

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

Radicación N° [35984](#)

Acta N° 04

Ficha	CSJ_SCL_35984(15_02_11)_2011 CSJ_SCL_35984(15_02_11)_2011
Convenciones	
Color agua	Azul Ratio Decidendi

Bogotá D.C., quince (15) de febrero de dos mil once (2011).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por HENRY DE JESÚS RINCÓN CÁRDENAS, contra la sentencia calendada 31 de agosto de 2007, proferida en descongestión por la Sala Civil Familia Laboral Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, dentro del proceso ordinario adelantado por el recurrente contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Téngase al doctor ORLANDO BECERRA GUTIÉRREZ como apoderado del Instituto de Seguros Sociales, en los términos y para los efectos del memorial que obra a folio 50 del cuaderno de la Corte.

I. ANTECEDENTES

El citado accionante demandó al Instituto de Seguros Sociales, a fin de que se le declarara que tiene derecho a la pensión vitalicia por vejez, y como consecuencia de ello, se le condenara a pagar a su favor dicha prestación económica, en cuantía igual al salario promedio de los dos últimos años y no inferior al salario mínimo legal, las mesadas pensionales y adicionales “desde la fecha de causación del derecho”, junto con los intereses legales y moratorios previstos en el artículo [141](#) de la Ley 100 de 1993, los reajustes de ley, las prestaciones asistenciales, lo que resulte ultra o extrapetita y a las costas.

Fundamentó sus pretensiones en que fue afiliado obligatorio del I.S.S., en calidad de trabajador dependiente de empleadores de carácter particular; que al considerar que tenía derecho a obtener la pensión vitalicia de vejez, el 17 de septiembre de 1998, solicitó a esa entidad su reconocimiento y, para tal efecto, aportó toda la documentación exigida; que mediante Resolución No. 013806 de 1998 la demandada le negó la prestación, la cual fue recurrida en reposición y en subsidio apelación que hasta la fecha de presentación de la demanda no habían

sido resueltos; y que de esta forma quedó agotada la vía gubernativa en los términos de los artículos [6°](#) y 11 del C. P. del T. y de la S.S..

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

La accionada al contestar la demanda, se opuso al éxito de las pretensiones por ausencia de los presupuestos fácticos y normativos necesarios para su prosperidad. Frente a los hechos admitió la afiliación del demandante, la solicitud que éste le hizo para el reconocimiento de la pensión de vejez y su negativa a concederla, así como la interposición de los recursos y el agotamiento de la vía gubernativa. Propuso como excepciones las que denominó ausencia del requisito de densidad de cotizaciones y prescripción.

En su defensa adujo, que de acuerdo con la historia laboral del actor, éste figura como afiliado al ISS a partir del 1° de enero de 1967 y hasta el 1° de marzo de 1983, y luego aparece vinculado para los períodos habidos entre el 24 de marzo de igual año y el 30 de noviembre de 1985, el 1° de enero de 1986 y el 31 de diciembre de 1990, del 1° de enero al 1° de febrero de 1991 y del 1° de abril de 1991 hasta julio de 1998; más sin embargo, en el lapso específico del “24 de enero de 1983 y el 31 de diciembre de 1990”, solo cotizó para salud mas no para pensión, por encontrarse en la actividad 91 en calidad de jubilado, esto es exonerado para el riesgo de vejez; y agregó que por tener esa condición de jubilado de la Empresa de Energía de Bogotá, fue que en el acto administrativo dictado por el ISS se confirmó “la negativa a reconocer la Pensión de Vejez, según el cual <...la verdadera razón para no acceder a conceder la Pensión solicitada es por no tener el carácter de compartida y al contabilizar las semanas hasta la fecha en que lo pensionó la empresa de ENERGÍA ELÉCTRICA, 27 de diciembre de 1982, solo contabiliza 834 semanas cotizadas, razón por la cual solo es procedente la indemnización sustitutiva...>”.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue proferida el 20 de mayo de 2005 y en ella el Juez Doce Laboral del Circuito de Bogotá, condenó al Instituto de Seguros Sociales a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez, a partir del 2 de junio de 1997, cuando cumplió 60 años de edad, en cuantía no inferior al salario mínimo legal, junto con los incrementos legales y a las costas del proceso; así mismo declaró no probadas las excepciones propuestas.

Para arribar a esa decisión, el a quo estimó que el actor era beneficiario del régimen de transición, y por tanto, al haber cotizado más de 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 60 años, concretamente 834, reúne los requisitos exigidos para acceder a la pensión de vejez, en los términos del Acuerdo [049](#) de 1990 aprobado por el Decreto [758](#) de igual año. La pensión, resulta según el a quo, compatible con la pensión de jubilación convencional, que se le había concedido al demandante antes del 17 de octubre de 1985, según lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral, lo cual lleva a su reconocimiento, sin que proceda el pago de intereses legales y moratorios ya que esa prestación de vejez no es de aquellas del nuevo régimen de seguridad social.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la parte demandada conoció del proceso la Sala Civil Familia Laboral Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, quien en descongestión profirió la sentencia fechada 31 de agosto de 2007, mediante la cual revocó en todas sus partes el fallo de primer grado, para en su lugar absolver al ISS de las pretensiones formuladas en su contra, y se abstuvo de imponer costas del proceso.

El ad quem consideró que debía absolverse al I.S.S. de la pensión de vejez reclamada mediante esta acción, por cuanto tal prestación fue reconocida en el curso de esta contienda, antes de que se proferiera la sentencia de primera instancia, según la resolución No. 000743 del 9 de diciembre de 2003, cuya motivación por involucrar también una decisión relativa a la compartibilidad pensional en relación con la pensión de jubilación otorgada por la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP, para su estudio debió vincularse a la litis a dicha empleadora, lo cual como no se hizo resulta ser un tema que no sería objeto del proceso, y por tanto no es posible que del mismo se entre a efectuar pronunciamiento alguno en la alzada.

Expresamente la Colegiatura fundó su decisión en lo siguiente:

“(.....) Se presenta en este caso la siguiente situación:

1. No es claro el actor cuando al exponer los presupuestos fácticos de su pretensiones, da a entender que el derecho a acceder a la pensión de vejez lo adquirió con base en aportes de empleadores particulares, a los que él prestó servicios, sin siquiera mencionarlos, mientras en el escrito por medio del cual interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación (fls. 4-5) contra la resolución No. 013806 de 5 de noviembre de 1998 que también acompaña (fl. 3), a través de la cual el ISS le negó inicialmente la prestación solicitada, asegura que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá EEEB le reconoció pensión convencional de jubilación y agrega: <cuando me jubilé en el año 1982... por disposición de la convención colectiva de trabajo continué cotizando al ISS, PARA TODO RIESGO, en particular para IVM...>, de donde, fácilmente, se deduce que la pensión solicitada al ISS es la que el actor estima le corresponde por haber continuado cotizando a dicho Instituto después de haber accedido a la pensión convencional.

En dicha resolución, el ISS sustentó su negativa en que el actor no era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993 y tampoco del de la misma ley por no acreditar el requisito del número de cotizaciones exigido, puesto que no tenía ninguna (cero cotizaciones).

2. Cuando se presentó la demanda (27 de octubre de 1999), todavía no se había desatado el recurso de reposición, puesto que la Resolución 023558 que así lo hizo tiene fecha 10 de noviembre de 1999 (fls. 33-34). En este acto, aunque el ISS rectifica lo aducido sobre la ausencia total de cotizaciones, solo reconoce que el actor registra 834 semanas, pues argumenta que, como la pensión reconocida por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá no es compartible, resulta improcedente contabilizar, para efectos de reconocer la pensión solicitada por el señor RINCÓN CÁRDENAS, las realizadas cuando ya éste ostentaba la condición de pensionado, por tanto niega la reposición concede el recurso de apelación.

Idénticos argumentos esgrime la parte demandada para oponerse a las pretensiones de la demanda.

3. La demandada presentó documentos que dijo forman parte del expediente administrativo del actor, entre los cuales se encuentran las resoluciones mencionadas, constancia expedida por la Gerente Administrativa de la Empresa de Energía de Bogotá, sobre vinculación del demandante como trabajador activo de esa entidad desde el 19 de septiembre de 1957 al 26 de diciembre de 1982 (fl. 42) y copia de la Resolución 019 de 7 de enero de 1982, mediante la cual le fue reconocida la referida pensión convencional al demandante (fl. 43).

4. Por haberlo solicitado el actor en su demanda (fl. 12) y decretado el juzgado dentro de la primera audiencia de trámite celebrada el 4 de diciembre de 2003 (fl. 53), el ISS aportó copia del expediente del asegurado RINCÓN CÁRDENAS HENRY DE JESÚS (fls. 88-230).

De dicho expediente forma parte la Resolución 000743 de 9 de diciembre de 2003, por medio de la cual el Gerente Seccional de Cundinamarca y D.C. del Instituto de Seguros Sociales resolvió el recurso de apelación interpuesto por el demandante, revocando la Resolución No. 013806 de 5 de noviembre de 1998 que negó la pensión de vejez al señor HENRY DE JESÚS RINCÓN CÁRDENAS y en su lugar dispuso reconocerle la pensión por vejez solicitada a partir del 2 de junio de 1997 en las cuantías allí contempladas para cada año, junto con las mesadas adicionales y el retroactivo resultante. Dispuso que el valor del retroactivo por valor de \$90.447.236 se girará al EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ. En la resolución se explica que la liquidación se basó en 1164 semanas cotizadas, que el ingreso base e liquidación fue de 84% y que <si bien el régimen de transición permite el reconocimiento de la prestación económica con el número de semanas, la edad y el monto de la pensión del régimen anterior el ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas.... que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado durante el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuera superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al Consumidor, según certificado que expida el DANE> (fls. 121-124).

Para el reconocimiento de la pensión en la referida resolución se tuvo en cuenta:

- Que el actor cumplió la edad de 60 años el 2 de junio de 1997, por cuanto acreditó haber nacido los mismos día y mes de 1937, con la correspondiente partida de bautismo.

- Que de conformidad con el inciso 1 del artículo [76](#) de la ley 90 de 1946, aunque no se trata de una pensión compartida, el ISS podía subrogar al ente estatal Empresa de Energía de Bogotá en la obligación pensional, en la cuantía reconocida de acuerdo con las cotizaciones, <suma que es compatible con la parte en que el Instituto no conviene subrogar>.

- Que teniendo en cuenta lo anterior, el empleador continuó cotizando al Sistema General de Pensiones hasta el 30 de julio de 1998, cotizaciones que son válidas para efectos de reconocimiento de prestaciones, según la Circular No. 492 de mayo 9 de 2002, emanada de la Dirección Jurídica Nacional y la Vicepresidencia de Pensiones, ya que, además, se cumple el requisito de contar con la manifestación de la ex empleadora sobre que las cotizaciones realizadas tenían el propósito de ser subrogada por el ISS en la pensión que le reconoció a su ex trabajador, según oficio 2003 35715 de 5 de noviembre de 2003, en el que la Gerencia Administrativa de la Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP expresa que debe reconocerse la pensión al señor RINCÓN CÁRDENAS.

- Que según la Circular No. 433 de la Dirección Jurídica Nacional y Gerencia Nacional de Atención al Pensionado el actor se encuentra en el Régimen de Transición y por tanto les es aplicable el artículo [12](#) del Acuerdo 049 de 1990 (Decreto 758 de 1990), según el cual para tener derecho a la pensión de vejez, en el caso de los hombres se requiere tener 60 años de edad y haber acreditado un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 sufragadas en cualquier tiempo para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte.

- Que el asegurado cotizó válidamente al régimen de pensiones administrado por el ISS, desde el

1 de enero de 1967 hasta el 31; de diciembre de 1994 1043 semanas y desde enero de 1995 hasta el de julio de 1998, 197 semanas, para un total de 1240 semanas cotizadas por toda la vida laboral.

- Que teniendo en cuenta que el empleador continuó cotizando al Sistema General de Pensiones hasta el 30 de julio de 1998, siendo que su obligación se extendía solo hasta el cumplimiento de la edad del asegurado, el retroactivo generado desde cuando el actor ajustó los 60 años hasta la expedición del acto, le corresponde a la ex empleadora.

Como quiera que contra dicha resolución no era procedente ningún recurso quedó en firme el mismo día de su expedición.

A folio 120, formando parte del expediente administrativo del actor, obra listado de pensionados que deben ingresar a la nómina de febrero de 2004, entre los que figura el señor RINCÓN CÁRDENAS HENRY, ya que también en la resolución se ordenó incluirlo en nómina a partir de ese mes.

5. Inexplicablemente, la señora Juez pasó por alto que al actor ya la demandada le había reconocido la pensión por él reclamada, dejando aun lado la discusión sobre la no aplicación del régimen de transición y el déficit de semanas cotizadas y, a través de la sentencia recurrida, reconoció la pensión al actor, pero aplicando la hipótesis de las 500 semanas cotizadas en la forma prevista en el artículo [12](#) del Acuerdo 049 de 1990, resultando evidente que las que tuvo en cuenta la señora Juez a quo se encuentran comprendidas en las 1164 semanas en las que se basó el ISS para conceder la pensión y hacerlo en proporción del 84% del IBL.

Por su parte, también el Instituto de Seguros Sociales, por conducto de su apoderado, ignorando su propia resolución, sigue empeñado en afirmar que el actor no puede acceder a la pensión por él solicitada, debido a la deficiencia en el número de cotizaciones, aunque tales argumentos no son aceptables, de todas maneras, habrá de revocarse la sentencia apelada y en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones incoadas, puesto que ya lo pretendido por el actor le fue concedido un año, 4 meses y 20 días, antes de proferirse la sentencia de primera instancia, debiéndose destacar que si no se tuvo en cuenta, como base de liquidación, el salario promedio de los últimos dos años anteriores a la causación de la pensión fue porque la parte pertinente del artículo [36](#) de la Ley 100 que así lo disponía, fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en Sentencia C-[168](#) de 1995.

Extraña, igualmente, que el actor hubiese guardado silencio en relación con el reconocimiento de la pensión que ya hizo en su favor el ISS y, por el contrario, insista, al alegar en segunda instancia, en que se confirme la sentencia.

6. La Resolución 000743 de 9 de diciembre de 2003 involucra una decisión relativa a la compartibilidad de la pensión al actor reconocida, la cual si bien afecta directamente a éste, también involucra a la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP, la cual no fue vinculada a este proceso, ni ese preciso tema ha sido objeto del mismo, por lo que el Tribunal no puede pronunciarse al respecto”.

V. EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la parte demandante con fundamento en la causal primera de casación laboral contemplada en el artículo 60 del Decreto 528 de 1964, con el cual pretende, según lo dijo en el alcance de la impugnación, que se CASE totalmente la sentencia recurrida, y en sede de instancia

la Corte confirme el fallo condenatorio de primer grado, proveyendo lo que corresponda por costas.

Con tal objeto formuló tres cargos que fueron replicados, de los cuales por cuestiones de método se despachará inicialmente el tercero que está orientado por la vía indirecta, para luego abordar el estudio de los dos restantes encauzados por la senda directa.

VI. TERCER CARGO

Acusó la sentencia impugnada de violar por la **vía indirecta** la ley sustancial, en el concepto de **aplicación indebida** por violación de medio, respecto de "...las normas procesales contenidas en los artículos [304](#) y [305](#) del Código de Procedimiento Civil, aplicable en esta sede por remisión analógica expresa del artículo [145](#) del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y en consonancia con lo dispuesto en Artículo 66 del mismo Estatuto Procesal; violación de medio que condujo a la aplicación indebida del artículo [12](#) Literal a) Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto [758](#) de 1990; en relación con los artículos [60](#), [61](#), y [66A](#) del C.P.T. y de la S.S.; en consonancia con los artículos [25](#), [48](#), [53](#) y [58](#) de la Constitución Política de 1991; en consonancia con el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993; y en consonancia con el artículo [36](#) del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto [758](#) de la misma anualidad".

Como errores evidentes de hecho en que incurrió el Tribunal, señaló:

“1°. No dar por demostrado, estándolo hasta la saciedad, que conforme las voces que emanan de la Resolución N°. 000743 de 2.003, se tiene precisamente que el Instituto de Seguros Sociales no procede a reconocer y ordenar pagar la pensión deprecada de acuerdo a los reglamentos y disposiciones que regían para la época de causación del derecho.

2°. Dar por demostrado, sin estarlo, que la pensión deprecada ya fue reconocida por el Seguro Social, sin tener en cuenta en orden estricto lo antes acotado.

3°. No dar por probado, estándolo, conforme a documento auténtico que proviene de la propia demandada y que obra a folio 92, se señala por el ISS que la pensión convencional reconocida en 1983 no es compartida. No se remitió autorización para el giro del retroactivo al empleador. La resolución de reconocimiento de la pensión no lo estipula. No se cumplió con las Circulares 502 y 516 de 2002”.

Relacionó como pruebas erróneamente apreciadas, las resoluciones Nos. 000743 del 9 de diciembre de 2003 obrantes a folios 121 a 124, y 019 de 1983; y dejado de apreciar el oficio 016200 del 26 de diciembre de 2003, emanado de la Gerente Nacional de Atención al Pensionado.

Para su demostración efectuó el siguiente planteamiento:

“(....) La actividad de apreciación y valoración de las pruebas por el Tribunal Superior, fue errónea y condujo a los evidentes errores de hecho enrostrados, pues al apreciar equivocadamente las resoluciones antes referidas, no tuvo en cuenta para nada, que la proferida por el ISS no llena con creces la normatividad en que se fundamenta pues decide a motu proprio girar una prestación a un tercero sin su expreso consentimiento, y en contravía por demás de lo dicho en el texto de la Resolución proferida por el empleador jubilante Empresa de Energía de Bogotá, pues en dicho acto, no se expresa para nada por parte del patrono jubilante que dicha prestación es compartida.

Del texto de las resoluciones mal apreciadas por el sentenciador, se desprende sin equívocos, que la labor desarrollada por el Ad quem, fue errada y contradictoria en cuanto a los documentos individualmente considerados, los cuales conducen a concluir una realidad distinta a lo considerado y resuelto por el Tribunal. Del texto de los mismos, emana con fuerza que no le asiste fundamento al Tribunal para pregonar -como así lo hiciere- que la pensión solicitada haya sido satisfecha conforme lo manda la ley sustancial y los reglamentos que rigen para el ISS, pues aunque es un hecho cierto, que la pensión de vejez fue reconocida al Actor, no menos cierto es, que la misma se reconoce contrariando la ley sustancial.

El oficio que obra a folio 92 del cuaderno principal, que no fuere tenido en cuenta por el Tribunal en la apreciación en conjunto de los medios probatorios, echa por tierra sin lugar a dudas, no sólo la legalidad del acto mediante el cual se ordena reconocer y pagar la pensión de vejez al trabajador, y de contera girar el retroactivo a la empresa jubilante, sino también lo considerado y resuelto por el fallador de segundo grado en el sentido de afirmar que la pensión de vejez deprecada le fuere reconocida al Actor en la forma que real y legalmente corresponde. Refuerza lo anterior, las voces que trae dicho documento auténtico, pues se expone y afirma por parte del ISS asegurador, que la pensión convencional reconocida al Actor no es compartida, y por ende, no puede tenerse como cierto, que la vejez haya sido reconocida.

Por otra parte, lo que precede, muestra con claridad palmaria que se presenta sin hesitación una errada apreciación por parte del sentenciador de tales pruebas documentales, al determinar y considerar que la parte demandante no es acreedora a la pensión de vejez solicitada pues ya le fue reconocida, lo cual no es cierto, porque como bien se desprende de los documentos mal apreciados y dejados de apreciar por el Tribunal, la pensión deprecada aún no le ha sido reconocida al Actor en la forma que realmente corresponde.

Con más fuerza fluye la violación de medio pregonada, si se tiene en cuenta que igualmente el sentenciador Ad quem desborda los principios de congruencias y consonancia que deben guardar las sentencias proferidas, en cuanto a la apelación formulada por el ISS contra el fallo de primera instancia, por cuanto la apelación sólo se limita de manera llana a atacar el fallo bajo el argumento de que no le asiste el derecho a la pensión al asegurado demandante. En cuanto lo considerado por el Tribunal no fue materia de discusión en primera instancia, bajo el entendido que la demanda introductoria y su contestación, versan exclusivamente sobre el (sic).

Vista las aludidas consideraciones, son suficiente para que este último cargo prospere, pues resulta evidente que el sentenciador de segundo grado incurrió en los ostensibles y manifiestos errores de hecho enrostrados en el cargo, que llevarán sin lugar a equívocos al quebranto de la sentencia confutada, y de contera a que esa Honorable Sala proceda de conformidad con el alcance de la impugnación”.

VII. LA RÉPLICA

La réplica por su parte manifestó que en ninguno de los yerros endilgados pudo incurrir el fallador de segundo grado, pues contrario a lo afirmado por el recurrente, las pruebas denunciadas fueron bien apreciadas, pues, solo es posible colegir de la resolución No. 743 del 9 de diciembre de 2003 lo que se concluyó en la sentencia impugnada, esto es, que el ISS efectivamente ya había reconocido la pensión por vejez que se reclama a través de esta acción desde el 2 de junio de 1997.

VIII. SE CONSIDERA

Este cargo orientado por la vía indirecta, controvierte desde el punto de vista fáctico la conclusión del fallador de segundo grado, consistente en que la pensión de vejez reclamada había sido satisfecha en el curso del proceso conforme a la ley y los reglamentos del Instituto de Seguros Sociales. Según la censura, de las pruebas denunciadas, se colige que esa prestación no fue reconocida como corresponde, en la medida que, al extraerse de las mismas <su carácter de no compartida> en relación con la pensión de jubilación convencional que venía recibiendo el actor desde el año 1983, el retroactivo pensional no podía ser girado al empleador. Se duele que no se hubiera considerado este puntual aspecto al apreciar las pruebas documentales, como son: “a) Resolución No. 000743 de fecha 09 de diciembre de 2003 (folios 121, 122, 123 y 124). b) Resolución No. 019 de 1983”. También dejado de lado la información contenida en el documento no valorado, “Oficio No. 016200 de fecha 26 de diciembre de 2003, emanado por la Gerente Nacional de Atención al Pensionado”. Además, sostiene en la sustentación del ataque, que lo resuelto por el Tribunal no está en congruencia o consonancia con lo planteado en el escrito de apelación que formuló el demandado ISS contra la decisión de primer grado, puesto que no alegó la absolución por el reconocimiento de la pensión que se hizo en el curso de la contienda, sino que argumentó que al asegurado no le asistía el derecho a tal prestación.

Vista la motivación de la sentencia impugnada, en síntesis el ad quem estimó que el Instituto accionado debía ser absuelto, dado que el Juez de primera instancia pasó por alto que la pensión de vejez implorada en el presente proceso fue debidamente concedida a favor del demandante “un año, 4 meses y 20 días, antes de proferirse la sentencia de primera instancia”. Así se desprende de la resolución de reconocimiento No. 000743 del 9 de diciembre de 2003, expedida por el Instituto convocado al proceso, que hace parte del expediente administrativo aportado a folios 88 a 230, según la cual, al resolver el recurso de apelación interpuesto por el afiliado, se revocó la resolución No. 013806 del 5 de noviembre de 1998, que había inicialmente negado al demandante dicha prestación pensional, para en su lugar disponer su otorgamiento a partir del 2 de junio de 1997, por tener 1240 semanas validamente cotizadas, en las cuantías allí contempladas para cada año, junto con las mesadas adicionales, más el retroactivo resultante por valor de \$90.447.236,00 que se ordenó girar a la empleadora Empresa de Energía de Bogotá S.A. ESP. Esto último, por razón de “que el empleador continuó cotizando al Sistema General de Pensiones hasta el 30 de julio de 1998, siendo que su obligación se extendía solo hasta el cumplimiento de la edad del asegurado”. Además, la Colegiatura consideró que no podía pronunciarse sobre el tema de la compartibilidad de las pensiones que involucra dicha resolución, aun cuando afectara directamente al actor, por no haberse vinculado a la litis a la citada empresa ni controvertido este punto como objeto de esta acción judicial.

Planteadas así las cosas y al remitirse la Sala a las pruebas denunciadas, objetivamente se encuentra lo siguiente:

Respecto de la resolución No. 000743 del 9 de diciembre de 2003, obrante a folios 121 a 128, en lo que atañe estrictamente al retroactivo pensional, el Tribunal la apreció con error, si se tiene en cuenta que como lo pone de presente el recurrente, el propio Instituto de Seguros Sociales en la motivación de ese acto administrativo, que revocó la resolución No. 013806 del 5 de noviembre de 1998 y concedió la pensión de vejez al asegurado demandante con retroactividad al 2 de junio de 1997, admite que éste venía disfrutando de una “pensión de jubilación de naturaleza extralegal motivada por la Convención Colectiva de Trabajo a partir del 27 de Diciembre de 1982” y que por tanto era de <carácter no compartida>. Pese a ello el ISS consideró que el mencionado retroactivo le correspondía a la empleadora Empresa de Energía de Bogotá por el hecho de haber continuado cotizando al sistema general de pensiones hasta el 30 de junio de

1998.

Ciertamente al valorar y acoger la alzada la citada resolución No. 000743 de 2003, emitida por el Instituto accionado tiempo después de propuesta la demanda con que se dio apertura a la presente controversia, que se instauró el “14 de DICIEMBRE de 1999” (folio 14 del cuaderno del Juzgado), el Juez Colegiado quedaba obligado a abordar el estudio de la compartibilidad pensional, lo cual no hizo, a fin de poder establecer si, en los términos en que se reconoció la prestación por vejez, se estaba pagando o solucionando totalmente la obligación, que implicara una absolucón de la parte demandada como en efecto se decretó.

Lo anterior lleva a que también se hubiera apreciado equivocadamente la resolución No. 019 del 7 de enero de 1983, visible a folios 43 a 45, que da fe del otorgamiento de la pensión vitalicia de jubilación al actor sin ningún tipo de condicionamiento, a partir del 27 de diciembre de 1982, valga decir, con anterioridad al 17 de octubre de 1985 cuando entró a regir el Acuerdo [029](#) aprobado por el Decreto 2879 de igual año.

Así mismo, el oficio que refiere la censura como no apreciado, alude a la pensión convencional del accionante reconocida en el año 1983, esto es el calendado 26 de diciembre de 2003 y que aparece suscrito por la Gerente Nacional de Atención al Pensionado del ISS y que corre a folio 92, donde se señala que esa prestación extralegal “no es compartida” y agrega que no hay autorización para el giro del retroactivo al empleador.

Aquí es de anotar, que quien debe responder por el pago del retroactivo de las mesadas causadas es la entidad que otorga el derecho a la pensión de vejez, para el caso el Instituto de Seguros Sociales, y es por esto que no le asiste razón al Tribunal al exigir la vinculación a litis de la empresa empleadora que jubiló al demandante, para poder pronunciarse sobre la compartibilidad pensional.

Igualmente cabe destacar, que no es de recibo la argumentación del adquem, en cuanto a que el punto de la compartibilidad no fue materia de discusión en el proceso, pues al pretender la parte actora en la demanda inicial “Que se condene a la demandada a cancelar ... las mesadas adicionales y pensionales debidas al demandante, desde la fecha de causación del derecho” y derivadas del reconocimiento de la prestación por vejez, lo cierto es que las mencionadas mesadas vendrían a constituir el <retroactivo pensional>, y al encontrar que el ISS dispuso girarlo al empleador y no al afiliado, necesariamente debió estudiarse lo referente a dicha compartibilidad.

Aun cuando en los hechos que soportan las pretensiones, efectivamente no se alegó expresamente lo atinente a la <no compartibilidad pensional>, ello obedeció a que para el momento en que se presentó la demanda el 14 de diciembre de 1999, **aún no se había concedido la prestación de vejez por parte del ISS**, ya que conforme a lo narrado en el hecho quinto del libelo, dicha entidad la había negado mediante “resolución No. 013806 de 1998” (folio 8 del cuaderno principal), y fue posteriormente que surgió en el transcurso del proceso el hecho probado del otorgamiento de la pensión de vejez, mediante la mentada resolución No. 000743 de 2003, del 9 de diciembre de 2003.

Fue así como el demandante se vino a enterar en el curso del litigio, que el Instituto convocado había dispuesto con la resolución en comentario, que el retroactivo de la pensión de vejez, que ascendió a la suma de \$90.447.675.00, se le girara a la empleadora EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA. Lo cual conduce a que el Tribunal, al haber tenido como un hecho extintivo de la

obligación pensional reclamada, la sola circunstancia del otorgamiento de la prestación de vejez, dando por satisfecha la aspiración del accionante, no consideró en su verdadera dimensión que frente a dos pensiones que podrían ser compatibles, ameritaba el estudio detallado de quien realmente vendría a ser el titular de ese retroactivo, mientras duró el trámite administrativo ante el ISS. Ello está ligado a la <no compartibilidad pensional>, que refiere el anterior acto administrativo, para luego si poder establecer la existencia de un hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial materia del litigio, surgido después de entablada la demanda y trabada la litis, que pueda llevar eventualmente una absolucón total, análisis que omitió por completo el fallador de alzada.

Bajo esta órbita, se tiene que el Juzgador de alzada cometió los errores de hecho endilgados al determinar, con fundamento en el caudal probatorio recaudado, que estaba satisfecho el pago total de la obligación con el mero reconocimiento de la pensión de vejez, sin haber definido a quien realmente le correspondía el pago de las mesadas que se causaron hasta la fecha en que se resolvió conceder el derecho, que trae consigo el estudio de la compartibilidad o compatibilidad de las pensiones de jubilación y vejez.

Como colofón a todo lo anterior, prospera el tercer cargo, no siendo necesario el estudio de las dos primeras acusaciones por perseguir el mismo cometido. Por tanto, habrá de casarse la sentencia recurrida, que absolvió íntegramente al Instituto de Seguros Sociales.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

Como consideraciones de instancia a más de las expresadas al estudiarse el tercer cargo, encuentra la Corte que el Instituto de Seguros Sociales, al interponer el recurso de apelación contra la sentencia condenatoria de primer grado (folios 254 a 256 del cuaderno del Juzgado), controvirtió por una parte lo relativo a la densidad de semanas que tomó el fallador de primer grado para conceder el derecho pensional, bajo el argumento de que el actor no alcanzaba a tener 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, ni las 1000 semanas sufragadas en cualquier tiempo. De otro lado que “siendo la pensión convencional de la que goza el actor, reconocida por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá, el día 27 de diciembre de 1982, igual en su origen a la que se pretende reclamar, **no es posible la compartibilidad** con la prestación solicitada a la entidad demandada”, para lo cual se apoyó en algunos pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la imposibilidad de disfrutar simultáneamente de dos pensiones que amparan el mismo riesgo, correspondiéndole el retroactivo a la empleadora que cubrió la totalidad de la pensión, luego de haber acreditado el demandante los requisitos para acceder a la pensión de vejez (lo subrayado es del texto original y lo resaltado de la Sala).

En lo concerniente al primer punto de la apelación, queda sin fundamento lo alegado por el ISS, si se tiene en cuenta que dicha entidad al desatar la impugnación presentada por el afiliado contra la resolución que le había negado la prestación de vejez, finalmente le convalidó un total de 1240 semanas de cotización durante toda la vida laboral y así le reconoció el derecho cuestionado al accionante, conforme se desprende del contenido de la resolución No. 000743 del 9 de diciembre de 2003 (folios 121 a 128). Y frente al segundo aspecto, es un hecho indiscutido en esta litis, que al demandante, al arribar a los 45 años de edad y tener 25 años de servicios, se le concedió una pensión de jubilación convencional a partir del 27 de diciembre de 1982 en los términos de la resolución 019 del 7 de enero de 1983 de la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá (folios 43 a 45). En consecuencia ella es compatible con la pensión de vejez otorgada por el ISS en el curso del proceso, en atención a que la jubilación le fue concedida con anterioridad al 17 de octubre de

1985, esto es, cuando entró en vigencia el Acuerdo [029](#) aprobado por el Decreto [2879](#) del mismo año.

Lo anterior está acorde con lo adoctrinado por esta Sala, en el sentido de que sólo a partir del 17 de octubre de 1985 es factible compartir las pensiones de jubilación extralegales con las reconocidas por el Instituto de Seguros Sociales, a no ser que las partes hayan dispuesto expresamente en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre éstas, que las pensiones no serán compartidas. Por tanto, con antelación a esa calenda estas pensiones resultan ser compatibles. En sentencia del 10 de septiembre de 2002, con radicación 18144 y reiterada en decisiones del 30 de junio de 2005, 15 de junio de 2006, 7 de mayo de 2008 y 20 de octubre de 2009, radicados 24938, 27311, 32831 y 36775, respectivamente, sobre el tema se expresó:

“(…) El punto que se debate ya ha sido materia de estudio y decisión por esta Sala en varias ocasiones, dentro de ellas, a través de la sentencia del 18 de septiembre de 2000, radicación 14240, repetida en la del 30 de enero de 2001, radicación 14207 y 17627 del 30 de abril de 2002. Allí, en lo pertinente se dijo lo siguiente:

“3. En varias oportunidades la Corte ha dilucidado el alcance del acervo normativo señalado por el impugnante como entendido equivocadamente y ha concluido que la pensión extralegal reconocida por un empleador antes del 17 de octubre de 1985, cualquiera sea el acto que le haya impuesto dicha obligación prestacional, esto es, contrato de trabajo, convención o pacto colectivo, laudo, o conciliación, por regla general es compatible con la pensión de vejez que alguna entidad del sistema de seguridad social también reconozca al beneficiario de aquella jubilación. A menos, ha puntualizado la jurisprudencia aludida, que por voluntad expresa de las partes se haya acordado la incompatibilidad de dichas pensiones y, por lo mismo, la compartibilidad de la pensión legal de vejez con la voluntariamente otorgada por el empresario, siempre y cuando se cumpla con los requisitos y condiciones señalados en la ley.

“Díjose en la más reciente de las sentencias alusivas al problema jurídico planteado por el censor, al determinar los alcances del Acuerdo [224](#) de 1966, que durante la vigencia de éste no era viable que una pensión de origen voluntario se compartiera con la de vejez otorgada por el Instituto de los Seguros Sociales, habida consideración de que la posibilidad consagrada en ese precepto se circunscribe de manera exclusiva a las pensiones de naturaleza legal (rad. 12461, 30 de noviembre de 1999). Es decir, que antes de la expedición del Decreto [2879](#) de 1985, aprobatorio del Acuerdo [029](#) del mismo año, no era factible conmutar una jubilación extralegalmente reconocida por el empleador, al cumplir su pensionado directo la densidad de cotizaciones y la edad requeridas para la adquisición del derecho a la pensión de vejez.

“En oportunidad anterior, el 8 de agosto de 1997 (rad. 9444), reiterando y complementando toda la doctrina contenida en los fallos de casación del 17 de abril de 1997 (rad. 9045), 15 de diciembre de 1995 (rad. 7960) y 11 de diciembre de 1991 (rad. 4441), se sostuvo lo siguiente:

“Si bien, como se ha admitido en diversas sentencias de esta Sala, al momento de convenir la pensión extralegal las partes pueden acordar determinadas condiciones o limitaciones que hagan factible una eventual subrogación futura del riesgo amparado, con lo cual obviamente no se irrespetaría la voluntad de los contratantes ni la trascendencia legal y constitucional de la contratación colectiva, ello debe hacerse dentro del marco institucional estatuido en los reglamentos del seguro social.

“Y, de otra parte, el fundamento de la compatibilidad de las pensiones voluntarias otorgadas antes de octubre de 1985 no puede derivarse, como lo entendió equivocadamente el fallador, del Acuerdo [224](#) de 1966, por las razones que se exponen a continuación:

“1-. Filosofía y evolución normativa y jurisprudencial de la asunción de riesgos por el I.S.S. La Ley [90](#) de 1946 estableció en Colombia un sistema de subrogación de riesgos al Instituto de Seguros Sociales, de origen legal. Así se desprende de la lectura del artículo [72](#) cuando prescribió que las “prestaciones reglamentadas en esta ley, que venían causándose en virtud de disposiciones anteriores a cargo de los patronos, se seguirán rigiendo por tales disposiciones hasta la fecha en que el seguro social las vaya asumiendo por haberse cumplido el aporte previo señalado para cada caso...”

“A su vez, el artículo [76](#) dispuso que “El seguro de vejez a que se refiere la Sección Tercera de esta ley reemplaza la pensión de jubilación que ha venido figurando en la legislación anterior...”.

“De suerte que desde entonces existe claridad que la norma matriz de la seguridad social colombiana dispuso que las pensiones asumibles inicialmente por el seguro social eran las reglamentadas en dicha “ley”, las que venían figurando a cargo de los patronos en la “legislación anterior”; y por tanto, la pensión de jubilación que se transmutaba en pensión de vejez es la “que ha venido figurando en la legislación anterior...”.

“Corroboró lo anterior la Sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 9 de septiembre de 1982, que declaró exequibles los artículos [193](#) y [259](#) del C. S del T., [72](#) y [76](#) de la Ley 90 de 1946; [8](#), [24](#), [43](#) y [48](#) del Decreto extraordinario 1650 de 1977, en cuanto de ese importante pronunciamiento constitucional se desprende que la composición, extensión, condiciones y limitaciones del régimen de las prestaciones de los seguros sociales obligatorios a cargo del ISS quedó sometido a esas normas y a los respectivos reglamentos.

“Por la misma razón expresó la doctrina constitucional de la época, aún vigente, que <por voluntad expresa del propio legislador ordinario se crearon las siguientes situaciones jurídicas: a- de una parte al régimen legal sobre prestaciones sociales se le daba un carácter eminentemente transitorio; y b- por otro lado, las prestaciones sociales indicadas quedaban sometidas a una auténtica condición resolutoria, la cual venía a cumplirse en la oportunidad en la cual el Instituto Colombiano de Seguros Sociales asumiera los riesgos correspondientes> (subraya ahora la Sala).

“De suerte que inicialmente el legislador apenas dispuso la subrogación paulatina de prestaciones de origen legal, previstas en el código sustantivo del trabajo, motivo por el cual el Instituto se limitó en sus primeros reglamentos a fijar un régimen técnico de transición en el que no aparece prevista la subrogación de pensiones de distinta naturaleza, como son las de mera liberalidad del empleador, o en general las extralegales.

“En desarrollo de tal normatividad legal se expidió el Acuerdo [224](#) de 1966 del I.S.S., aprobado por el Decreto 3041 de 1966, que en los artículos [60](#) y [61](#) reguló la subrogación paulatina por el I.S.S. de la pensión de jubilación contemplada en el artículo [260](#) del código laboral y previó consecuencias para la pensión sanción, ambas de indiscutible origen legal.

“De modo tal, que bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales tan solo podía, por mandato de la ley, asumir gradual y progresivamente las pensiones de creación estrictamente legal, esto es las consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, tal como lo dispuso también el artículo [259](#) del mismo estatuto, al señalar que <Las pensiones de jubilación dejarán de estar a cargo de los patronos cuando el riesgo correspondiente sea asumido por el

Instituto Colombiano de Seguros Sociales, de acuerdo con la ley y dentro de los reglamentos que dicte el mismo instituto>. (Subrayado fuera del texto).

“Por lo tanto, bajo la vigencia de esas disposiciones el Instituto de Seguros Sociales no contaba con reglamentos ni previsiones legales que lo obligaran a hacerse cargo de aquellas pensiones que el empleador estuviera concediendo u otorgara a sus trabajadores por mera liberalidad o fruto de la negociación colectiva, y mucho menos puede afirmarse válidamente que lo que sucede es que las pensiones antaño extralegales devienen legales al cumplirse los requisitos del artículo [260](#) del código porque ese curioso darwinismo jurídico no tiene contemplación legal, dado que los derechos laborales que nacen y tienen su fuente obligacional como consecuencia de un acuerdo entre particulares, no pueden transformarse simplemente por ese prurito, huérfano de un sustento normativo expreso.

“Se advierte que esa situación se modificó parcialmente a partir de la vigencia del decreto ley [1650](#) de 1977 y más específicamente del Acuerdo [029](#) de 1985, aprobado por Decreto 2879 del mismo año, que en su artículo [50](#) dispuso: <Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

“<La obligación de seguir cotizando al seguro de invalidez, vejez y muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.

“<Parágrafo 1º-. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales>.

“La anterior disposición se hizo más explícita en el decreto [0758](#) de abril 11 de 1990, que aprobó el Acuerdo [049](#) del 1 de febrero de ese mismo año, cuando al regular en el artículo 18 la compartibilidad de las pensiones extralegales, señaló: <Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación, reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, (fecha en que fue publicado el decreto [2879](#) de 1985 en el diario oficial No.37192), continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado (subrayas fuera del texto).

<Parágrafo-. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales>.

“Así las cosas, resulta claro que el Instituto de Seguros Sociales tan sólo comparte las pensiones

extralegales cuando se causan con posterioridad a la vigencia del Decreto [2879](#) de 1985, es decir del 17 de octubre de ese año en adelante, si el empleador continúa aportando al Instituto para el seguro de vejez, invalidez y muerte, a menos que sean las mismas partes quienes acuerden que la pensión voluntaria patronal sea concurrente con la de vejez del I.S.S.

“En consecuencia, no se puede ignorar ni recortar el texto de esta preceptiva, desconociendo lo prescrito claramente por ella o reduciendo el asunto a una simple continuidad de cotizaciones patronales, porque lo que fluye de su diáfana redacción es que la compartibilidad sólo opera respecto de las pensiones voluntarias causadas desde la vigencia del precepto hacia el futuro porque, además, sólo así se respetan los derechos adquiridos. Y si la compartibilidad surge únicamente para ese tipo de pensiones - salvo acuerdo expreso en contrario -, es lógico que la dicha consecuencia no puede aplicarse de idéntica manera a las causadas con antelación a la entrada en vigor de la norma, so pena de transgredir no solamente ésta sino también el principio lógico que enseña que la expresa inclusión de una hipótesis supone la exclusión de las demás.

“Por esa misma razón, el axioma consistente en que como antes de la vigencia del Decreto [2879](#) de 1985 no estaba prohibido subrogar al ISS las pensiones extralegales de jubilación, era permitido hacerlo, no es válido en casos como éste, porque esa disposición aclaró con autoridad sus propios reglamentos anteriores, y además, se trata de una actividad técnica, propia de la seguridad social que se rige por previsiones y limitaciones que imponen los riesgos subrogados, a tal punto que esos reglamentos generales son típicos actos complejos que están directamente controlados por el ejecutivo quien los aprueba, sin que el ISS pueda motu proprio asumir con cierta laxitud todo tipo de prestaciones a cargo del empleador. Mucho menos le es permitido a los particulares imponer a la seguridad social cargas financieramente imprevistas y no consentidas por ella. De lo contrario, serían muchas las contingencias, acontecimientos y situaciones particulares que en nombre de la falta de prohibición tendría que soportar el Instituto, en desmedro de la solidez financiera de los derechos previsionales de los actuales asegurados, los que quedarían así indebidamente calculados y desamparados.

“2-. Por otro lado, los Reglamentos Generales del Instituto de Seguros Sociales no subrogan riesgos de cualquier manera frente a los peligros propios de la insolvencia económica o desaparecimiento del empleador. Para ello, existen disposiciones expresas, como la Ley 25 de 1971 y los Decretos [2677](#) de 1971 y [1572](#) de 1973 sobre “conmutación de las pensiones de jubilación del sector privado”, la cual procede en casos excepcionales tanto para las pensiones de jubilación legales como para las “convencionales”. Mediante esta figura el I.S.S. puede sustituir a la empresa obligada en el pago de la jubilación y demás derechos accesorios a ella. Opera principalmente en los casos de empresas en proceso de liquidación, cierre, notorio estado de descapitalización, disminución de actividades o desmantelamiento que pueda hacer nugatorio el derecho de jubilación de los trabajadores.

“Las pensiones conmutables no son solamente las causadas, sino también las que están en curso de adquisición por trabajadores que tengan más de diez (10) años de servicios a la respectiva empresa. A esta figura pueden acudir, debidamente legitimados: el trabajador de manera independiente, éste y la empresa, o el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Este, una vez ordenada la conmutación, no debe autorizar la liquidación ni el cierre de la empresa hasta tanto se le acredite la constancia del pago respectivo expedida por el Instituto de Seguros Sociales.

“Como se puede apreciar, en los reglamentos del I.S.S. existen mecanismos apropiados para que el empresario en épocas de crisis conmute aun las pensiones voluntarias a su cargo al Instituto de los Seguros Sociales. Lo que no puede aceptar la Corte es que se eluda ese procedimiento legal,

con el riesgo de que los pensionados tengan que perder ese derecho que han ganado con el esfuerzo de toda su vida laboral.

“3-. Además, si la Corte modificara su jurisprudencia sobre la no compartibilidad de las pensiones voluntarias causadas antes de octubre de 1985, invariable desde diciembre de 1991 rad. 4441, y reiterada, entre otras, en sentencias 7481 de mayo 26 de 1995, 7875 de octubre 23 de 1995, 7960 de diciembre 15 de 1995, 7889 de marzo 1 de 1996, 9276 y 9329 de febrero 26 de 1997, y 9045 de abril 17 de 1997, y aceptara la susodicha compartibilidad con las del I.S.S., habría exactamente razones análogas para cambiar sus tesis respecto de la eventual compatibilidad de las pensiones de jubilación oficiales con las de vejez reconocidas por el seguro social.

“Y finalmente, sería inadmisibles desde el punto de vista jurídico y social, que el patrono que adeuda la pensión convencional, causada con anterioridad a octubre de 1985, reduzca el monto de su obligación, o se exonere totalmente de ella, como consecuencia de cotizaciones efectuadas por el jubilado al I.S.S. fruto de sus servicios a otros empleadores, prestados con posterioridad al reconocimiento de la pensión voluntaria patronal, puesto que estos no tienen ningún vínculo con el empresario deudor y tales aportes ulteriores, si fueron recaudados legalmente por el Instituto, generan un derecho independiente y autónomo del asegurado frente al ente gestor de la seguridad social, en la medida en que se cumplieron los requisitos establecidos en el reglamento respectivo, por lo que son fuente de la pensión de vejez que debe pagar el I.S.S”.

“Como se advierte a primera vista, no existe ningún error jurídico en el entendimiento dado por el fallador de segundo grado a las normas incorporadas en los cargos como indebidamente interpretadas. Los argumentos del censor no tienen el alcance de desvirtuar los soportes con los cuales la Corte ha sostenido su jurisprudencia sobre la temática aludida, transcrita in extenso en esta sentencia.

“Por otra parte, el sentido de los artículos [13](#), [16-2](#) y 21 del Código Sustantivo del Trabajo no es el de impedir la coexistencia de prestaciones similares que tienen un origen jurídico distinto, como lo deduce el impugnante. Así, el primero de ellos prohíbe la estipulación de las partes tendientes a menoscabar los derechos mínimos que el Código consagra; el segundo es un caso especial de inaplicación de una ley que llegare a establecer alguna prestación no contenida antes en disposición legal alguna, pero sí convenida entre patronos y trabajadores, cuando la nueva preceptiva resulta desfavorable frente a lo voluntariamente estipulado; y el último, es regla de interpretación de la ley del trabajo en caso de conflicto o duda en cuanto a su aplicación. Ninguno de tales eventos, como se advierte, se acomoda al caso sub lite, en donde la jurisprudencia ya anotada ha despejado las dudas existentes y el resultado de tal ejercicio hermenéutico es evidentemente más beneficioso para los asalariados.

“De igual manera y bajo la misma perspectiva han de entenderse los artículos [36](#) y [49](#) de la Ley 6ª de 1945, pues no se ve como puede ser más favorable para el trabajador la interpretación que torna incompatibles las dos referidas pensiones, la de vejez y la convencional, respecto de la sostenida por la Corte, según la cual tales prestaciones son concurrentes; al menos las voluntarias reconocidas antes del 17 de octubre de 1985 con la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales....”

Adicionalmente cabe anotar, que el propio Instituto demandado en la motivación de la resolución de reconocimiento de la pensión de vejez, que se dictó tiempo después de iniciado el litigio y que se aportó al expediente, así como en el escrito de apelación, está admitiendo la <no

compatibilidad de las pensiones>. Y si bien es cierto la Empresa de Energía de Bogotá continuó cotizando al Instituto de Seguros Sociales con posterioridad al otorgamiento de la pensión de jubilación, tal cual aparece demostrado en el reporte de semanas cotizadas o historia laboral visible a folios 37 a 41, 81 a 83, 99 a 101, 111 a 115, 135 a 136, 161 a 163, 178 a 184, y 227 a 230 del cuaderno del Juzgado, esa circunstancia por si sola no le da el derecho a la empresa jubilante para recibir el retroactivo pensional, independiente que esos aportes estuvieran o no destinados a compartir el pago de la pensión de jubilación, cuando como ya se dijo resulta compatible con la pensión legal de vejez del ISS.

En este orden de ideas, el demandante tiene derecho a recibir del Instituto de Seguros Sociales las mesadas causadas y liquidadas para el período comprendido entre el 2 de junio de 1997 y el 30 de diciembre de 2003, que ascienden a la suma de \$90.447.675,00, sin que sea dable absolver completamente al ente convocado al proceso, por haber girado equivocadamente a la Empresa de Energía de Bogotá ese retroactivo que pertenece al afiliado. Ello, si se tiene en cuenta que dichas pensiones de vejez y jubilación patronal eran <compatibles>, que fue lo que también determinó el Juez de primera instancia. Cantidad, a la cual se contraerá la condena a impartir, pues a partir de enero de 2004 se le comenzó a cancelar al pensionado las mesadas por nómina como aparece en la resolución de reconocimiento de la prestación de vejez.

De otro lado, en lo atinente a los intereses legales y moratorios reclamados sobre las sumas adeudadas, para el caso frente al retroactivo pensional, se debe tener en cuenta que el a quo absolvió de los mismos, lo cual no fue objeto de cuestionamiento en la alzada. Por ende, al haberse conformado la parte actora con esa decisión, no es posible ahora imponer condena alguna por esta súplica.

Finalmente, en lo que atañe a las excepciones de mérito propuestas por el demandado Instituto de Seguros Sociales, se tiene que no pudo operar la <prescripción> del derecho o acreencia objeto de condena, en virtud de que frente a la pretensión del pago de las mesadas causadas o atrasadas que vendría a conformar el retroactivo pensional, y concretamente en lo concerniente a la suma liquidada por la entidad de seguridad social por ese concepto en la resolución No. 000743 del 9 de diciembre de 2003, se observa que únicamente en el transcurso del proceso fue que se vino a conocer que el ISS dispuso girar ese retroactivo al empleador jubilante Empresa de Energía de Bogotá, y que corresponde a la suma que a través de esta acción incoada el 14 de diciembre de 1999 se está ordenando pagar al afiliado demandante. Y de la otra excepción, denominada <ausencia del requisito de densidad de cotizaciones>, igualmente se declara no probada, en la medida que el Instituto demandado finalmente convalidó los aportes efectuados y reconoció la pensión de vejez después de presentada la demanda con que se dio apertura a esta controversia.

De suerte que, por todo lo dicho, se modificará el numeral primero del fallo de primera instancia, en el sentido de condenar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar al demandante la suma de \$90.447.675,00, por concepto de retroactivo pensional, y se confirmarán los demás numerales donde se declaró no probadas las excepciones propuestas y se impusieron las costas de primer grado al accionado.

De las costas del recurso extraordinario no hay lugar a ellas por cuanto la acusación fue fundada, y las de la alzada serán a cargo del Instituto de Seguros Sociales.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia

proferida el 31 de agosto de 2007, proferida en descongestión por la Sala Civil Familia Laboral Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Yopal, dentro del proceso ordinario adelantado por el recurrente contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, que había revocado el fallo de primer grado y en su lugar absuelto al demandado de todas las pretensiones formuladas en su contra.

En sede de instancia, se MODIFICA el numeral primero del fallo de primer grado, en el sentido de CONDENAR al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar al demandante la suma de NOVENTA MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$90.447.675,00 M/CTE.), por concepto de retroactivo pensional, y se CONFIRMARÁN los demás numerales.

Se condena en costas de las dos instancias a la parte vencida tal como se indicó en la parte motiva, sin que haya lugar a ellas en el recurso extraordinario.,.-

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO

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

