

Rad.42350

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Magistrado Ponente

SL5515-2016

Radicación n.º 42350

Acta No.13

Bogotá, D.C., veinte (20) de abril de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por MARCO ABID VALDÉS BUENO, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 30 de junio de 2009, en el proceso que instauró contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES., hoy COLPENSIONES.

I. ANTECEDENTES:

Marco Abid Valdés Bueno, llamó a juicio al Instituto de Seguros Sociales, para que se declare que "SE REVOQUE la Resolución No 05333 de abril 25 de 2007, proferida por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – SECCIONAL VALLE, por medio de la cual se le concede el pago de la PENSION POR VEJEZ a favor de mi mandante, pero se le desconoce el RECONOCIMIENTO Y PAGO DEL RETROACTIVO PENSIONAL A PARTIR DEL 19 DE DICIEMBRE DEL 2002 HASTA EL MES DE FEBRERO DE 2006". Como consecuencia de lo anterior, solicita el pago del mencionado retroactivo hasta cuando le fue cancelada su primera mesada pensional; los intereses moratorios del artículo 141 de Ley 100 de 1993; y las costas del proceso.

En sustento de las anteriores pretensiones, afirmó que cumplió los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, para acceder al derecho a la pensión de vejez, ya que desde el 19 de diciembre de 2002, tenía la edad de 60 años y 1299 semanas cotizadas; que formuló solicitud de su prestación económica al ISS el 23 de noviembre de 2005; que su último empleador fue SAENZ EDITORES LTDA, con quien efectuó los aportes para pensión, conforme se corrobora en su historia laboral; la pensión de vejez le fue reconocida en cuantía de \$818.252,00, a partir del 19 de diciembre de 2003, teniendo como base de liquidación 1299 semanas cotizadas y un IBL de \$909.169,00, al cual se le aplicó el 90%; la entidad demandada desconoce de manera ilegal su derecho adquirido al retroactivo de la pensión de vejez, por cuanto su derecho pensional lo obtuvo a partir del 19 de diciembre de 2002, cuando cumplió los requisitos de edad y semanas de cotización; que no puede alegar la demandada el no haberse reflejado el retiro del sistema, por cuanto esa es una obligación existente entre el empleador y la entidad que administra el sistema, más no puede recaer en el trabajador por ser un asalariado dependiente; que no cotizó desde el año de 1998, por lo que pasó a ser un afiliado inactivo después de los 6 meses de haber dejado de hacer aportes, conforme al artículo 13 del Decreto 692 de 1994.

Al dar respuesta a la demanda, el Instituto de Seguros Sociales se opuso a la prosperidad de

las pretensiones incoadas; respecto de los hechos, admitió el reconocimiento que le hizo al actor de la pensión de vejez, el número de semanas que le tuvo en cuenta, así como el salario base de liquidación, la tasa de reemplazo y el monto de la primera mesada; en cuanto los demás fundamentos fácticos, adujo que no les constaba. Propuso las excepciones de carencia del derecho e inexistencia de la obligación y prescripción (folios 27 a 29).

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue proferida el 15 de diciembre de 2008, y con ella, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Cali, condenó a la entidad demandada a reconocer y pagar al demandante las mesadas correspondientes al retroactivo de su pensión de vejez desde el 19 de diciembre de 2002 al 31 de enero de 2006, al igual que los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (folio 54 a 59).

I. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La alzada se surtió por apelación de la demandada, que terminó con la sentencia atacada en casación, la cual revocó la de primera instancia, y en su lugar, absolvió a la entidad demandada de todas las reclamaciones incoadas en su contra (folio 5 a 9 del cuaderno del Tribunal).

En sustento de su decisión, precisó que la pensión de vejez no puede ser reconocida de manera oficiosa, por cuanto el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, establece la necesidad de petición de parte, ya que existe autonomía del afiliado respecto de la fecha del goce de su mesada pensional, en tanto que bien puede, a pesar de cumplir con los requisitos para acceder a ella, diferir su disfrute para momentos posteriores.

Es así como concluyó, que debe mediar la comunicación sobre la desafiliación del sistema, ya que el ISS no tiene obligación de averiguarla.

I. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, que procede a resolver.

I. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que se case totalmente la sentencia del ad quem, para que en sede de instancia, "en lugar del fallo casado, se sirva revocar íntegramente el fallo de segunda instancia, dictado por el HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA LABORAL,...., para que luego, o a continuación, constituida la Corte en sede de instancia, confirme en todas sus partes el fallo de primer grado con la imposición de condena al demandada INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante".

Con fundamento en la causal primera de casación laboral, formula dos cargos que oportunamente fueron replicados por la demandada.

I. CARGO PRIMERO

Se acusa la sentencia impugnada por ser violatoria por vía directa, a causa de la aplicación indebida del artículo 13 del Decreto 758 de 1990.

En la demostración del cargo, destaca que el sentenciador de alzada no podía aplicar el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, por cuanto en el caso concreto el demandado elevó solicitud de pensión por vejez desde el 23 de noviembre de 2005, y el ISS le reconoció dicha prestación económica a partir del 1° de febrero de 2006, y no desde la fecha en que adquirió su derecho pensional por cumplir la edad de los 60 años y más de 1.000 semanas, esto es, desde el 19 de diciembre de 2002. Precisa, que el Tribunal desconoce el verdadero sentido de la norma, por cuanto la ley aplicable al caso concreto es el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, el cual establece como únicos requisitos la edad y el número de semanas de cotización para poder acceder a la pensión de vejez.

I. CARGO SEGUNDO

Por la vía indirecta, acusa la sentencia gravada de ser violatoria del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, bajo la modalidad de aplicación indebida.

Señaló como errores manifiestos de hecho en que incurrió el Tribunal, los siguientes:

1. (...) No dar por demostrado, estándolo, que el demandante MARCO ABID VALDÉS BUENO, elevó solicitud de su PENSIÓN POR VEJEZ ante el demandado INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

2. Invertir la carga de la prueba para hacerla más gravosa y en contra del empleado y exonerando de toda responsabilidad al EMPLEADOR Y AL FONDO DE PENSIONES, en quienes recaía la responsabilidad de manera directa.

3. No dar por demostrado, estándolo, que mi mandante al momento de elevar su solicitud de pensión por vejez, tenía derecho al reconocimiento de la misma, desde el momento en que adquirió su derecho, es decir a partir del 19 de diciembre de 2002 y no como fraudulentamente lo efectuó el demandado a partir del 1° de febrero de 2006.

4. Dar por demostrado, sin estarlo, que mi mandante siguió laborando por el simple hecho de que el EMPLEADOR no efectuó el retiro de sus trabajadores del fondo de pensiones, a pesar de que ya habían pasado más de seis (6) años que ese empleador no le cotizaba por ningún concepto al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y además que este tenía a su disposición la manera de hacer efectivo el cobro al empleador moroso.

Como pruebas no apreciadas, denunció la radicación de la solicitud de la pensión de vejez que hizo el actor el 23 de noviembre de 2005 y la historia laboral donde claramente se puede establecer que el demandante laboró hasta el año de 1999 y que sus cotizaciones por concepto de pensión solo abarcaron hasta ese año.

Para demostrar el ataque, expone que el sentenciador de alzada incurrió en los errores de hecho relacionados, por cuanto se rigió únicamente por lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, argumentando que dicha normativa establece la necesidad de petición de parte para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; aduce que el Tribunal no tuvo en cuenta en la prueba documental, la solicitud que se hizo por parte del demandante de la pensión de vejez el día 23 de noviembre de 2005, y sobre la cual se pronunció el ISS tan solo en el año 2006.

Que si bien es cierto para la fecha en que se resolvió el derecho prestacional a favor del actor,

éste no trabajaba desde hacía 7 años, no es menos cierto que este derecho nace con el cúmulo del trabajo desarrollado en toda su vida laboral para obtener un número de semanas exigidas por la ley y el cumplimiento de una determinada edad.

I. RÉPLICA

En la oposición a los cargos se solicita que se desestimen, no solo por las deficiencias técnicas que presentan, sino además, porque el Tribunal con su decisión no infringió norma legal alguna.

Que si bien no puede desconocerse que al ad quem le faltó claridad en la argumentación que expuso para concluir que el sentenciador de primer grado se equivocó al acoger las pretensiones, es evidente que el sentenciador con base en lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, dice que depende de la autonomía de la voluntad del afiliado señalar la fecha a partir de la cual quiere disfrutar de su pensión y, consecuente con ello, echó de menos la comunicación que el asegurado le hace saber a la demandada. Asegura que el Tribunal no incurrió en la aplicación indebida de aquella normativa, porque era a la luz de ese precepto que debía desatar la controversia relativa a la fecha a partir de la cual el actor tenía derecho a disfrutar de la pensión de vejez.

Sobre el segundo cargo expresa que los denominados como errores de hecho carecen de esa connotación, ya que son planteamientos jurídicos. Además, advierte, que las pruebas denunciadas no demuestran la desafiliación del sistema, sino que el 23 de noviembre de 2005 el demandante solicitó el reconocimiento de la pensión y que solo cotizó hasta el año 1999.

I. CONSIDERACIONES

Tal y como lo plantea el opositor, varias son las deficiencias técnicas que comprometen el estudio sobre el fondo de los cargos propuestos, y que imponen la desestimación de los ataques, en tanto el censor desconoce las reglas mínimas que gobiernan el recurso extraordinario de casación.

En efecto, lo primero que advierte la Corte al emprender el estudio de la demanda que sustenta es una impropiedad al formular el alcance de la impugnación, en tanto solicita a la Corte que una vez case totalmente la sentencia impugnada que es la del sentenciador de alzada, "se sirva recovar íntegramente el fallo de segunda instancia", lo cual es técnicamente inaceptable, en la medida en que es un contrasentido pretender la revocatoria de la misma sentencia del Tribunal, ya que de casarse la providencia atacada, desaparece del ámbito jurídico, y no es posible infirmar lo que no existe.

Aun cuando lo anterior sería superable, bajo el entendido de que el querer del recurrente podría desentrañarse, esto es, solicita que una vez se case la sentencia del Tribunal, en sede de instancia confirme la del Juzgado, la existencia de otras irregularidades insuperables conllevan a que deba desestimarse el ataque.

Lo advertido, por cuanto en el primer cargo, también incurre el impugnante en la impropiedad de dirigir el ataque por la vía directa esgrimiendo cuestionamientos de naturaleza fáctica, que escapan a la senda que se ha seleccionado, pues la misma presupone una total y completa conformidad del censor con los temas fácticos y probatorios, circunscribiéndose la discusión al plano estrictamente jurídico. Ello en virtud a que el recurrente para tratar de acreditar la supuesta violación a la ley que denuncia, alude a que "no podía el sentenciador aplicar el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, porque en el caso concreto del demandante MARCO ABID VALDES

BUENO, elevó su solicitud de pensión por vejez ante el demandado", ... "tal y como aparece demostrado en el acerbo (sic) probatorio presentó su solicitud de PENSIÓN POR VEJEZ desde el 23 de noviembre de 2005 ante el fondo de pensiones del ISS".

En cuanto al segundo cargo, a pesar de ser dirigida la acusación por la vía indirecta, mediante el señalamiento de errores de hecho y la denuncia de algunas pruebas por su no valoración, propone discusiones que se ubican más en el plano de lo jurídico y no en el fáctico, como es el relacionado con "la inversión de la carga de la prueba", con lo que incurre el censor en una indebida mixtura de las dos sendas de ataque al plantear al unísono aspectos tantos fácticos como jurídicos.

Al efecto, es pertinente rememorar lo que de tiempo atrás tiene adocinado la Corte, consignado recientemente en la sentencia SL5437 – 2014, al precisar:

"cuando se está debatiendo lo concerniente a quién tiene la carga de probar un determinado hecho y el principio de libertad probatoria, la vía adecuada es la directa, porque en estos eventos no se trata de establecer errores de valoración probatoria sino la violación de los preceptos legales que la gobiernan. Sobre el particular resulta ilustrativo lo expuesto en la sentencia CSJ SL, 23 jul 2008, rad. 33774.

Aun si se dispensaran las falencias técnicas advertidas, los cargos tampoco lograrían tener vocación de prosperidad, por cuanto si bien es cierto que el actor no volvió a realizar cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones desde el 31 de enero de 1999, conforme se advierte de la historia laboral que obra a folios 41 a 49 del expediente, esa sola circunstancia no es razón suficiente para deducir que existió la necesaria desafiliación del sistema desde dicha calenda, en tanto que para esa fecha el demandante aún no tenía los 60 años de edad que se exige para acceder a la pensión de vejez, en tanto que según la fotocopia de la contraseña de la cédula de ciudadanía de folio 19, los 60 años de edad fueron cumplidos el 19 de diciembre de 2002.

Ya esta Corporación tiene precisado, que la falta de cotización no supone necesariamente la desafiliación del sistema, para lo cual resulta pertinente rememorar lo expuesto en la sentencia CSJ SL6035-2015, en cuanto al reiterar lo precisado en la sentencia CSJ SL. 1º feb. 2011, rad. 38766, se dijo:

(...) no es exacto afirmar que la desafiliación del sistema de pensiones pueda presentarse de manera tácita, como que supone un acto de declaración de voluntad, bien sea del empleador o del afiliado, que, desde luego, debe ser conocido por la entidad de seguridad social respectiva, que habrá de tomar las medidas administrativas correspondientes para que el afiliado pueda considerarse excluido del sistema.

"Por otra parte, la falta de cotizaciones no supone necesariamente la desafiliación, porque la afiliación al sistema se mantiene así no existan cotizaciones, de modo que se trata de figuras jurídicas que, aunque íntimamente vinculadas y complementarias, son distintas.

Así se desprende de lo que explicó la Corte en la sentencia de 9 de septiembre de 2009, radicación 35211, en la que dijo:

""Claro que la afiliación y la cotización, si bien hacen parte de la relación jurídica de seguridad social y, por consiguiente, con estrechas vinculaciones y recíprocas influencias, son conceptos jurídicos distintos, que no es dable confundirlos, y que están llamados a producir secuelas totalmente diferentes en el mundo del derecho.

"La afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquél.

"De tal suerte que la pertenencia al sistema de seguridad social está determinada por la afiliación y en ésta encuentran veneno todos los derechos y obligaciones, consagrados a favor y a cargo de los afiliados y de las administradoras o entes gestores.

"Nadie puede predicar pertenencia al sistema de seguridad social, mientras no medie su afiliación; y ningún derecho o ninguna obligación de los previstos en dicho sistema se causa a su cargo sin la afiliación.

"La cotización, por su parte, es una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social, que, como ya se explicó, deriva, justamente, de la afiliación.

"Mientras que la afiliación ofrece una pertenencia permanente al sistema, ganada merced a una primera inscripción, la cotización es una obligación eventual que nace bajo un determinado supuesto, como lo es la ejecución de una actividad en el mundo del trabajo o el despliegue de una actividad económica.

"A partir de esa distinción, brota espontánea una conclusión: la afiliación al sistema de seguridad social, en ningún caso, se pierde o se suspende porque se dejen de causar cotizaciones o éstas no se cubran efectivamente.

"Así surge de lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, que al regular la permanencia de la afiliación, dispone: "La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones".

"Ahora bien, cumple aclarar que una novedad de retiro de un trabajador al servicio de un empleador no es igual a la solicitud de desafiliación del sistema pensional, porque con aquella simplemente se informa un hecho que supone un cambio en la situación laboral del afiliado y que, desde luego, como regla general, no implica la desafiliación del sistema; en tanto que la solicitud de desafiliación adquiere un carácter definitivo y, como la afiliación tiene carácter permanente, puede darse solamente cuando se hayan cumplido los requisitos para obtener el derecho a una prestación por vejez o invalidez, según se dijo con antelación, de suerte que es posible que, así se solicite la desafiliación del sistema, el trabajador continúe laborando para su empleador o para otro".

En las condiciones que anteceden, como la desafiliación del sistema se constituye en un supuesto necesario para que los trabajadores particulares puedan disfrutar de la pensión de vejez, tal y como lo tiene adoctrinado la Corte, para lo cual puede consultarse además, la sentencia CSJ SL682 – 2013, no incurrió el sentenciador de alzada en ninguna de las violaciones a las normas legales que denuncia el recurrente, cuando negó el pago del retroactivo pensional desde la fecha pretendida en el escrito de demanda, pues vuelve y se reitera, si bien es cierto que el cumplimiento de la edad y semanas cotizadas, originan la causación del derecho a la pensión de vejez, su goce y disfrute solo se genera una vez se produce la desafiliación del sistema.

Esta Corporación, de manera reiterada y pacífica, ha sostenido respecto a la desafiliación del Sistema General de Pensiones que la misma opera respecto a la prestación de vejez de prima

media administrado por el ISS, - hoy Colpensiones, porque se constituye en la fecha hito del disfrute de la misma, tal como se señaló, entre otras, en sentencia CSJ SL, 7 feb 2012. Rad, 39206.

Es así como, al no existir evidencia alguna que demuestre la desafiliación del sistema por parte del actor en la fecha en la que se pretendía el reconocimiento de la pensión de vejez, como tampoco puede deducirse de los medios de prueba denunciados, se impone concluir que en ningún desacierto incurrió el Tribunal en la sentencia fustigada

Las costas del recurso extraordinario serán a cargo de la parte recurrente.

XI. DECISIÓN

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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 30 de junio de 2009, en el proceso que le promovió MARCO ABID VALDÉS BUENO al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES., hoy COLPENSIONES.

Las costas del recurso de casación a cargo de la parte recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$3.250.000.00.

Cópiese, notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase el expediente al tribunal de origen.

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN

Presidente de Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

2



