

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Ficha	CSJ_SCL_40357(05_04_11)_2011	
Convenciones		
Color agua	Azul	Ratio Decidendi

Magistrado Ponente: CAMILO TARQUINO GALLEGO

Radicación No. [40357](#)

Acta No. 10

Bogotá, D.C., cinco (5) de abril de 2011.

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 31 de julio de 2008, dentro del proceso ordinario laboral que le promovió DIONISIO CAPTUAYO.

ANTECEDENTES

El actor demandó ante la jurisdicción ordinaria laboral al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, para que se le condenara al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir de la fecha en que completó las cotizaciones requeridas, con el pago del retroactivo causado, así como a las costas.

En sustento de sus pretensiones, explicó que cotizó desde el 1º de marzo de 1967, hasta completar 849 semanas, el 30 de junio de 1983, y que “acogiéndose al régimen de transición se afilió nuevamente a partir del 1º de junio de 1995 bajo el número 3.264.114 con el que actualmente continúa cotizando y habiendo completado en esta segunda etapa 408 semanas, aproximadamente, hasta Diciembre de 2003, reuniendo así un total de 1.257 semanas, aproximadamente”. Que por Resolución No. 006210 de 5 de abril de 2002, el ISS le negó la pensión de vejez, “por estar pensionado convencionalmente con ALCALIS DE COLOMBIA LIMITADA ALCO LTDA. EN LIQUIDACION, y no ser ésta una pensión legal no tiene carácter de compartida con la de vejez que concede el ISS”, con lo cual, asevera, se desconocen

precedentes jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral. Añadió que para ser beneficiario del régimen de transición, no se requería estar cotizando para la fecha de entrada en vigencia de la Ley [100](#) de 1993.

En la contestación de la demanda (fls. 30 a 38), el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se opuso a las pretensiones, y en su defensa formuló las excepciones de inexistencia de causa, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, imposibilidad jurídica del ISS para reconocer y pagar derechos y prestaciones por fuera del ordenamiento legal, y “genérica”.

Admitió la validez de las 849 semanas cotizadas por el actor hasta el 30 de junio de 1983, empero adujo que las efectuadas después de que su empleador lo jubiló, son inválidas, por lo cual, por Resolución No. 006210 de 5 de abril de 2002, el Instituto le concedió la condigna indemnización sustitutiva.

Por sentencia de 31 de marzo de 2006, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, condenó al ISS a reconocer y pagar al accionante, “la pensión de vejez a partir del cumplimiento de los requisitos y en la cuantía indicada en el Acuerdo [049/90](#)”, sin lugar al pago del retroactivo, y con costas a la vencida en juicio.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apeló el ISS, y la confirmación del fallo de primer grado, estuvo precedida de las consideraciones, que enseguida se resumen.

Para lo que interesa al recurso extraordinario, el ad quem centró su atención en definir “si son válidas las semanas cotizadas por el sujeto activo en su condición de pensionado por la CCT., de la empresa ALCALIS DE COLOMBIA ALCO LTDA EN LIQUIDACIÓN, y de ser legítimas, si hay o no lugar al reconocimiento de la pensión de vejez legal”. Con ese propósito discurrió así:

“Ahora bien, el razonamiento central consiste, específicamente, en la necesidad de que el empleador continuara cotizando al ISS para el IVM, en la actividad 92, después del retiro del trabajador, para que la correspondiente pensión vitalicia de jubilación sea compatible con el ISS cuando el asegurado reúna los requisitos exigidos por la entidad de seguridad social, según los términos del artículo [60](#) del Acuerdo 224 de 1966 emanado del ISS (...)”.

Trascribió dicha norma, y prosiguió:

“Según lo visto, las pretensiones, deben prosperar, porque ese supuesto, respecto de la no cotización, por parte de ALCALIS, no es cierto, toda vez que las certificaciones del ISS (folios 188-191) demuestra[n] lo contrario, en el sentido que ALCALIS DE COLOMBIA LTDA, continuó (sic) cotizándole al demandante, y el ISS recibió tales cotizaciones, documentos que fueron solicitados y enviados por la propia demanda[da] con el oficio 16702 del 12 de octubre de 2005.

Tampoco la situación del actor se encuentra prevista en el artículo [2º](#) del Acuerdo 049 de 1990, como persona excluida del seguro del IVM. Por lo que al no encontrarse soporte legal o jurisprudencial de la invalidez de las cotizaciones del demandante con posterioridad a su condición de pensionado, las mismas, son válidas y deben contabilizarse”.

Verificó que el demandante nació el 3 de marzo de 1934, y en consecuencia, coligió la

satisfacción de las exigencias del artículo [12](#) del Acuerdo 049 de 1990.

EL RECURSO DE CASACIÓN

Concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, manifiesta la censura que “Debe la Corte casar la sentencia del tribunal y, en instancia, revocar la del juzgado para, en su lugar, absolver al Instituto de Seguros Sociales de las pretensiones de Dionisio Captuayo”.

Presenta dos cargos, que no fueron replicados. Se analizará el primero, y en caso de resultar necesario, se resolverá el segundo.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia del Tribunal de “haber infringido directamente el artículo [5°](#) del Acuerdo 29 de 1985 (Dto. 2879/85, Art. [1°](#)), el artículo [18](#) del Acuerdo 49 de 1990 (Dto. 758/90, Art. [1°](#)), el artículo [48](#) de la Constitución Política y los artículos [2°](#), [10](#), [31](#) y [32](#) de la Ley 100 de 1993 y por haber aplicado indebidamente el artículo [33](#) de la misma ley y el artículo [12](#) del Acuerdo 49 de 1990 (Dto. 758/90, Art. [1°](#))”.

En la demostración, advierte que a pesar de la evidente infracción de las normas que integran la proposición jurídica, estima conveniente recordar que técnicamente el vocablo “riesgo”, es sinónimo de “contingencia”, “probabilidad”, “proximidad de daño”, o “posibilidad de que una cosa suceda o no suceda”. Que, en tal virtud, y con apoyo en los reglamentos del Instituto, no puede ser asegurable un evento que ya ha sucedido, como en el presente caso, en el que al actor se le había reconocido una pensión de jubilación extralegal antes del 17 de octubre de 1985, y como las cotizaciones se realizaron después de dicha fecha, no existía la posibilidad de que fuera compartida con la de vejez, de donde se sigue que, “no pueden ser computadas para efectos de determinar si se cumplen los requisitos de la pensión por vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales y, por ello, lo único procedente es la devolución de los aportes efectuados después del 1° de julio de 1983, como lo determina el reglamento general de sanciones, cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales expedido mediante el Decreto [2665](#) de 1988”.

Aludió al reglamento general del ISS de invalidez, vejez, y muerte, aprobado por los Decretos [2879](#) de 1985, y [758](#) de 1990, en los que se establece, asevera, que sólo cuando una pensión de jubilación extralegal está llamada a compartirse con la de vejez, es viable que el empleador continuara cotizando, y por ello “no resulta ajustado a derecho concluir que sin que su situación pudiera subsumirse en el supuesto de hecho del artículo [5°](#) del Acuerdo 29 de 1985 o del artículo [18](#) del Acuerdo 49 de 1990, Dionisio Captuayo después de haberle otorgado Álcas de Colombia, en su condición de patrono, la pensión de jubilación convencional el 1° de julio de 1983, con sólo 49 años de edad, él podía continuar asegurado contra el riesgo de vejez”.

Agregó que no hay motivo para dudar que la finalidad de la pensión de jubilación concedida al accionante es amparar el riesgo de vejez, y que por ello es inviable una nueva cobertura para una contingencia igual a la que aquella prestación persigue, a no ser que se opte por contrariar los artículos [5°](#) del Acuerdo 029 de 1985, y [18](#) del Acuerdo 049 de 1990. Por último, se refirió a los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral, en el sentido que propone en su recurso.

SE CONSIDERA

Para resolver, el juez de la apelación se apoyó en lo dispuesto por el artículo [60](#) del Acuerdo 224 de 1966, que estableció un esquema de transición entre las pensiones de jubilación a cargo de los

patronos, y las contempladas en el régimen de los seguros sociales obligatorios. Conforme a dicho precepto, los trabajadores que al iniciarse la obligación de afiliarse, llevaban más de 15 años de servicios al servicio de una empresa, e ingresen al ISS para los riesgos de invalidez, vejez, y muerte, tendrán derecho a ser jubilados por el empleador, quien deberá seguir cotizando para efectos de compartir la pensión, cuando el trabajador complete los requisitos legales.

Razonó que como la empleadora del demandante había seguido aportando después de que jubiló a su trabajador, no se presentaba ningún obstáculo para que la enjuiciada le concediera la pensión de vejez al actor.

Olvidó el Tribunal que la norma a la que hizo producir efectos, consagra la compartibilidad de las pensiones de jubilación resultantes de la aplicación de las normas que consagraba el Código de Sustantivo del Trabajo, es decir las de origen legal, empero no las de naturaleza extralegal, que sólo adquirieron aquella vocación, desde el 17 de octubre de 1985, cuando se publicó en el Diario Oficial el Decreto aprobatorio del Acuerdo 029 de 1985, que paladinamente así lo consagró en su artículo 5°. Así las cosas, las cotizaciones sufragadas por el empleador a partir de enero de 1995, al no resultar útiles para que la pensión de jubilación se compartiera con la de vejez, devienen ineficaces, y por lo tanto no pueden ser sumadas a los aportes realizados entre 1967 y 1983.

El problema jurídico que ahora ocupa la atención de la Sala, ya ha sido resuelto en reiterados pronunciamientos. Recientemente, en sentencia con radicación 34782, se expuso:

“Ahora bien, aun cuando es cierto que la Empresa de Telecomunicaciones de Santa fe de Bogotá S.A. E.S.P., continuó cotizando al Instituto de Seguros Sociales con posterioridad al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que hizo a los demandantes, tal cual aparece demostrado con la documentación que se aportó al proceso, esos aportes no pueden ser tenidos en cuenta para efectos de adicionarlos a los efectuados como trabajadores dependientes, por cuanto no están destinados a compartir el monto de la pensión reconocida por el ex empleador, pues como se advirtió anteriormente, la misma, además de ser de naturaleza convencional, se otorgó con anterioridad al 17 de octubre de 1985 y, en consecuencia es compatible con la que eventualmente le llegara a reconocer el ISS.

Sobre el aspecto debatido, ya la Corte se ha referido en reiteradas ocasiones; últimamente en la sentencia del 29 de julio 2008, radicación 32989, en que precisó:

“El tema planteado ha sido objeto de estudio por esta Sala en varias oportunidades, y se ha establecido que las cotizaciones que efectúa el empleador, al Instituto de Seguros Sociales, con posterioridad al otorgamiento de la pensión extralegal, son ineficaces o no tienen validez, cuando no tengan el propósito de la compartibilidad de la prestación, por lo que si la reclamación de la pensión por vejez, tiene como soporte dichos aportes, como en el presente caso, el ISS no está obligado a reconocer la pensión de vejez. Así quedó expresado en las sentencias del 18 de agosto de 2003 (Rad. 20996), del 8 de febrero de 2005, (Rad. [23760](#)) y del 22 de abril de 2008 (Rad. 33371).

En la última de las sentencias reseñadas dijo la Sala:

“De otro lado, es cierto que los artículos [60](#) y [61](#) del Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, previeron la compartibilidad de las pensiones legales, mas no una de esta naturaleza con una de origen extralegal, situación que se posibilitó desde la expedición del Acuerdo [029](#) de 1985. Y si la pensión que la Empresa de Energía Eléctrica de Bogotá

reconoció al demandante antes de la vigencia del mencionado acuerdo tenía causa extralegal, es indudable que la otorgadora en ese momento de la pensión no podía seguir cotizando al ISS a favor del pensionado para que este accediera a la pensión de vejez, pues al haber adquirido esa condición y la consecuente cesación como trabajador activo, no podía ser afiliado ni que le pagaran cotizaciones por cuenta de quien le concedió el beneficio pensional con la intención de que en el futuro adquiriera la pensión de vejez.

“El anterior ha sido el criterio de la Corte, expresado entre otras, en la sentencia del 8 de agosto de 1997, radicación 9540, memorada por el Tribunal y en la cual se reiteró la orientación de la Corporación en cuanto que bajo la vigencia del Acuerdo [224](#) de 1966 no era posible “la compartibilidad de una pensión de origen contractual o voluntario con la pensión de vejez que otorgaba el Instituto”, porque en casos como el presente, “el Seguro Social no podía reconocer la pensión de vejez en esos eventos por no encontrarse reseñados dentro de los que le generaban tal obligación, pero además porque no pueden las partes de un convenio colectivo exigirle a un tercero el cumplimiento de obligaciones sin su expreso consentimiento, el que por lo demás, en tratándose de una persona jurídica de derecho público, solo podía ser válido en la medida en que la ley o sus propios reglamentos lo contemplaran”.

Así mismo, en sentencia del 17 de abril de 1997, radicación 9045, la Corte expresó en relación con la validez de las cotizaciones realizadas por un afiliado que ya tiene la condición de pensionado, lo siguiente:

“Sin desconocer la Corte que la interpretación planteada por el recurrente resulta sugestiva, estima que la misma corresponde más a la reglamentación que sobre el punto debería efectuar la entidad de previsión social, vale decir, que se trata de un razonamiento "de lege ferenda" y no de lo que efectivamente dispone la normatividad vigente sobre el punto, por ser lo cierto que el artículo [5º](#) del Acuerdo 29 de 1985, y de manera más específica su parágrafo 1º, solamente establece para el Instituto de Seguros Sociales la obligación de aceptar las cotizaciones de los patronos que otorguen pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, cuando se haya dispuesto que la pensión sea compartida, por lo que en todos aquellos casos en los que como ocurrió con la pensión de jubilación de Oscar Guingue Hoyos, expresamente se haya convenido o dispuesto que la pensión no será compartida por la entidad, según los reglamentos del seguro social no existe la posibilidad de que el patrono continúe cotizando para la pensión de vejez de quien ya se encuentra jubilado.

“Este entendimiento del artículo [5º](#) del Acuerdo 29 de 1985, y especialmente de su parágrafo 1º, es no sólo ceñido al claro tenor literal de este precepto integrante del reglamento general del seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte, sino que, además, resulta enteramente lógico si se tiene en cuenta la finalidad perseguida por la norma.

“En efecto, no debe olvidarse que con anterioridad al Acuerdo 29 de 1985, que como se sabe fue aprobado por el Decreto [2879](#) del mismo año, estaba excluida --o "proscrita", según el propio recurrente-- la posibilidad de compartir pensiones extralegales, cualquiera fuera su origen, con la pensión de vejez que para todos los efectos, y como lo dispone el artículo [76](#) de la Ley 90 de 1946, reemplaza la de jubilación prevista en la legislación anterior.

“Esta prohibición que resultaba de la circunstancia de no hallarse incluida en los reglamentos del seguro la posibilidad de compartir pensiones extralegales, desestimulaba el reconocimiento de tales pensiones, por cuanto el patrono que debía pagarla sabía en el momento de otorgarla que su

obligación incrementada con los aumentos previstos en la ley sería vitalicia, desestímulo a la creación de pensiones anticipadas o más favorables para los trabajadores que se aminora con la expedición del Acuerdo 29 de 1985, pues en su artículo [5º](#) se consagra la posibilidad para el patrono obligado a pagar una pensión originada en una convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral, o voluntariamente, de continuar cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, de forma que cuando el Instituto de Seguros Sociales otorgue la pensión de vejez por cumplir el asegurado los requisitos exigidos en los reglamentos, únicamente quedará obligado a continuar pagando el mayor valor, si lo hubiere.

“Es por ello que no puede compartir la Corte el planteamiento del recurrente, según el cual a pesar del texto expreso del artículo [5º](#) del Acuerdo 29 de 1985, debe dársele un sentido diferente interpretando la norma de manera que cumpla el propósito que se tuvo al expedirla, o, para el caso de tenerse como genuina la interpretación acogida por el Tribunal en el fallo impugnado, debe considerarse entonces discriminatorio el precepto por chocar frontalmente contra el principio de igualdad y el derecho inalienable a la seguridad social garantizado por los artículos [13](#) y [48](#) de la Constitución Política, lo que obliga a no aplicar el susodicho artículo [5º](#), en obediencia a lo ordenado por el artículo [4º](#) de la misma Constitución, para aplicar de preferencia los mandatos constitucionales, porque en realidad no puede afirmarse aquí una discriminación de las constitucionalmente proscritas, sino únicamente la regulación de manera distinta de situaciones diferentes, que es precisamente una cabal aplicación del principio constitucional de igualdad de trato.

“Esto último se dice por la Corte al no poder admitir la afirmación de que sea igual la situación del titular de una pensión empresarial cuando se dispuso expresamente en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral (o por acuerdo entre las partes para los casos de la pensión voluntariamente reconocida por el patrono) que no sería compartida con el Instituto de Seguros Sociales la pensión de jubilación reconocida, a la situación del pensionado cuando se pacta la compartibilidad de la pensión extralegal con la pensión de vejez.

“Adicionalmente, cabe anotar que en los reglamentos que dicta el Instituto de Seguros Sociales para regular la manera como asume los riesgos en los que subroga al patrono originalmente obligado, se encuentra establecido expresamente que sólo se admitan cotizaciones respecto de quienes tienen el carácter de afiliados forzosos o facultativos, sin que pueda pretenderse obligar a dicha entidad de seguridad social a aceptar como válidas cotizaciones por fuera de sus propios reglamentos, como en este caso sucedió, ya que el Banco Caldas continuó cotizando como si Oscar Guingue Hoyos fuera su trabajador, siendo la verdad que lo había jubilado en cumplimiento de una conciliación mediante la cual dieron por terminado el contrato de trabajo que los vinculaba.

“Con independencia de que su intención realmente no haya sido fraudulenta, y de que las cotizaciones se hicieran en la máxima categoría salarial asegurable, el Instituto de Seguros Sociales está obligado a sujetarse a sus reglamentos e igualmente a hacerlos cumplir por los patronos y afiliados, y en general por todos aquellos que quedan sometidos a dicha normatividad, y, por ello, si una persona sin tener derecho ha sido afiliada al régimen, "como sería el caso del que no tiene la calidad de trabajador dependiente o independiente o de quien no se encuentra entre los grupos de población o en la zona geográfica llamada de inscripción" o del pensionado particular cuya pensión no deba compartir, tiene el deber de cancelar la afiliación indebida, parcial o totalmente, según sea el caso. Es por esto que no puede entenderse como mal interpretado o aplicado indebidamente en el fallo el artículo [20](#) del Decreto 2665 de <sic, es

1988> 1968, por ser indiscutible que por haber sido pensionado el hoy recurrente no podía el Banco Caldas hacerlo figurar como su trabajador para efectos de continuar cotizando para el riesgo de vejez, no solamente porque para esa época aún no se había dictado el Acuerdo [29](#) de 1985, sino, principalmente, porque la pensión concedida en virtud de la conciliación no iba a ser compartida por el Instituto de Seguros Sociales por haberse así expresamente dispuesto.

“Por todo lo dicho, reitera la Corte que la interpretación planteada por el recurrente expresa muy bien la reforma o mejora que sería aconsejable hiciera el Instituto de Seguros Sociales; empero, lo que resulta innegable es el hecho de que el precepto vigente, al que el fallador está obligado a atenerse para su interpretación y aplicación, sin importar las objeciones técnicas o deficiencias que presente, es el artículo [5º](#) del Acuerdo 29 de 1985, y especialmente su parágrafo 1º, lo que obliga a concluir que "de lege lata" una vez Oscar Guingue Hoyos comenzó a disfrutar de la pensión de jubilación que le reconoció quien fuera su patrono con anterioridad a la vigencia del Acuerdo [29](#) de 1985, en virtud de una conciliación en la que no convinieron que la pensión fuera compartida con el Instituto de Seguros Sociales, el Banco Caldas no podía válidamente continuar cotizando para el riesgo de vejez como si él todavía trabajara a su servicio, por lo que las cotizaciones que por la entidad de previsión social se recibieron no deben ser tenidas en cuenta para determinar el monto de la pensión de vejez a la que es acreedor el recurrente y que está recibiendo.” (febrero 16/10).

Por lo visto, el ad quem cometió el desacierto jurídico que la acusación le endilga y, en consecuencia, se casará la sentencia atacada, en cuanto confirmó la condena al Instituto de Seguros Sociales por concepto del reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante. Se hace innecesario, entonces, el estudio del segundo cargo, que procuraba igual cometido.

En instancia, con fundamento en las mismas consideraciones que se dejaron consignadas al despachar el cargo, se revocará la sentencia del juez de primer grado, para en su lugar, absolver al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, de lo pretendido por DIONISIO CAPTUAYO.

Sin costas en casación, ni en la alzada. Las de primera instancia, a cargo de la parte demandante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida el 31 de julio de 2008, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. En instancia, revoca la de 31 de marzo de 2006, dictada por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, y en su lugar, absuelve al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de las pretensiones formuladas por DIONISIO CAPTUAYO.

Sin costas en casación, ni en la alzada. Las de primera instancia, a cargo del demandante.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

CAMILO TARQUINO GALLEGÓ

JORGE MAURICIO BURGO RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

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

