

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

SALA DE CASACIÓN LABORAL

DR. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

Magistrado Ponente

Radicación N° 36758

Acta N° 08

Bogotá D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil diez (2010).

Decide la Corte el recurso de casación que interpuso la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 5 de febrero de 2008, en el proceso ordinario adelantado por ERNESTO ROJAS SARMIENTO contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Dicha Corporación actuó en cumplimiento del programa de descongestión ordenado por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo PSAA05-3032 del 13 de septiembre de 2005.

#### I. ANTECEDENTES

Con la demanda inicial solicita el actor, que se declare que tiene derecho a la pensión vitalicia por vejez, por cumplir con los requisitos mínimos exigidos en el Acuerdo 049, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y se condene la demandada a su pago en cuantía igual al promedio de lo devengado durante los dos últimos años anteriores a la fecha en que cumplió 60 años de edad; a las mesadas causadas, incluidas las adicionales, desde cuando dicha prestación se hizo exigible, con los incrementos legales, los intereses moratorios, la indexación, y a las costas del proceso.

Como fundamento de esos pedimentos, argumentó que estuvo afiliado al I.S.S. para los riesgos de IVM; que elevó solicitud pensional ante dicha entidad, quien se la concedió, a partir del 11 de julio de 2002, pero ordenó pagar las mesadas causadas a favor de su última empleadora la Empresa de Energía de Bogotá, sin que hubiese mediado autorización de su parte, ni exista norma legal que la faculte para ello; que ni la convención colectiva de trabajo, con fundamento en la cual se le reconoció pensión de jubilación por su empleadora, ni la Ley 100 de 1993, previeron la compartibilidad entre ésta y la de vejez que le otorgó el I.S.S.

#### II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Pese a que se respondió la demanda por parte del accionado, ésta se dio por no contestada, al no haberse dado cumplimiento a algunos requisitos exigidos por el juzgado que conoció del proceso, para efectos de subsanarla.

#### III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Conoció de la primera instancia el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, quien en sentencia del 27 de enero de 2006, absolvió a la entidad accionada de todas las pretensiones formuladas en su contra, y condenó en costas al demandante.

#### IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Apeló la parte actora, y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, mediante la sentencia recurrida en casación, confirmó la decisión de primera instancia y le impuso costas en la alzada.

Para ello consideró, que la pensión de jubilación convencional reconocida al actor por su empleadora la Empresa de Energía de Bogotá, es compartible con la de vejez otorgada por el I.S.S., ya que la primera se reconoció con posterioridad al 17 de octubre de 1985, cuando entró en vigencia el Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año; además advirtió, que éste, sin que mediaran vicios en su consentimiento, autorizó al demandado para que girara el retroactivo pensional a dicha empresa, sin que esa clase de autorizaciones esté prohibida por la ley.

Al respecto expresó:

“(…)

Pues bien, basta observar el contenido de la documental que milita a folio 81 del expediente, para deducir que el mismo accionante, autorizó a la demandada I.S.S., para que girara el valor del retroactivo por mesadas pensionales a la Empresa de Energía de Bogotá, razón suficiente para que se queden sin respaldo los argumentos del apelante, ya que no se demostró que hubiere suscrito dicho documento bajo presión o con algún vicio de consentimiento. Mucho menos que las normas prohíban esta clase de autorizaciones, debiéndose confirmar el fallo en este sentido.

De la calidad de pensionado y la compartibilidad de las pensiones

No ofrece discusión la calidad de pensionado que ostenta el demandante, lo que se demuestra con las Resoluciones que aparecen en la foliatura del expediente.

Las mismas partes tampoco niegan el origen convencional de la pensión de jubilación reconocida en el año de 1.993 por la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ texto de la Resolución que fue allegado al expediente incorporado a folios 75 a 78.

En el cartapacio no existe prueba de la existencia de una convención colectiva en la cual se hubiera dejado expresamente escrita que esta pensión, no sería compartida con la pensión de vejez del I.S.S.

Así pues, es pertinente recordar que solo después de la expedición del Acuerdo 29 de 1985 en su artículo 51, aprobado por el Decreto 2879 de ese año y posteriormente por medio del artículo 18 del acuerdo 49 de 1990, que aprobó el decreto 758 de 1990, se consagró la posibilidad de que los patronos inscritos en el I.S.S. pudiesen compartir las pensiones reconocidas en convención o pacto colectivo de trabajo, o incluso voluntariamente, a los trabajadores afiliados a ese Instituto; pero únicamente cuando ella se causen del 17 de octubre de 1985 en adelante, y siempre que se continúen efectuando las cotizaciones para los riesgos de invalidez, vejez y muerte hasta cuando el asegurado cumpla los requisitos exigidos por el Seguro Social para otorgar la pensión de vejez, caso en el cual esa entidad deberá cubrirla, siendo de cargo del patrono solamente el

mayor valor entre dicha pensión y la que venían reconociéndole al pensionado por convención, pacto colectivo o voluntariamente.

Las planillas de reporte de novedades visibles a folios 60 a 62, dan cuenta de los aportes hasta el 30 de septiembre de 2.003, por cuenta de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ.

Esta situación se enmarca en el caso sub-lite, en el cual la pensión convencional se reconoció desde el 23 de diciembre de 1.992, quedando claro que estas pensiones son compartidas.

(...)"

## V. EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la parte demandante, fundamentado en la causal primera de casación consagrada en el artículo 87 del C.P.L. y de la S.S., modificado por 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 esta Sala revoque la de primer grado y en su lugar acceda a todas las suplicas de la demanda inicial, y provea sobre costas como corresponda.

Con tal objeto formuló dos cargos que fueron replicados, los cuales se estudiarán conjuntamente al estar orientados por igual vía, denunciar similar conjunto normativo, valerse para su demostración de una argumentación que se complementa, y perseguir idéntico fin.

## VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de violar por vía directa en la modalidad de infracción directa "...el artículo 36 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año; en relación con el artículo 16 del Decreto 1650 de 1977; en relación con lo dispuesto en los artículos 12, 13 y 16 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad; en relación con lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y en consonancia con lo dispuesto en los artículos 1º y 13 del Código Sustantivo del Trabajo. Todo ello en relación con lo normado en los artículos 25, 46, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional".

De su demostración se destacan los siguientes planteamientos:

"(...)

"(...)

Reza la preceptiva infringida por el sentenciador de segunda instancia lo siguiente:

**"ARTÍCULO 36º Cesión, embargo o retención.** Las pensiones y las demás prestaciones económicas que otorgue el Instituto según este reglamento, no son susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo lo previsto en el artículo 411 y concordantes del Código Civil, en la ley y en los reglamentos de los Seguro Sociales Obligatorios."

No llama a duda que tal preceptiva vigente para el ISS, debió de haber sido aplicada en sentido estricto por el Ad quem para desatar la alzada propuesta, si se tiene en cuenta precisamente que si existía y existe disposición que prohíbe con fuerza y meridiana claridad la cesión, embargo o retención de las pensiones y las demás prestaciones económicas que otorgue el Seguro Social, según los reglamentos vigentes para la época de causación del derecho del actor.

Conocido es que los efectos que emanan de tal normatividad son generales y de cumplimiento no



compartibilidad de las pensiones extralegales causadas después de su vigencia, también lo es que en dicha normatividad no se consagró disposición alguna que autorice al I.S.S. para determinar dicha compartibilidad, y menos aun para disponer del retroactivo generado al otorgar la pensión de vejez.

Expresa, que el ad quem no solo interpretó erróneamente el citado precepto, sino que también violó de manera directa el artículo 16 del Decreto 1650 de 1977, según el cual los únicos beneficiarios de las prestaciones a cargo del I.S.S. son las personas afiliadas al régimen y sus derechohabientes; por lo que no podía avalar la decisión de esa entidad de determinar la compartibilidad de la pensión que es del resorte exclusivo de la ley y los reglamentos vigentes para la época que se le reconoció esa prestación.

Agrega, que en igual sentido es lo preceptuado en los artículos 11 del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año y 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual año; disposiciones donde no figura por parte alguna el empleador como beneficiario de las prestaciones derivadas de la afiliación de su trabajador al ISS.

Por último manifiesta, que de conformidad con el artículo 29 del referido Acuerdo 224 de 1966 y el 36 del Acuerdo 049 de 1990, la pensión de vejez solo se puede reconocer y cancelar a favor de sus beneficiarios, y tratándose del trabajador asegurado, le corresponde a éste y no a su empleador, dado que tal prestación no es susceptible de cesión, embargo o retención.

#### VIII. LA RÉPLICA

Por su parte la oposición se opone a la prosperidad de los cargos, aduciendo que como la pensión de jubilación reconocida al demandante por la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá S.A. E.S.P., se causó con posterioridad al 17 de octubre de 1985, según el artículo 5° del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 de ese mismo año, tenía el carácter de compartida con la de vejez que le llegara a conceder el I.S.S.; por lo que dicha empresa, conforme al artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, continuó cotizándole esa entidad para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando éste cumplió con los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez, procediendo a partir de ese momento, a cubrir únicamente la deferencia entre una y otra.

Así mismo expresa, que cancelarle el retroactivo pensional al demandante, hubiera tipificado un evidente enriquecimiento sin justa causa, pues éste corresponde al empleador, y que además, aquél autorizó expresamente al I.S.S., para que se lo pagara a la Empresa de Energía de Bogotá, tal como consta folio 81 del cuaderno principal.

#### IX. SE CONSIDERA

Dado el sendero escogido por la censura, debe entenderse que no son objeto de controversia las siguientes conclusiones fácticas a que arribó el Tribunal: que la Empresa de Energía de Bogotá, le reconoció al actor una pensión convencional de jubilación, a partir del 23 de diciembre de 1992, es decir después de la entrada en vigencia de los artículos 5° del Acuerdo 029 de 1985 y 18 del Acuerdo 049 de 1990, aprobados en su orden por los Decretos 2879 y 758 del respectivo año; que no se demostró que esa prestación no sería compartida con la de vejez que posteriormente le pudiese reconocer el I.S.S.; que dicha empresa hizo aportes pensionales por el demandante, hasta el 30 de septiembre de 2003, y que éste autorizó al I.S.S., para que girara el valor del retroactivo por mesadas pensionales a la mencionada empresa.

Como puede verse, los cargos están orientados a que se determine jurídicamente, de una parte, que el retroactivo del pago de mesadas causadas, desde cuando se hizo exigible el derecho a la pensión de vejez y el momento de su reconocimiento, no podía ser trasladado al empleador jubilante por parte del I.S.S., al no estar permitida la cesión de dicha clase de prestación a favor de un tercero, conforme a lo previsto en los artículos 29 del Acuerdo 224 de 1996 aprobado por el Decreto 3041 de ese año y 36 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, además de que el empleador no se encuentra dentro de las personas que pueden legalmente recibir un beneficio que le corresponde al afiliado en materia de seguros sociales obligatorios, ni es el titular de la prestación por vejez, según los términos del artículo 16 del Decreto 1650 de 1977; y de otra, que las normas que consagran la compartibilidad de pensiones extralegales, esto es, los artículos 5° del Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de igual año y 18 del citado Acuerdo 049 de 1990, no autorizan al I.S.S. para determinar la compartibilidad pensional y disponer a su arbitrio del retroactivo generado por el otorgamiento de la pensión de vejez.

Pues bien, sobre el primer punto planteado y respecto de las normas que se anuncian como transgredidas, el artículo 29 del Acuerdo 224 de 1966, que se refiere a la prohibición de la cesión de las prestaciones otorgadas por el I.S.S., guarda semejanza en su redacción con el texto del artículo 36 del Acuerdo 049 de 1990 que reza:

**"Artículo 36. Cesión, embargo o retención.** Las pensiones y las demás prestaciones económicas que otorgue el Instituto según este reglamento, no son susceptibles de cesión, embargo o retención, salvo lo previsto en el artículo 411 y concordantes del Código Civil, en la ley y en los reglamentos de los Seguros Sociales Obligatorios".

A su turno, el artículo 16 del Decreto 1650 de 1977, que estableció el régimen y administración de los seguros sociales obligatorios, señala:

**"Artículo 16. De los beneficiarios y derecho - habientes.** Son beneficiarios de los seguros sociales obligatorios y, por lo tanto, tienen derecho al reconocimiento y efectividad de las prestaciones económicas y de salud, las personas afiliadas al régimen y las que por su vinculación a un afiliado puedan recibir tal beneficio, según los reglamentos. Estas últimas reciben en este estatuto el nombre de derecho habientes".

Visto lo anterior, las disposiciones en comento no tienen aplicación a un caso con las características del que ocupa la atención a la Sala, habida cuenta que no nos encontramos frente a una cesión de derechos como un acto jurídico por el cual un acreedor cede o transfiere voluntariamente un crédito o derecho personal a otra persona.

Igualmente, es de destacar que en ningún momento el sentenciador de segundo grado, coligió que el empleador que concedió la jubilación al actor era al mismo tiempo titular del derecho de vejez en cabeza del trabajador afiliado, puesto que lo considerado en el fallo recurrido consistió básicamente en que los dineros por las mesadas causadas que continuó pagando la Empresa de Energía de Bogotá, mientras el I.S.S. asumía la obligación, no le correspondían al demandante.

Así las cosas, el Tribunal no pudo transgredir las disposiciones legales en comento.

En lo concerniente al segundo punto, basta con decir, que no es el empleador jubilante ni el Instituto de Seguros Sociales, quien determina la compartibilidad entre una pensión de jubilación extralegal y una pensión de vejez, sino que corresponde a los reglamentos del I.S.S. y a la ley establecer cuando aquella se presenta, además que no es dable confundir el retroactivo pensional

que en esta oportunidad le corresponde al empleador y la pensión misma cuyo titular es el pensionado demandante.

Sobre esta precisa temática en sentencia del 19 de mayo de 2009 radicado 34249, en un caso análogo adelantado contra el mismo demandado Instituto de Seguros Sociales, la Sala puntualizó:

“(.....) Los cargos formulados están orientados por la vía de puro derecho, lo que significa la conformidad del recurrente con la situación fáctica establecida por el Tribunal y de la que se destacan los siguientes aspectos: La Empresa de Energía de Bogotá le reconoció al actor una pensión de jubilación extralegal o convencional mediante Resolución 2057 del 20 de marzo de 1991, a partir del 3 de diciembre de 1990, por haber prestado sus servicios durante 23 años y tener más de 50 años de edad; y con fundamento en lo establecido en el artículo 47, literal “B” de la Convención Colectiva de Trabajo, en armonía con las Leyes 4ª de 1966 y 6ª de 1969; mediante Resolución No. 005831 del 28 de marzo de 2002, el ISS le concedió al actor la pensión de vejez, a partir del 26 de agosto de 2000, por ser beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y, por reunir los requisitos previstos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

La censura considera que el retroactivo pensional lo pagó la demandada, al empleador jubilante, el cual es un tercero, sin que exista disposición alguna que lo faculte para tal fin y que, además, la compartibilidad pensional no autoriza al ISS a disponer libremente de los dineros del trabajador; **frente a lo cual se aclara que no se puede confundir el retroactivo pensional, con la pensión misma, puesto que una vez definida la compartibilidad pensional, el valor de las mesadas pensionales cubiertas temporalmente por la empleadora, mientras el ISS asumió la pensión de vejez, no le corresponden al demandante**, así lo definió la Sala en la sentencia del 15 de junio de 2006, radicación 27311 y reiterada en la del 21 de noviembre de 2007, radicación 31891. En la primera de las sentencias aludidas se expresó:

“De ahí que, la postura del Tribunal resulta sensata y no descabellada, toda vez que en puridad de verdad las sumas que el empleador cancela con posterioridad al momento en que comienza a operar el fenómeno de la compartibilidad, entre la pensión de jubilación que éste venía sufragando y la de vejez que reconozca el Instituto de Seguros Sociales, son las que en rigor debe cubrir la entidad de seguridad que asume el riesgo, debiendo volver lo pagado al patrimonio de la empresa una vez se formalice la subrogación.

Lo que significa, que conforme a la ley y a partir de la asunción del riesgo de vejez para el ISS, desaparece la obligación de la empresa jubilante de continuar cubriendo las mesadas pensionales a su extrabajador, quedando a su cuenta únicamente el mayor valor si lo hubiere entre las dos pensiones; luego, si lo hizo fue para proteger al pensionado.

Por consiguiente, como bien lo concluyó el ad quem, esos dineros del retroactivo cuando se está en presencia de pensiones compartibles y el empleador mantiene la cancelación de las mesadas no pertenecen propiamente al afiliado, siendo razonable que se disponga el giro de este concepto a quien lo cubrió periódicamente sin estar obligado a ello, lo que de plano desvirtúa la cesión de derechos y por ende la aplicación del precepto legal que la prohíbe, además que con ello no se desconoce que el accionante sea el verdadero beneficiario del derecho pensional, cuyas mesadas continuará recibiendo a través de la entidad que legalmente le corresponde el pago”.

Por lo expuesto debe concluirse que el juez colegiado no incurrió en los yerros jurídicos que se le

enrostran y en tales condiciones los cargos no prosperan.

Costas en el recurso extraordinario a cargo del demandante, por cuanto la demanda de casación no salió avante y fue replicada.

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, NO CASA la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, el 5 de febrero de 2008, en el proceso ordinario adelantado por ERNESTO ROJAS SARMIENTO contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Costas en el recurso de casación, como se indicó en la parte motiva.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y PUBLÍQUESE.

LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

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

