

# República de Colombia

## Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Ficha	CSJ_SCL_38560(01_03_11)_2011
Convenciones	
Color agua	Ratio Decidendi

MAGISTRADO PONENTE JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

Referencia Expediente: [38560](#)

Acta No. 06

Bogotá, D. C., primero (1º) de marzo de dos mil once (2011).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de ANTONIO MARÍA GARY HERRERA contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 30 de julio de 2008, en el proceso adelantado por el recurrente contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

### I. ANTECEDENTES.-

1.- En lo que interesa a los efectos del recurso extraordinario basta señalar que el citado demandante, pretende el reconocimiento del valor de las mesadas retroactivas, correspondientes al periodo comprendido entre la fecha en que obtuvo el derecho a la pensión de vejez y la del pago efectivo, y que ese valor le sea girado a él y no a la empleadora. Del mismo modo solicitó mesadas pensionales retroactivas entre la fecha en que en su sentir obtuvo su derecho a la pensión de vejez a los 55 años (art. [36](#) inc. 2º de la Ley 100) hasta la fecha de su pago efectivo (1º de agosto de 1999).

Como apoyo de su pedimento expuso que fue afiliado al Instituto por la Electrificadora de Bolívar “ELECTRIBOL”; es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo [36](#) de la Ley 100 de 1993, y adquirió el derecho a la pensión de vejez, habiendo cumplido la edad el 10 de marzo de 1994. Nació el 10 de marzo de 1939 y cumplió 60 años de edad el 10 de marzo de 1999. El Instituto le reconoció pensión de vejez mediante Resolución N° 000914 de 26 de julio 1999, por haber cotizado el número mínimo de semanas exigido por la ley y cumplir la edad de 60 años el 10 de marzo de 1999, a partir del 1º de agosto de ese año, pero sin disponer el pago de las mesadas retroactivas. En cambio, en el caso de otros compañeros suyos de trabajo, el Instituto ordenó el giro a su favor del retroactivo causado.

2.- El I.S.S. en la respuesta al libelo se opuso a las pretensiones, admitió unos hechos y frente a

otros manifestó no constarle su existencia o la necesidad de ser probados. Adujo en su defensa que el Instituto no podía reconocer el retroactivo solicitado, por la potísima razón de estar el actor cotizando a pensión, no sólo a la fecha en que reclamó la pensión sino inclusive hasta el mes de diciembre de 2002. Propuso como excepciones las de falta de fundamento legal, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe de la demandada.

3.- Mediante fallo de 16 de junio de 2006, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cartagena, absolvió a la demandada de todos los cargos.

## II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL.-

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en sentencia de 30 de julio de 2008, confirmó la de primer grado en su integridad.

En lo que interesa a la casación, el Juzgador Ad quem se remitió a los artículos [13](#) y [35](#) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, y dijo que de conformidad con esas disposiciones es “requisito sine qua non el hecho del retiro del servicio y desafiliación del Sistema General de Pensiones, por parte del afiliado, para acceder al pleno disfrute de la pensión por vejez. Así las cosas, y en virtud del principio de la carga de la prueba, al demandante le correspondía probar la fecha de retiro del servicio para gozar de la pensión de vejez y el pago correspondientes retroactivos (sic)”.

Luego expuso que: “De las pruebas allegadas al expediente, se observa el registro civil de nacimiento del demandante (Folio 12) el que prueba como satisfecho el requisito de la edad mínima para acceder a la pensión por vejez (marzo 10 de 1999), a folio 13 obra la Resolución 000914 de 26 de julio de 1999 que prueba el reconocimiento de la pensión por vejez a partir del 1 de agosto de 1999.

“Por otro lado, se observa del informativo que la empresa Electribol S.A. EPS siguió cotizando al Sistema General de Pensiones a favor del demandante hasta diciembre de 2002, lo cual indica que no se cumple con los requisitos de la norma que exige la desafiliación plena de este, para disfrutar de la pensión de vejez a partir del 10 de marzo de 1999, lo cual impide la prosperidad de la pretensión del demandante.

“En cuanto a su petición del reembolso de las cotizaciones pagadas demás entre el 10 de marzo de 1999 y el año 2002, no hicieron parte de las pretensiones de la demanda, lo cual impide al Tribunal decidir al respecto, ya que no tiene facultades para fallar extra o ultra petita (Art. [50](#) CPTSS), por igual razón tampoco es posible ordenar que el ISS le pague la devolución que debe hacer a Electribol S.A. ESP por cancelar la pensión mientras duró su trámite, además de constituir un enriquecimiento sin causa el recibir por un mismo mes la pensión por parte de la empresa y del ISS cuando sólo tiene derecho a una. Los valores se deben reintegrar es a quien los pagó”.

## III.- RECURSO DE CASACIÓN.-

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso extraordinario, el cual una vez concedido por el Tribunal y admitido por la Sala, se procede a resolver, previo el estudio de la demanda de casación y su réplica.

Pretende el impugnante la casación total del fallo gravado y que en sede de instancia, la Corte revoque el de primer grado y acceda a las pretensiones del libelo inicial.

Para tal fin formuló un único cargo, así:

**CARGO ÚNICO.-** Acusa la sentencia por "APLICACIÓN INDEBIDA (falta de aplicación) de la CIRCULAR N° 0502 de fecha 26 de agosto de 2002, los artículos [13](#) y [35](#) de la Ley 100 de 1993, artículos [8°](#) de la Ley 171 de 1961 y [8°](#) de la Ley 10 de 1972, en relación con los artículos [53](#) y [58](#) de nuestra Constitución Política; [1](#), [9](#), [10](#), [13](#), [14](#), [18](#), [21](#), [22](#), [24](#), [27](#), [37](#), [47](#) (subrogado por el art. 5° del Decreto 2351 de 1965), [54](#), [55](#), [61](#), [259](#), [260](#), [264](#), [267](#), modificado por el art. [37](#) de la Ley 50 de 1990, modificado por el artículo [133](#) de la Ley 100 de 1993, [273](#) y [340](#) del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, los artículos [11](#), [25](#), [31](#), [50](#), [51](#), [54-A](#), [60](#), [61](#), y [145](#) del Código Procesal del Trabajo; artículo [63](#), numeral 1° del Código Civil Colombiano; [175](#), [183](#), [252](#)– 3– 4, [258](#), [262](#)-3, [272](#), [273](#), [289](#), [290](#) del Código de Procedimiento Civil, Decreto 2677 de 1971, art. [3°](#) ...”.

Enuncia como errores manifiestos de hecho:

“1. No dar por demostrado estándolo, el valor probatorio de la confesión ficta o presunta aplicada al representante legal de la accionada, por no justificar su no comparecencia a absolver el interrogatorio de parte, lo cual, tiene pleno valor probatorio.

“2. No dar por demostrado, siendo una evidencia, que el demandante se encuentra pensionado por vejez, por parte del Instituto de Seguro Social, desde el día 27 de agosto de 1999, y que al momento del reconocimiento de este derecho, el ISS, nunca le reconoció y pagó el valor de sus mesadas pensionales retroactivas.

“3. No dar por demostrado, estándolo, que hasta la fecha, el patrono de mi representado, nunca ha cumplido con los requisitos contenidos en la Circular VP N° 0502 de fecha 26 de agosto de 2002, expedida por el ISS, ..., por lo cual la entidad demandada, debió girar las mesadas pensionales retroactivas a favor del pensionado ....

“4. Invertir la carga de la prueba respecto a la presunción legal consagrada en el art. [65](#) del C.S.T. y S.S., a favor del empleado, en cuanto a que el demandante, es quien debe probar su desafiliación al sistema de seguridad social, siendo que la compañía para la que laboraba era quien debía desafiliarlo reportando la novedad de retiro del trabajador una vez, le fue aceptada su renuncia irrevocable, a partir del 27 de agosto de 1999, siendo que la negligencia del empleador no la puede asumir el trabajador.

“5. No dar por demostrado estándolo, que según consta en el documento que obra a folio 119 del expediente, el empleador del demandante es tan desorganizado, que primero no tiene la Hoja de Vida de su trabajador y segundo, desconoce que éste se encuentra gozando tanto de su pensión de jubilación como por vejez, compartida con el I.S.S., por lo que no puede trasladarse la responsabilidad del empleador a su trabajador.

“6. Dar por no demostrado estándolo, que el hecho de que la entidad accionada le haya reconocido y pagado a otros pensionados, el valor de sus mesadas pensionales retroactivas vulnera el derecho a la igualdad”.

Cita como pruebas no apreciadas el documento de folio 119 del expediente; la Circular VP N° 0502 de 26 de agosto de 2002 (fls. 6 a 9); la confesión ficta o presunta del interrogatorio de parte

(fls. 110 a 112 del expediente); y la demanda (fls. 1 a 9). Y como defectuosamente apreciadas las Resoluciones números 1319 de 2002 (fls. 35 y 36); 1300 de 19 de mayo de 2005 (fl. 34) y 2426 de 27 de noviembre de 2002 (fls. 47 y 48).

En el desarrollo asevera el censor que el Tribunal trasladó el deber de desafiliación a la seguridad social al trabajador, cuando ese es un trámite interno entre el empleador y el fondo de pensiones.

Agrega que la empleadora Electrificadora de Bolívar ha sido negligente porque no tiene información actualizada sobre quienes han sido sus trabajadores y cuáles de ellos disfrutaban de pensión convencional o de vejez, y las que son compartidas. Se pregunta que “¿Cómo es posible que la Electrificadora de Bolívar S.A. E.S.P., conteste al Juzgado ..., mediante escrito de fecha 16 de marzo de 2006, que obra a folio 119 del expediente: '... no encontramos el nombre de Antonio María Gary Herrera en el listado de trabajadores pensionados por parte de ELECTRIBOL S. A. E. S. P. ...' siendo, que según mi representado, la sociedad denominada ELECTRIBOL S. A. E.S.P., le reconoció y pagó su pensión de jubilación convencional desde el día 18 de noviembre de 1999, entonces, como puede afirmar que dicho señor ni siquiera aparece en la lista de pensionados?”.

Señala más adelante el recurrente que el Tribunal no puede trasladar la responsabilidad de la desafiliación al trabajador, cuando lo que se ha demostrado es el grave desorden administrativo de la Electrificadora. Apunta que la empresa es tan negligente, que nunca ha presentado al I.S.S. los documentos que exige la circular VP n° 0502 de 26 de agosto de 2002, para solicitar le sean devueltos los retroactivos, y es por esto, que dicho retroactivo debe ser girado al trabajador, pues es la sanción prevista en dicha circular.

Por último se refiere a las Resoluciones 1319 de 2002, 1300 de 2005 y 2426 de 2002, según las cuales el Instituto giró el valor de las mesadas pensionales retroactivas a extrabajadores de la Electrificadora, con lo que se demuestra la vulneración del derecho a la igualdad.

La réplica esgrime que la demanda de casación presenta defectos de técnica, pues se presenta como un alegato propio de las instancias. Por lo demás, que el Tribunal goza de la facultad de apreciar en forma racional los medios de convicción, sin que en este caso se observe yerro manifiesto de valoración probatoria.

#### IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

Incorre el censor en desatinos de técnica del recurso extraordinario al referirse simultáneamente a la aplicación indebida y a la falta de aplicación como modalidades de violación en la vía indirecta, lo cual resulta contradictorio, además de que predica esa transgresión en relación con una circular que es una prueba del proceso y no una norma sustantiva de alcance nacional. En la proposición jurídica se enlistan una serie de disposiciones, pero se echan de menos las que sirvieron de apoyo al Tribunal y las que consagran el derecho reclamado, esto es, los artículos [12](#), [13](#) y [35](#) del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año, y el [36](#) de la Ley 100 de 1993.

Igualmente, hay que precisar que temas como la carga de la prueba y el valor probatorio de la confesión ficta, son de naturaleza jurídica inabordable en un cargo de orientación fáctica.

Se ha de advertir que el Juzgado estableció que la pensión de vejez del actor estaba gobernada por el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto [758](#) del mismo año, que preveía para el caso de los varones como edad mínima para estructurar el derecho 60 años de edad, que el

demandante cumplió el 10 de marzo de 1999. Ese aspecto relacionado con el régimen legal aplicable a la pensión de vejez del sub lite fue admitido por el Tribunal que estimó que la normatividad que gobernaba la controversia era el Decreto [758](#) de 1990, y como esta consideración no fue atacada, ni podía serlo por la vía de los hechos escogida por el censor, se ha de aceptar que el derecho a la pensión de vejez se causó cuando el demandante cumplió 60 años de edad.

Ahora bien, no acierta el censor cuando afirma que el Tribunal asentó que el deber de desafiliación a la seguridad social estaba en cabeza del afiliado o que a éste incumbía la carga de la prueba al respecto, lo que dijo el Tribunal y que constituye el soporte de la absolución respecto de la pretensión de retroactivo pensional entre el 10 de marzo de 1999 cuando se causó el derecho y el 31 de julio de ese año, es que la prueba obrante en el expediente indicaba que el actor en ese lapso continuó cotizado al sistema a través de la empleadora Electribol S.A. EPS, por lo que no cumplió el requisito de desafiliación al régimen de seguridad social que exige el artículo [13](#) del Acuerdo 049 de 1990 para el disfrute de la pensión a partir de la fecha de causación del derecho. Y que no probó teniendo la carga procesal de hacerlo, que en ese periodo estuvo retirado del servicio.

Lo anterior significa, que lo que reclamó el sentenciador de segundo grado, fue la prueba “de la fecha de retiro del servicio”, esto es, la demostración de que en ese espacio de tiempo el demandante no estaba en la obligación de cotizar por no haber continuado prestando servicios a la entidad empleadora.

Ninguno de los elementos probatorios o piezas procesales que denuncia el cargo como apreciados con error o preteridos en el fallo, derruye esos razonamientos del Tribunal, pues con la confesión ficta lo que pretende demostrar el impugnante es que “la accionada nunca ha pagado al recurrente el valor de sus mesadas pensionales retroactivas”, lo cual no se discute, y que esa circunstancia es “por culpa de la empleadora”, hecho que no puede ser objeto de confesión por parte del Instituto.

El lo que tiene que ver con las alegaciones del recurrente para demostrar la supuesta negligencia de la Electrificadora de Bolívar, y el incumplimiento de ésta de la Circular VP 0502 de 26 de agosto de 2002, resultan intrascendentes frente a la decisión gravada, pues lo relacionado con el giro del retroactivo pensional en eventos de compartibilidad pensional por parte del Instituto a la empleadora es un hecho nuevo, que como bien lo anota el sentenciador, no fue planteado en la demanda inicial y por lo tanto estaba por fuera de esta controversia. En efecto, no se dijo en esa oportunidad que se trataba de una controversia de compartibilidad de una pensión convencional con la de vejez del Instituto, y que se hubiera generado un retroactivo porque el empleador hubiera continuado pagando la pensión convencional completa después de la subrogación operada por la seguridad social.

Respecto al giro del retroactivo de lo aquí reclamando, no podría darse mientras no se reconociera el derecho, lo que no ha logrado el demandante en este proceso, pues se insiste, frente al retroactivo de las mesadas desde el 10 de marzo de 1994, no desvirtuó el supuesto de la sentencia gravada de que su pensión de vejez se causó a los 60 años de edad y no a los 55. Y en cuanto al retroactivo del 10 de marzo de 1999 y el 31 de julio de ese año, no demostró que en ese lapso hubiera estado desafiliado del sistema y retirado del servicio que fue lo reclamado por el Tribunal.

Por último es de anotar que las resoluciones que se acusan como erróneamente apreciadas, no fueron tenidas en cuenta en el fallo acusado, por lo que no pudieron haber sido valoradas con error por el Tribunal; adicionalmente a nada conducen, porque hacen referencia a otros ex trabajadores de la Electrificadora, y la justificación válida para el pago del retroactivo pensional deprecado no podría ser el reconocimiento a otras personas, sino su apego a la ley.

No obstante las irregularidades anotadas, encuentra oportuno la Sala señalar, por mera amplitud, que al concluir el Tribunal que correspondía al actor demostrar en este caso que su vinculación laboral con la Electrificadora había terminado, ello obedeció a que previamente encontró que esta empresa continuó cotizando por él al Instituto hasta diciembre de 2002, de manera que no se evidencia error manifiesto, dado que esa circunstancia era un indicativo serio de que continuó vinculado con la Electrificadora después de reunir los requisitos para pensionarse por vejez y durante el periodo del cual se reclama retroactivo pensional, máxime que la pensión de jubilación convencional al parecer le fue reconocida el 18 de noviembre de 1999. Y el disfrute de la pensión de vejez no puede en principio disponerse, hasta tanto no se verifique la desafiliación del sistema de seguridad social.

Es el afiliado quien en principio, tiene la iniciativa de pedir la desafiliación para optar por el reconocimiento de la pensión, salvo los casos en que la ley faculte al empleador para esos efectos (parágrafo 3° del artículo [33](#) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo [9°](#) de la Ley 797 de 2003).

Por las razones primeramente indicadas, se desestima el cargo.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la parte recurrente. Las agencias en derecho se fijan en la suma de \$2'800.000,00. Por Secretaría tásense las demás costas.

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 de treinta (30) de julio de dos mil ocho (2008), proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en el proceso seguido por ANTONIO MARÍA GARY HERRERA contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO



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

