo 128 de la Constitución Nacional, en consonancia con el Artículo 49 del mencionado Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en relación con el Artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 190 (sic) y el artículo 8° de la Ley 71 de 1988, en relación con el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993".

En el desarrollo de la acusación asevera el censor, que existe norma que hace compatible la pensión reclamada con cualquier otra pensión o ganancia ordinaria, y que por tanto, no existe obstáculo para que se propenda por el reconocimiento de la pensión, desde cuando la solicitó el trabajador. Hace referencia a jurisprudencia de la Sala sobre la concurrencia de las pensiones de jubilación y las sustituciones pensionales del sector público.

Agrega que la pensión es del trabajador y es él quien debe definir el reconocimiento y pago de la misma, a partir de la fecha en que estima, le corresponde recibir el beneficio por el cual ha aportado durante tantos años. "No puede quedar en manos de la administradora de tales dineros, la fecha a partir de la cual reconoce ese derecho, pues no se respetaría la voluntad del trabajador manifiesta por demás en el momento mismo en que acude a pedir su derecho".

La réplica sostiene que la argumentación del cargo es confusa, pues no se sabe si lo que pretende el censor es la compatibilidad de la pensión reconocida por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, con la otorgada por el ISS, caso en el cual se trataría de un hecho nuevo, inadmisibles en casación.

VI.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

En relación con las alegaciones que trae el cargo, atinentes a la procedencia del reconocimiento pensional a partir de la fecha de causación del derecho, la Corte se remite a lo expuesto con ocasión de las acusaciones precedentes.

Ahora bien, la restante argumentación del censor, como acertadamente lo anota la oposición, aborda temas que nada tienen que ver con el pleito sometido a la jurisdicción, pues en la demanda inicial no se planteó controversia alguna sobre compatibilidad pensional. Como lo ha reiterado la Corte, en casación no puede modificarse el petitum de la demanda inicial ni plantearse hechos nuevos no discutidos en las instancias, porque tal comportamiento desconoce el debido proceso y atenta contra el derecho de defensa de la otra parte.

El cargo se desestima.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente.

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 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 19 de marzo de 2004, en el proceso instaurado por JOSÉ EUSEBIO GUTIÉRREZ SALCEDO contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente.

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

Eduardo López Villegas

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

CARLOS ISAAC NADER

Luis Javier Osorio López FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO

ISAURA VARGAS DÍAZ

marÍA ISMENIA GARCÍA MENDOZA

Secretaria

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

