

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: CAMILO TARQUINO GALLEGO

Radicación No.41754

Acta No. 21

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil doce (2012).

Se resuelve el recurso extraordinario de casación interpuesto por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 10 de marzo de 2009, en el proceso promovido por LUIS HERNANDO DONADO TOVAR en contra del Instituto recurrente.

ANTECEDENTES

LUIS HERNANDO DONADO TOVAR demandó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral de primera instancia, se ordene: (i) el reconocimiento y pago del retroactivo de la pensión de vejez, desde el 1° de enero de 2004 “por haberse producido su desvinculación desde el 31 de diciembre de 2003 (...) La pensión retroactiva que se solicita lo es por el lapso comprendido entre el 1 de enero de 2004 y el 1 de Julio de 2005, pues a partir de esta fecha se viene reconociendo dicha Pensión por vejez”; (ii) intereses moratorios de que trata el Artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las sumas debidas por concepto de pensión (folios 4 y 5).

Como fundamento de las pretensiones, expuso que laboró al servicio de la Librería Científica Ltda., y en tal carácter fue afiliado al ISS; que solicitó la pensión de vejez al ISS, la que fue otorgada mediante Resolución 011797 de 2005, a partir del 1° de Julio de 2005 y por valor de \$3.841.648, con base en 1.579 semanas cotizadas, un ingreso base de \$4.268.498 y una tasa de reemplazo del 90%; que su desvinculación al Sistema se produjo el 30 de diciembre de 2003 “sin que la misma se asentara oportunamente por lo cual hubo de procederse **a la desafiliación**

retroactiva del afiliado luego del cumplimiento de los requisitos exigidos por el Seguro Social"; que por lo visto la pensión debió otorgarse oportunamente, so pena de incurrir la obligada en la sanción del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que formuló la reclamación correspondiente, la que fue negada, previa la interposición de una acción de tutela por violación al derecho de Petición, a través de la Resolución 13266 del 12 de Junio de 2006, al abstenerse de modificar la Resolución primigenia; apuntó que el ISS comunicó el 27 de septiembre de 2006, "que aparecía debidamente actualizada la novedad de Retiro"; que le fue descontado del valor de la pensión, sumas de dinero por salud sin que se remitieran a la E.P.S. por lo cual deben serle reintegradas o devueltas, con los intereses moratorios o debidamente indexados (fls. 2 a 4).

El ISS al contestar la demanda (folios 43 a 45), se opuso a las pretensiones; en cuanto a los hechos adujo no constarle la mayoría, y fundó la negativa a pagar el retroactivo de la pensión, y en que, hasta esa fecha no se había registrado mediante el formulario de autoliquidación la novedad del retiro del Sistema General de Pensiones". Propuso las excepciones de ausencia de causa para pedir; improcedencia del pago de intereses moratorios; improcedencia de la condena en costas; buena fe; prescripción, y compensación. (Fls. 42 a 45).

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 30 de mayo de 2008, condenó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a reconocer a LUIS HERNANDO DONADO TOVAR, retroactivo pensional e intereses moratorios por: \$77.716.534 y \$17.306.436, respectivamente, con costas al ISS (Folios 52 a 56).

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Apeló la parte demandada, y el Tribunal por sentencia del 10 de marzo de 2009, confirmó la del a-quo, e impuso costas al Instituto demandado.

Con apoyo en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 del mismo año de 1990 y preceptos 5, 25, 64 y 65, los cuales transcribió asumió que el disfrute de la pensión se da con la desafiliación del régimen general de pensiones, a través de la novedad reportada por el empleador o por el mismo cotizante "dependiendo del caso". Advirtió que la última cotización se efectuó en Diciembre de 2003 (fl. 35) y que en la planilla de autoliquidación aparece "la <R> de retiro, justamente en la casilla de novedades y liquidación", por lo que concluyó que "tuvo razón el a quo en haber condenado por el retroactivo".

Encontró viables los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del vencimiento del plazo de 4 meses, después de presentada la reclamación, con arreglo al precepto 33 del mismo estatuto, que en este caso, se hizo el 2 de febrero de 2004.

Con acopio de lo que dice ser posición reiterada de la Corte, sostuvo que la prestación reclamada –con fundamento en el sistema anterior por remisión expresa de transición- comulga con la normativa de la Ley 100 de 1993 "entre ellas los intereses moratorios, los que son procedentes, luego el ataque por esta vía resulta vano".

EL RECURSO DE CASACIÓN

Fue interpuesto por la entidad demandada, concedido por el Tribunal y admitido por esta Corporación, se procede a resolver, previo el estudio de la demanda que lo sustenta.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte “...CASE PARCIALMENTE el fallo impugnado en cuanto confirmó el ordinal segundo de la Sentencia del a quo, para que en sede de instancia modifique el referido ordinal, disponiendo en su lugar la condena por intereses de mora a partir del 5 de noviembre de 2005.”

Con fundamento en la causal primera, el Instituto impugnante formula un cargo, que fue replicado.

ÚNICO CARGO

Dice: “Por la vía indirecta se acusa la sentencia impugnada de violar, por aplicación indebida, los artículos: 2, 13 y 35 Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad; 5, 25, 64, 65 del Acuerdo 044 de 1989, aprobado por el decreto 3063 de ese mismo año; 33, 36 y 141 de la Ley 100 de 1993; 2 de la Ley 794 de 2003; 145 del Código de Procedimiento laboral y el 230 de la Constitución Política de Colombia”.

Atribuye al Tribunal la comisión de errores evidentes de hecho:

“1. No dar por demostrado, estándolo que el retiro del señor LUIS HERNANDO DONADO TOVAR del sistema de seguridad social se llevó a cabo el 5 de julio de 2005.

“2. Dar por demostrado, contra la evidencia, que el retiro del señor LUIS HERNANDO DONADO TOVAR del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES se realizó el 30 de diciembre de 2003.

“3. No dar por demostrado, estándolo que para el día 2 de febrero de 2004, el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, no se encontraba en mora en el reconocimiento de la pensión de vejez del señor DONADO TOVAR”.

El desviado juicio del sentenciador de segundo grado se denuncia a través de la errónea apreciación de: la planilla de autoliquidación (fl. 35); respuesta de la demanda (fls. 42 a 45), y el escrito de sustentación de apelación (fls. 59 a 61); así como de la no valoración de la Resolución 13266 del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (fl. 24).

Luego de copiar un pasaje de la sentencia acusada, referente a la imposición de los intereses de mora, apunta que para el 2 de febrero de 2004, cuando elevó su solicitud, el señor DONADO TOVAR se encontraba todavía afiliado al Sistema General de Pensiones, “dado que se presentó una inconsistencia en el formulario de autoliquidación, la cual debía ser verificada y actualizada en la base de datos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES”.

Explica que el dato del retiro se ubica “en la parte superior derecha de la planilla de autoliquidación obrante a folio 35”, que tal corrección se presentó ante el Departamento de Recaudo y Correcciones de la seccional Antioquia, por manera que colige: (i) que desde el 5 de julio de 2005 “quedó retirado del Sistema de Pensiones”, de tal suerte que erró el Colegiado al no dar por acreditado que a la fecha de la solicitud – 2 de febrero de 2004- el actor, no se encontraba efectivamente retirado del Sistema de Pensiones del ISS, dado que asumió que el retiro se dio en diciembre de 2003, sin observar que la corrección se presentó el 5 de julio de 2005. De esta manera, prosigue la censura, de no haber incurrido en el yerro, no habría contado los 4 meses a partir del 2 de febrero de 2004, pues aún no estaba vinculado al sistema.

Asevera que, no tener en cuenta la Resolución 13266 de junio de 2006, no se percató que el

Instituto consignó que la última cotización se verificó el 30 de Diciembre de 2003, sin que en el formulario de autoliquidación se hubiera registrado la novedad de retiro, a través de corrección presentada personalmente por el empleador y que “Surtida la corrección el asegurado podrá solicitar el retroactivo correspondiente a través de cualquier Centro de Atención al Pensionado”.

Dice que en la contestación de la demanda y en la sustentación del recurso de apelación, realizó idéntico énfasis, dado que los fulminados intereses moratorios no son procedentes, como consecuencia de la intempestiva solicitud de reconocimiento pensional, sin que previamente militara el retiro al Sistema General de Pensiones, “motivo por el cual no se podría predicar el cobro de los intereses moratorios en la forma que establece el artículo 33 de la ley 100 de 1993”.

LA RÉPLICA

Afirma que no está claro la cuantía del interés jurídico para recurrir, y que no se atacaron los puntos centrales de la sentencia acusada, relativos a la fecha de la solicitud de la prestación económica -2 de febrero de 2004- y la última cotización realizada por el empleador -30 de diciembre de 2003- “con lo cual se ratifica la novedad de retiro en pensión a favor del señor DONADO TOVAR en el ciclo de cotización 2003-12 (Fls 26) y lo cual condujo a que el ISS por medio de auto administrativo reconociera la pensión de vejez”.

SE CONSIDERA

Sin duda, la cuantía de las condenas cumple el requisito de la cuantía para recurrir en casación, pues el interés económico se determina por el agravio que sufre el impugnante con la sentencia acusada lo que significa que la oportunidad que tuvieron el Tribunal y la Corte para conceder y admitir el recurso, respectivamente, sin que se prevea que ello sea motivo para declararlo desierto, y en segundo lugar, la oportunidad procesal para determinar la viabilidad del recurso extraordinario es el de la fecha del fallo de segunda instancia, y no una posterior.

A juicio de la Sala, para resolver el asunto es necesario hacer algunas precisiones, en torno al tema objeto de controversia: Lo primero se patentiza con la solicitud elevada por el titular del derecho a la entidad de la seguridad social, en el sentido de que satisfizo los requisitos señalados por la Ley de seguridad social para hacerse acreedor a la pensión de vejez –generalmente edad y tiempo de servicios o densidad de cotizaciones-. El incumplimiento de la entidad al reconocimiento acarrea al ente consecuencias que se ven reflejadas en el pago de intereses moratorios.

Mientras que la desafiliación o retiro, ya no es exclusivamente al sistema general de pensiones sino al de la seguridad social integral, acorde con una lógica y razonada hermenéutica del artículo 17 inciso 2º de la Ley 100 de 1993, que de paso ha de señalarse no derogó ni sustituyó el 13 del Acuerdo 049 de 1990 o del Decreto 758 del mismo año, pues, apenas lo adicionó o modificó (art. 31 inc. 2º); la desafiliación o retiro, decimos, trae como punto de partida el retroactivo pensional.

Naturalmente, que esta diferencia surge de la comparación de dos normas, artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 o Decreto 758 de 1990, cuya aplicación en este evento no ofreció ninguna resistencia, máxime si, como se acaba de afirmar, la aplicación de la última obedece a la previsión del inciso 2º del artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

Sobre la diferencia conceptual entre los fenómenos antes mencionados, esta Sala de la Corte ha enseñado entre otras, en sentencia de 24 de marzo de 2000, radicación 13425 que:

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

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

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

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

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

En consecuencia, existe un enlace temático, por un lado entre: la causación del derecho, el reconocimiento del mismo y el pago de intereses, incluido el período de gracia otorgado a favor de la obligada para responder la solicitud; por el otro están entrelazados: el disfrute pensional, el retiro del sistema y pago del retroactivo, fenómeno éste que se presenta una vez se desvincula el asalariado de la nómina del empleador, pues, como ya lo expresó esta Corporación

“Precisamente una de las finalidades de la pensión es reemplazar el salario, esto es, suplir la pérdida de ganancia del mismo”, objetivo que evidentemente no cumplen los intereses moratorios, al menos de modo principal.

En este orden, la generación de intereses se puede producir sin que aún se haya dado las condiciones para el pago del retroactivo, el cual penderá de la desafiliación o retiro del sistema y no directamente del reconocimiento pensional al cual responderá a la generación de los primeros sino se reconoce la pensión a tiempo, sin perjuicio, de que también se deban posteriormente por efecto de la mora en el pago de mesadas pensionales, fenómeno que se ofrece una vez reconocida la prestación en los términos del artículo 141 ibidem.

Por consiguiente, si la prestación principal se reconoció oportunamente no hay lugar al reconocimiento de intereses, lo que no es óbice para afirmar que si posteriormente, la deudora se retrasa en el pago de una o varias mesadas, el acreedor tendrá derecho a devengar intereses por la

mora.

De tal suerte, que el punto medular de la cuestión debatida en este recurso, se reduce a definir los dilemas: i) ¿a partir de cuándo correrán los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?; ii) ¿se contará a partir del momento en que el empleador o el trabajador comuniquen al ISS el retiro del afiliado del sistema?.

En cuanto al primer interrogante, y como tantas veces lo ha puntualizado esta Sala, la cuestión acá debatida hace mención al hecho de que por haberse causado la prestación al colmarse los requisitos que la ley prevé para su reconocimiento, la entidad se retardó no obstante haberse elevado la solicitud, lo cual le genera como sanción el pago de intereses a partir del momento de la satisfacción de tales requisitos, previo el descuento del tiempo que la ley concede al organismo de la seguridad social para que se surtan los trámites internos de la solicitud.

La respuesta al último interrogante no está marcada a partir del día en qué el demandante se retiró del sistema de seguridad social, pues, como ya se dijo este punto se relaciona con la condena del retroactivo pensional que no fue materia del recurso.

Aquí no juega, entonces, ningún papel el retiro del sistema ni el disfrute pensional que constituyó el desarrollo del cargo. En ese orden, no hay norma que prevea que los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 corran a contar a partir del disfrute, sino que la jurisprudencia ha señalado que ellos corren después de la presentación de la solicitud, tal como lo tuvo en cuenta el Ad-quem.

Para ilustrar lo dicho se trae a cuento el pronunciamiento de esta Sala, mediante sentencia del 21 de noviembre de 2077, radicación 31214, posición que ha sido reiterada en múltiples fallos:

“Para desestimar la acusación contenida en el cargo, basta con decir que esta Sala de la Corte ya tuvo la oportunidad de pronunciarse y definir la temática propuesta, es así que en sentencia del 9 de abril de 2003 radicado 19608, reiterada en casación del 15 de agosto de 2006 radicación 27540, se dejó sentado que los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se han de pagar desde el preciso momento en que se dio el retardo, esto es, para el caso, desde cuando se elevó la solicitud ante la entidad de seguridad social de la pensión de sobrevivencia (...) en la medida que su reconocimiento es una de las consecuencias que debe asumir quien controvierte judicialmente ese derecho pensional sin tener la razón de su parte. En la última de las sentencias rememoradas, la Corporación expresó:

“(.....) la norma cuestionada, artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor:

<ART. 141.- Intereses de mora. A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago>.

Del texto de la anterior disposición legal se desprende que los intereses moratorios se producen en caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales, lo cual tiene como propósito reparar los perjuicios que se le ocasionan al pensionado por parte de las entidades de seguridad social encargadas del reconocimiento de la prestación económica, que incurran en mora o retrasen la cancelación de las mismas. Lo anterior está acorde con el mandato del artículo 53 de la Constitución Política que propende por garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste

periódico de las pensiones.

Esta Sala de la Corte ha tenido la oportunidad de estudiar y definir el tema, y al respecto ha adoctrinado, que para que nazca el derecho a la cancelación de los intereses de mora consagrados en el citado precepto legal, solamente debe estarse frente al incumplimiento de la obligación de la entidad llamada a reconocer la pensión a su cargo, y que por tanto tales intereses no están sujetos a miramientos, condiciones o requisitos diferentes a ese mero incumplimiento, es así que en **sentencia del 9 de abril de 2003 radicado 19608**, puntualizó:

<Para demostrar la aplicación indebida del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la recurrente afirma, en síntesis, que los intereses de mora no pueden decretarse sino desde el momento en que se declare la existencia del derecho pensional y no antes.

Para la Corte, ese razonamiento resulta equivocado, pues, como ha tenido oportunidad de precisarlo al determinar el momento a partir del cual, en eventos como el presente, se configura el derecho a percibir los intereses en caso de mora en el pago de mesadas pensionales, consagrado en el citado artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la causación de ese derecho no está sujeta a condiciones o requisitos distintos al incumplimiento de la respectiva obligación pensional, la cual surge cuando se consolida el derecho prestacional por reunirse los requisitos establecidos en la ley.

El espíritu del soporte legal traído a colación, radica en que ante la “mora” en el pago de la obligación pensional, surgen de manera accesoria los intereses, sin miramientos o análisis de responsabilidad, buena fe, cumplimiento o eventuales circunstancias.

Por tanto, los razonamientos del censor sobre disquisiciones en torno a la trascendencia del momento en que surge el derecho pensional con la decisión judicial, para la liberación de los intereses por esa tardanza, llevan una inteligencia equivocada del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al agregarle al contenido del citado precepto, exigencias y eximentes no previstos por el legislador.

Y ello es así porque, como es apenas natural, para que se configure el derecho al pago de los intereses de mora consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, solamente debe estarse frente al incumplimiento de la obligación de la entidad de reconocer la pensión a su cargo, que se tiene desde que el reclamante reúne las exigencias de edad, tiempo de servicio y demás exigencias legales en particular.

De lo que viene de decirse, se colige que no incurrió el Tribunal en el quebranto normativo que se le imputa en el ataque, pues utilizó la norma pertinente a la situación fáctica que encontró acreditada, haciéndole producir las consecuencias previstas por el legislador. Por tal razón, el cargo no es próspero>.

Lo que significa que la fecha en que se hacen exigibles los citados intereses de mora, no es otra que la del retardo o retraso en el pago de ese beneficio pensional.

En un asunto como el que ocupa la atención a la Sala, **es de precisar, que sólo es dable hablar de retardo una vez los beneficiarios que se consideran con derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, realizan la respectiva solicitud de reconocimiento, que es cuando en verdad la entidad ha debido proceder a su pago”.**

Por lo visto el cargo no prospera.

Las costas en casación a cargo de la recurrente, dado que hubo réplica.

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, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 10 de marzo de 2009, en el proceso promovido por LUIS HERNANDO DONADO TOVAR contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Costas en el recurso extraordinario a cargo del recurrente, que se liquidarán por secretaría. Como agencias en derecho se fija la suma de \$6.000.000, oo.

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

CAMILO TARQUINO GALLEGU

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO 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

