República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente

SL5603-2016
Radicación n. 47236
Acta 11

Bogotá, D. C., seis (06) de abril de dos mil dieciséis (2016).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por la Sala Decimoséptima de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 5 de mayo de 2010, en el proceso seguido por **ARCESIO CIRO CORREA** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

El citado accionante promovió demanda laboral para que el Instituto de Seguros Sociales fuera condenado a reconocerle y pagarle una pensión de vejez, a partir del 1º de julio de 2008, *«fecha en que se efectuó su última cotización al Sistema General de Pensiones»*, las mesadas adicionales, los intereses moratorios del art. 141 de la L. 100/1993, la indexación y las costas procesales.

En respaldo a sus pretensiones, refirió que a través de distintos empleadores, cotizó ininterrumpidamente a los riesgos de IVM, desde el 1º de junio de 1970 hasta el 30 de junio de 2008; que el 15 de enero de 2009 solicitó el pago de la pensión de vejez o, en subsidio, la indemnización sustitutiva; que mediante Resolución n. 004923 de 26 febrero de 2009, el I.S.S. le concedió la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por valor de $7.866.579.

Expresó que por haber nacido el 15 de mayo de 1947, es beneficiario del régimen de transición pensional de la L. 100/1993; que cotizó un total de 699 semanas, de las cuales 576 fueron aportadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima; que, por tal motivo, tiene derecho al pago de la pensión de vejez con arreglo a lo dispuesto en el art. 12 del D. 758/1990; que el 9 de junio de 2009 solicitó la revisión de la Resolución n. 004923 de 26 febrero de 2009, con lo cual se entiende agotada la reclamación administrativa (fls. 2-6).

El Instituto de Seguros Sociales al dar respuesta a la demanda, no se opuso a la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez, en tanto *«de oficio revisó el derecho a la pensión de vejez del señor Arcesio Ciro Correa c.c. 17.189.096, encontró que tiene derecho»*. En cuanto a los hechos, aceptó que el actor cotizó desde el 1º de junio de 1970 hasta el 30 de junio de 2008; que el I.S.S. le concedió una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez; que es beneficiario del régimen de transición y cotizó 699 semanas, de las cuales 576 fueron aportadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.

En su defensa expuso que revisó de oficio la situación del demandante y *«encontró que le da el derecho a la pensión de vejez»*. Explicó que para ingresarlo a nómina es necesario que el afiliado manifieste su capacidad de devolver lo pagado por indemnización sustitutiva o autorice el descuento de las mesadas pensionales. Refirió que la prestación se reconoce desde *«el día siguiente del retiro del sistema general de pensiones siempre y cuando se encuentre el retiro efectuado por el empleador en su historia laboral»*.

Formuló las excepciones de fondo de prescripción, compensación, improcedencia de intereses de mora e indexación, no condena en costas y la que denominó *«excepción especial: no hay oposición»* (fls. 21-25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral Piloto de Oralidad del Circuito de Medellín, mediante fallo de 1º de febrero de 2010, condenó al demandado al pago de la pensión de vejez, a partir del 1º de julio de 2008, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente; a las mesadas adeudadas por $11.217.100, y al pago de los intereses moratorios del art. 141 de la L. 100/1993 sobre los saldos insolutos y hasta tanto el I.S.S. pague la prestación. Ordenó pagar a partir de marzo de 2010 una mesada pensional por $515.000, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, y los incrementos pensionales; autorizó la compensación de lo pagado por indemnización sustitutiva y absolvió al I.S.S. de las restantes pretensiones (CD Juzgado).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de ambas partes, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante la sentencia recurrida en casación, modificó la de primer grado para disponer el reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 15 de enero de 2009 y condenar al pago de $7.738.150 por mesadas adeudadas hasta el 28 de febrero de 2010. Asimismo, modificó la providencia apelada en el sentido de condenar al I.S.S. al pago de los intereses moratorios del art. 141 de la L. 100/1993 desde el 9 de octubre de 2009 y hasta tanto inicie el pago de las mesadas adeudadas. Lo demás lo confirmó (CD Tribunal).

En lo que interesa a los fines del recurso extraordinario, el Tribunal para dar respuesta a la alzada del demandado, comenzó por señalar que de conformidad con los arts. 13 y 35 del D. 758/1990, aplicables en virtud del art. 31 de la L. 100/1993, es necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la pensión.

Indicó que, sin embargo, en virtud de la teoría del retiro tácito del sistema, compartía los razonamientos del juez de primera instancia. Al respecto, explicó que una vez cumplidos los requisitos de la pensión, la notificación constituye *«solamente una formalidad»* para disfrutar el derecho. Señaló que no tiene justificación negar el reconocimiento de la pensión *«cuando quiera que por algún medio probatorio suficientemente logrado, como puede ser entre otros, el momento en que terminó las actividades laborales, teniendo en cuenta que sobrepasaba el número de semanas mínimas y dejar de cotizar al sistema al momento que finalizó la última relación de trabajo, se establezca la condición ya no para adquirir el derecho sino para entrar a disfrutarlo».*

Adujo que la manifestación de imposibilidad de seguir cotizando para obtener el pago de la indemnización sustitutiva, de que da cuenta la Resolución n. 004923 de 2009, es equiparable a la voluntad de desafiliarse del sistema.

Expresó que la teoría del retiro tácito del sistema cobra sentido cuando una persona solicita el pago de la pensión y

deja de cotizar, ya que, en este evento, es clara su intención de que se le empiece a cancelar su prestación de forma inmediata, *«situación que sería distinta si continuase cotizando, pues se entendería buscar mejorar el monto de su pensión»*. Añadió que, de no acogerse esta teoría, habría lugar a predicar la mora de las cotizaciones posteriores a junio de 2008, *«situación que no se verifica en la historia laboral presentada por la entidad demandada, donde solamente se registra como última cotización, la efectuada respecto del ciclo 200806»*.

Por último, precisó que a su juicio, la validez de la teoría de la desafiliación tácita requería de dos presupuestos: *(i)* la cesación efectiva de las cotizaciones, y *(ii)* que se presente la solicitud pensional. Dijo que lo primero se verificó en el ciclo de junio de 2008 y lo segundo el 15 de enero de 2009.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el demandado, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida en cuanto condenó al pago del retroactivo pensional, intereses moratorios y costas procesales, para que, en sede de instancia, modifique la de primer grado *«disponiendo que se condene a pagar la pensión de vejez, a partir*

del momento en que se demuestre la desafiliación efectiva de la demandante, del sistema de seguridad social en pensiones, disponiendo sobre costas lo que considere necesario».

Con tal propósito formula cuatro cargos, por la causal primera de casación, que serán estudiados conjuntamente. No hubo replica.

VI. CARGOS PRIMERO, SEGUNDO Y TERCERO

Por medio de ellos y en forma separada y diferenciada, acusa la sentencia de haber violado la ley sustancial por *(i)* infracción directa de los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, aprobado por el D. 758/1990; *(ii)* interpretación errónea de las disposiciones antes citadas; y *(iii)* por su aplicación indebida. Asegura en cada uno de los cargos, que esa transgresión condujo a la aplicación indebida de los arts. 12 del A. 049/1990, 36 y 141 de la L. 100/1993.

En respaldo de su acusación, refiere que tanto el art. 13 como el 35 del A. 049/1990, aprobado por el D. 758/1990, son claros y contundentes en señalar que es necesaria la desafiliación del régimen para el disfrute de la pensión. Aduce que no es la suspensión de las cotizaciones el parámetro a tener en cuenta para determinar la fecha de percepción de la pensión, sino el retiro del sistema.

En ese sentido, sostiene que el juez viola la ley sustancial cuando no respeta lo que disponen esas normas, dado que su contenido es perentorio.

Por último, afirma que la transgresión aludida condujo al Tribunal a aplicar indebidamente los arts. 12 del A. 049/1990, 36 y 141 de la L. 100/1993, dado que al no haberse verificado el cumplimiento de la condición del retiro del sistema, no podía ordenarse el pago de la pensión.

VII. CARGO CUARTO

Por la vía indirecta y en la modalidad de aplicación indebida, le atribuye a la sentencia impugnada la violación de los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, aprobado por el D. 758/1990.

Indica que el Tribunal cometió los siguientes errores evidentes de hecho:

> *1. Dar por demostrado, sin estarlo, que el accionante se desafilió del sistema de seguridad social a partir del 15 de enero de 2009.*
> *2. No dar por demostrado, estándolo, que el accionante no se ha desafiliado del sistema de seguridad social.*

Refiere que los yerros fácticos reseñados fueron consecuencia de la apreciación errada de la historia laboral del demandante, visible a folios 29 a 40 del cuaderno principal.

Aduce que el documento en cita, enseña que el actor presentó la relación de aportes a pensión hasta el 30 de junio de 2008 *«y equivocadamente el fallador de segundo grado apoyado en tal fecha y otros argumentos determina en la*

sentencia que se pagará la pensión reclamada, a partir del 15 de enero de 2009, fecha en la que se elevó la solicitud de pago de la pensión».

Precisa que una cosa es la causación de la pensión y otra muy diferente su disfrute, y que esto último únicamente se presenta cuando el afiliado logra acreditar su desvinculación del sistema. En esa dirección, expresa que los artículos enumerados en la proposición jurídica, son la fuente de esa exégesis, *«pues en su literalidad dejan translucir esta diferenciación entre causación del derecho pensional y su disfrute, debiéndose anotar que evidentemente la norma en comento condiciona el goce de la pensión a que quien ya reúne los requisitos para acceder a ella se haya desvinculado del régimen respectivo».*

Finalmente, indica que el Tribunal se equivocó en la apreciación de la prueba, dado que no se encuentra demostrado el retiro del sistema.

VIII. CONSIDERACIONES

El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen, lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015,

en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

Este ejercicio de búsqueda de soluciones proporcionales y coherentes valorativamente, no implica una transgresión a las reglas metodológicas de interpretación jurídica. Antes bien, parte del correcto entendimiento que la utilización de las reglas interpretativas excluye su aplicación aislada y descontextualizada de los elementos externos. Además, en el sistema legal, la hermenéutica jurídica no se agota en la gramática o el análisis del lenguaje de los textos, pues existen otros métodos igualmente válidos que deben ser conjugados y armonizados para desentrañar el contenido de las disposiciones legales.

En este sentido, mal haría el juzgador, excusado en que la norma es *«clara»* y en la idea errada subyacente de la infalibilidad del legislador, llegar a soluciones abiertamente incompatibles y desalineadas frente a lo que constituye el marco axiológico del ordenamiento jurídico. Por esto, un

adecuado ejercicio hermenéutico debe integrar las distintas reglas de interpretación y los factores relevantes de cada caso, en procura de ofrecer soluciones aceptables y satisfactorias.

Así las cosas, en el *sub examine*, el Tribunal no se equivocó al generar un espacio en favor de una lectura distinta a aquella según la cual el retiro formal del sistema es condición necesaria para el disfrute de la pensión. Su conducta, consistente en revisar las peculiaridades del caso sometido a su escrutinio, es en un todo aceptable, pues como en innumerables oportunidades lo ha reiterado esta Sala *«si bien, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, consagra necesaria la desafiliación del sistema para que pueda comenzarse a pagar la pensión de vejez, ante situaciones que presentan ciertas peculiaridades, como en este evento quedó demostrado, la aplicación de dichas normas debe ajustarse a las especiales circunstancias que emergen del plenario»* (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514, reiterada en CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

Ahora bien, en lo relacionado concretamente con la interpretación a la que se adscribió el *ad quem* y que denominó *«teoría de la desafiliación tácita del sistema»*, cumple agregar que su denominación no es la más afortunada, pues más que un acto tácito de desafiliación, corresponde a la verificación de la voluntad del afiliado de no seguir vinculado con el régimen de pensiones. Sin embargo, esta imprecisión terminológica o de acento, no le resta contenido sustancial a los argumentos del Tribunal en virtud de los

cuales, dedujo que la intención del actor de no seguir afiliado al sistema es constatable desde el momento en que dejó de cotizar y solicitó el pago de la prestación o de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

El anterior razonamiento a juicio de esta Sala, tiene cabida en el marco de lo previsto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, pues estas disposiciones admiten un entendimiento conforme al cual la voluntad del afiliado de no continuar afiliado al sistema, manifestada mediante actos externos, es un parámetro válido para establecer la fecha de inicio de disfrute de la pensión.

En efecto, si el objetivo de las mencionadas disposiciones es adquirir certeza del momento a partir del cual el afiliado no desea seguir en el sistema, dicha situación puede ser igualmente cognoscible mediante otros actos exteriores e inequívocos, como lo puede ser la suspensión definitiva de los aportes o la manifestación expuesta en tal sentido.

En este asunto, concurrieron dos factores que al Tribunal le permitieron adquirir certeza de la intención del demandante de no seguir vinculado al sistema de pensiones: por una parte, la cesación definitiva de sus aportes a partir del ciclo de junio de 2008 y, por otra, su solicitud de pago de la pensión o de la indemnización sustitutiva.

Es de anotar que la petición de reconocimiento de indemnización sustitutiva cobra suma relevancia para efectos de dilucidar claramente la voluntad del afiliado, pues dicha solicitud según el art. 3º del D. 1730/2001, debe estar acompañada de la declaración del afiliado *«bajo la gravedad del juramento que le es imposible continuar cotizando»*.

Por ello, la importancia que el Tribunal le dio no era para menos, ya que, ella expresa la voluntad de no pertenecer al sistema por imposibilidad de seguir aportando.

Las anteriores son suficientes para restarle prosperidad a los cargos.

Sin costas dado que no hubo replica.

IX. 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 dictada el 5 de mayo de 2010 por la Sala Decimoséptima de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ARCESIO CIRO CORREA** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES.**

Sin costas.

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

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO