

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrado Ponente: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

Radicación No. 38776

Acta No. 02

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

Se pronuncia la Corte sobre el recurso de casación interpuesto por **FERNANDO GONZÁLEZ VARGAS** contra la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Civil Familia Laboral, de fecha 23 de octubre de 2008, proferida en el proceso ordinario laboral que le sigue al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

I. ANTECEDENTES

Fernando González Vargas demandó al Instituto de Seguros Sociales para que sea condenado a reconocerle la pensión de vejez, desde el 13 de junio de 2000, y no desde el 1 de diciembre de 2005 como le fue concedida esa prestación, y los intereses moratorios entre el 13 de junio de 2005 y el 30 de noviembre de 2005, y hasta cuando se verifique el pago, a la tasa del doble del interés bancario corriente.

Afirmó que nació el 13 de junio de 1940; que

cotizó 1017 semanas y tuvo como empleadora a la sociedad Fernando González Vargas y Cía. Ltda., con la cual tuvo vinculación hasta el 31 de agosto de 1998; que cumplió 60 años de edad el 13 de junio de 2000 y adquirió el derecho a la pensión de vejez; que el 21 de septiembre de 2005 solicitó la pensión de vejez, que le fue reconocida desde el 1 de diciembre de 2005, en monto de \$1'156.706,00; que interpuso recurso de reposición y, en subsidio, de apelación solicitando que se le concediera desde el 13 de junio de 2000, lo cual le fue negado; que la empleadora reportó la novedad de su retiro a partir del 30 de septiembre de 1998 y pagó al Instituto de Seguros Sociales intereses moratorios por presentarla extemporáneamente; que lo anterior significa que el 13 de junio de 2000 estaba retirado del Sistema General de Pensiones, por lo que le debe reconocer la pensión de vejez desde el 13 de junio de 2000, con su retroactivo causado hasta el 30 de noviembre de 2005, y los intereses moratorios aplicados al valor del retroactivo.

El Instituto de Seguros Sociales se opuso a las pretensiones; admitió los hechos 1, 2, 4 y 5; negó el 3 y adujo que *“El actor si bien cumple los requisitos en la fecha indicada, siguió afiliado al régimen hasta la fecha del reconocimiento de la pensión”*; del 6 arguyó que *“No es cierto, la novedad de retiro se reporta en febrero del año 2006”*; y del 7 aseveró que *“No es un hecho sino una pretensión.”* Propuso las excepciones de ausencia de la obligación reclamada a cargo del ISS, incumplimiento de

requisitos para la efectividad del derecho a pensión, pago, buena fe, no se deben intereses moratorios, prescripción y las de oficio (folios 32 a 35).

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Neiva, en sentencia de 14 de enero de 2008, declaró probada la excepción de ausencia de la obligación reclamada a cargo del Instituto de Seguros Sociales y negó las pretensiones impetradas por el demandante.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

De la decisión de primer grado apeló el demandante y en razón de ese recurso el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Civil Familia Laboral, en la sentencia aquí acusada, la confirmó.

El ad quem arguyó que el demandante cumplió 60 años de edad el 13 de junio de 2000, fecha en que podía reclamar la pensión de vejez, si tenía la densidad de cotizaciones exigidas por el Acuerdo 049 de 1990 y se hubiese retirado del sistema de pensiones, como lo reclama la referida norma.

Transcribió el artículo 15 de la Ley 100 de 1993 y el literal d) del artículo 13, ibídem, y añadió que la legislación vigente establece la posibilidad de que quienes cumplan los requisitos para acceder a las pensiones legales

cesen el pago de sus aportes al sistema, como lo señala el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, cuyo texto reprodujo.

Explicó que la desafiliación al régimen, de que tratan los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, es carga que incumbe al empleador, para evitar que se devenguen salario y pensión, simultáneamente, cuyo incumplimiento acarrea como consecuencia, que no se acceda al pago de la prestación.

Indicó que, conforme a lo previsto por el Decreto 758 de 1990, se requiere de la desafiliación al régimen para que el asegurado pueda disfrutar de la pensión de vejez.

Precisó que del certificado de la Cámara de Comercio se establece que la sociedad Fernando González Vargas y Cía. Ltda., mediante escritura pública No. 0000894 del 2 de octubre de 2002, de la Notaría Cuarta de Neiva, inscribió su disolución, y el demandante, como miembro de la junta, y los demás integrantes, nombraron un liquidador, y que allí consta que esa compañía tiene renovación de matrícula con fecha 31 de marzo de 2006 (folios 12 a 14).

Señaló que la Gerente Comercial de la empleadora certificó que el actor fungió como Gerente de la sociedad FERNANDO GONZÁLEZ VARGAS Y CÍA. LTDA., hasta el 31 de agosto de 1998, y que si se toma en cuenta

que nació el 13 de junio de 1940, *“es de indicarse que a la fecha del retiro en 1998, no reunía las exigencias reclamadas para acceder a la pensión, que años más tarde reclamaría.”*

Advirtió que *“El oficio enviado por la Gerente Comercial de FERNANDO GONZÁLEZ VARGAS Y CÍA. LTDA., visible a folio 17, reporta al ISS, el retiro del señor FERNANDO GONZÁLEZ VARGAS, y para el efecto remiten fotocopia de la planilla No. 03181565 de autoliquidación mensual de aportes al sistema general de pensiones, se paga la cotización, los intereses de mora, dineros que son recibidos por el ISS, documento no cuestionado en el proceso, acontecer reiterado por la señora MARIA EUGENIA SALAS GÁMEZ, ver folio 57 c1.”*

Expresó que cuando el demandante cumplió la edad y la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, no estaba desafiliado del sistema, al que, además, cotizó en exceso 17 semanas, lo cual es permitido por el legislador, que autoriza incrementar el monto de la pensión cuando se superan las semanas mínimas exigidas, de modo que ello sirve al Instituto de Seguros Sociales para reconocer la pensión, mediante la solicitud del interesado, luego de acreditar la edad requerida, el mínimo de semanas cotizadas y la desafiliación, porque nada se opone a que una vez llegada la edad y la densidad de cotizaciones exigida, se pueda seguir cotizando para incrementar la prestación.

Concluyó que en razón de que el *“demandante no se desafilió para pensiones el 13 de junio de 2000 como lo reclama, el reconocimiento que hizo el ISS, con fundamento en la comunicación que hizo la Gerente Comercial de la empleadora de la cual era socio el demandante, se aviene a los postulados normativos”*, y que *“en armonía con el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, si la pensión de vejez se reconoce a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo 12, pero será necesaria la desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma, en el presente asunto no se dan esas exigencias, por lo que la decisión adoptada por la Primera Instancia debe ser confirmada.”*

III. EL RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso el demandante y con él pretende que la Corte case la sentencia del Tribunal para que, en sede de instancia, revoque la del Juzgado y, en su lugar, acceda a las pretensiones de la demanda principal.

Con esa intención, propuso tres cargos, que fueron replicados.

CARGO PRIMERO:

Acusa a la sentencia del Tribunal de violar

por la vía directa los artículos 17 (reformado por el 4 de la Ley 797 de 2003), 22, 24 y 141 de la Ley 100 de 1993, lo que llevó a la aplicación indebida de los artículos 12, 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Dice no cuestionar la situación fáctica que halló probada el ad quem y que el yerro jurídico que le atribuye a ese juzgador está en la exigencia de un requisito más, para concederle la pensión de vejez, que “es la desafiliación”, y agrega:

“Conforme con el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, para el otorgamiento de la pensión de vejez, a los beneficiarios del Régimen de Transición, es necesario acreditar como mínimo 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo y haber cumplido 60 años de edad, en el caso de los hombres. El primer requisito fue cumplido por el demandante al contabilizar un total de 1.017 semanas al 31 de agosto de 1998 y el segundo el 13 de Junio de 2000, cuando cumplió 60 años. Es entonces con la concurrencia de ambos requisitos, que se debe conceder la pensión, esto es, a partir del 13 de Junio de 2000 y no del 1 de diciembre de 2005, o desde la desafiliación como equivocadamente lo concluyó el ad quem.”

Transcribe el inciso segundo del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, y explica:

“Hubo violación a la anterior disposición por cuanto el demandante cesó su afiliación al sistema, en el mes de agosto de 1998 y la edad la completó el 13 de junio de 2000, de manera que la pensión debía concederse desde esta fecha y no desde el primero de diciembre de 2005; pues la obligación de cotizar, cesa en el momento en que el afiliado reúna los requisitos y no podía exigírsele que continuara cotizando, o el informe del empleador sobre la desafiliación, situación que llevó a aplicar de manera

indebida el artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990. Normas que tenían su razón de ser cuando el empleador conservaba el vínculo con el trabajador, y éste empezaba a gozar de su pensión, siendo necesario el aviso de su desafiliación para continuar en nómina de pensionados.”

LA RÉPLICA

Sostiene que basta con leer la sentencia recurrida para concluir que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, con el que se desató la controversia, exige la desafiliación del régimen, para comenzar a disfrutar de la pensión de vejez, precepto actualmente vigente por lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, y lo expresado por la Sala de Casación Laboral de la Corte en las sentencias de 13 de febrero de 2004, radicación 21049, 21 de febrero de 2006, radicación 24370, y 28 de marzo de 2006, radicación 26223.

Advierte que so pretexto de lo que reza el inciso 2 del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 no es posible invocar la infracción directa de ese precepto, y menos aún que como consecuencia de ello se hayan aplicado indebidamente los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, porque lo que regula esa disposición es la obligatoriedad de las cotizaciones, específicamente el aludido inciso, cuando cesa esa obligación, que es un asunto distinto al de la causación de la pensión y a su disfrute y, por tanto, desde cuándo el demandado está obligado a pagarla.

Explica que el Tribunal, al referirse al artículo 4 de la Ley 797 de 2003, que reformó el 17 de la Ley 100 de 1993, desarrolló unos planteamientos en torno al mismo, por lo que se equivoca el recurrente al denunciar la vulneración de ese precepto como infracción directa, falencia suficiente para desestimar el cargo, la cual no puede darse por superada debido a lo rogado del recurso de casación.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

En este cargo, orientado por la vía directa, en el que se exige del recurrente la plena conformidad con los supuestos de hecho que tomó en cuenta el juzgador para proferir su decisión, el censor incurre en el error insalvable de aducir, luego de citar el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que *“El demandante cesó su afiliación al sistema, en el mes de agosto de 1998”* (folio 12, cuaderno de la Corte), con lo cual vuelve la espalda al sendero directo escogido para el combate de la sentencia de segunda instancia -que descarta roces entre el impugnante y el sentenciador en torno de la situación fáctica-, porque comporta ir al encuentro de las pruebas, en pos de establecer el cumplimiento de los requisitos de semanas cotizadas y de edad previstos en las normas legales.

Tal perspectiva implica salirse del plano netamente jurídico para ingresar a la dimensión fáctica y

probatoria. Ello traduce, sin duda, una traición al estatuto de valor propio de la vía de puro derecho para convocar a la Corte a un escenario que no se corresponde con un debate exclusivamente jurídico, alejado de reyertas alrededor de los hechos y de las pruebas.

Con todo, en lo que corresponde al alegato jurídico del cargo, el recurrente señala que, al exigirle la desafiliación para determinar el surgimiento del derecho a la pensión de vejez, el Tribunal reclamó un requisito más, pues es con la concurrencia de la edad y de las semanas cotizadas como emerge ese derecho prestacional, según se colige de lo dispuesto por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

Pero al discurrir de esa manera, olvida el recurrente que el Tribunal apoyó su decisión en el artículo 13 del señalado Acuerdo 049 de 1990, que, al diferenciar la causación del derecho de su disfrute, si bien con toda claridad señala cuándo se causa el derecho a la pensión por vejez, dispone igualmente que para disfrutar de esa prestación es necesaria la desafiliación del régimen:

ARTÍCULO 13. CAUSACION Y DISFRUTE DE LA PENSION POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.

Por esa razón, al Tribunal no le puede ser

atribuida la aplicación indebida de los artículos 12 y 13 del citado acuerdo, como tampoco la infracción directa del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, como que, en la forma como lo modificó el 4 de la Ley 797 de 2003, fue una de las normas en que se apoyó ese fallador, pues, luego de citar ese artículo, asentó: *“Así pues, la obligación de realizar aportes cesa en el momento en que se cumplen los requisitos para acceder a una pensión mínima. No obstante, el disfrute de la pensión que sea reconocida queda supeditado al retiro del empleo, y, en todo caso, se brinda a la trabajadora o el trabajador la posibilidad de continuar realizando aportes voluntarios que le permitirán aumentar el monto de su pensión bien si se trata del régimen de ahorro individual con solidaridad u obtener una reliquidación de su pensión con base en los últimos aportes, si la persona se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida”*.

Esas aserciones están conformes con lo dispuesto en el referido precepto, de cuyo inciso tercero se desprende con claridad que la circunstancia de que un afiliado cumpla los requisitos para obtener la pensión de vejez no impide que él o su empleador continúen cotizando al sistema, y se corresponde con la jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte, de lo que son ejemplos las sentencias de 13 de febrero de 2004, radicación 21049, 21 de febrero de 2006, radicación 24370, y 28 de marzo de 2006, radicación 26223, citadas por la réplica, entre otras.

Por lo demás, esta Sala de la Corte ha expresado que tanto la causación como el disfrute de la pensión de vejez son dos figuras jurídicas que no se confunden, porque tienen identidad y efectos propios. En el primer caso, la causación se estructura cuando se reúnen los requisitos mínimos exigidos en la ley para acceder a ella, y en el segundo, que supone el cumplimiento del primero, se da cuando se solicita el reconocimiento de la pensión a la entidad de seguridad social, previa desafiliación del régimen, por lo cual el ad quem no incurrió en el yerro jurídico que le increpa el censor.

Ese criterio jurídico fue vertido, entre otras, en la sentencia de 24 de marzo de 2000, radicación 13425, en la que expresó lo que a continuación se transcribe:

“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 pregona 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.”

Por ende, el cargo se desestima.

CARGO SEGUNDO:

Acusa a la sentencia del Tribunal de violar por interpretación errónea los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, 17 de la Ley 100 de 1993, reformado por el 4 de la Ley 797 de 2003, al concluir que la desafiliación del sistema sólo ocurre mediante el informe del empleador sobre el retiro del afiliado.

Arguye que, al no continuar cotizando, una vez cumplida la densidad de cotizaciones y la edad requerida, unida a la solicitud de la pensión, conllevan a la desafiliación del sistema, por no ser concurrente la condición de cotizante y pensionado, y que existe una desafiliación tácita al solicitar la prestación, que no exige que sea expresa ni que medie información del empleador, porque ella deviene con la ausencia de cotizaciones luego de cumplidos ambos requisitos, y que ése es el mandato del inciso segundo del artículo 17 de la Ley 100 de 1993: *“la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima”*, por

lo que causa la desafiliación al sistema.

Transcribe los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 y afirma que se equivocó el Tribunal al darle a la norma un alcance que no tiene, y que esa disposición tiene aplicabilidad cuando el trabajador está prestando sus servicios y completa los requisitos para pensionarse, y a continuación comienza a disfrutar de la pensión, de modo que es necesario el aviso del empleador para la desafiliación, porque hasta allí va su obligación de cotizar y se requiere de la no solución de continuidad entre la erogación por la prestación del servicio y la pensión.

LA RÉPLICA

Sostiene que la cesación de la obligación de cotizar y la causación del derecho a la pensión, por cumplirse los requisitos mínimos exigidos para el efecto, no producen, *ipso jure*, como lo predica al parecer el recurrente, el disfrute automático de la prestación, porque para lo uno y lo otro se necesita la manifestación de voluntad del afiliado, y en ciertos casos la del empleador, lo que implica que la omisión en hacerlo produce las consecuencias que deben asumir aquellos, y no como lo pretende el impugnante, que lo sea el Instituto de Seguros Sociales, y que ello lo explicó la Corte en la sentencia de 21 de febrero de 2005, radicación 24370, de la que transcribe un breve fragmento.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Afirma el impugnante que el hecho de no continuar cotizando al sistema de pensiones, una vez cumplidos los requisitos para la pensión de vejez, conlleva a la desafiliación del sistema, por no ser concurrentes la condición de cotizante y pensionado, de modo que existe una desafiliación tácita, pues ésta no requiere que sea expresa, ya que surge de la ausencia de cotizaciones con posterioridad al cumplimiento de los requisitos.

Sobre el particular, cabe anotar que 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.

No obstante lo expuesto, no desconoce la Corte que, de manera excepcional, tal como lo explicó en la sentencia del 20 de octubre de 2009 (radicado 35605), cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, ella puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta del pago de cotizaciones, y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones, que no dejen duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.

Mas ello no fue lo que ocurrió en el presente asunto, en el que el Tribunal halló una prueba de la que razonablemente se podía inferir la fecha en la que formalmente se comunicó el retiro del actor del sistema de

pensiones, unida al pago de cotizaciones y de los intereses en mora, después del cumplimiento de la edad. (Folio 27 del cuaderno del Tribunal).

Con todo, debe la Corte anotar que dentro de las normas que gobiernan el Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, existen varias, como el artículo 21 del Decreto 326 de 1996, vigente para la fecha en que supuestamente terminó el vínculo laboral del actor, que radican responsabilidades en cabeza de los empleadores por errores u omisiones en las declaraciones de novedades, como lo sería omitir informar el retiro de uno de sus trabajadores.

En consecuencia, el cargo no sale avante.

CARGO TERCERO:

Acusa a la sentencia del Tribunal de violar por la vía indirecta, por aplicación indebida, los artículos 12 y 13 del Acuerdo 049 de 1990, 17, 35, 36 y 141 de la Ley 100 de 1993.

Afirma que el ad quem incurrió en los siguientes errores manifiestos de hecho:

“1. Dar por demostrado sin estarlo, que la desafiliación del sistema ocurrió el 1 de Diciembre de 2005.

“2. No dar por demostrado, estándolo, que la desafiliación ocurrió el 31 de agosto de 1998.

“3. Dar por demostrado, sin estarlo, que la pensión debía cancelarse a partir del 1 de Diciembre de 2005.

“4. No dar por demostrado, estándolo, que la pensión se debió cancelar a partir del 13 de Junio de 2000.

“5. Dar por demostrado, sin estarlo, que la desafiliación ocurrió con el informe dado por el empleador el 16 de febrero de 2006, a sabiendas que la resolución 7292 del 25 de Noviembre de 2005, nada dijo del requisito de la desafiliación al sistema para conceder la pensión.

“6. Dar por demostrado, sin estarlo, que la cotización extemporánea realizada el 16 de febrero de 2006, del mes de septiembre de 1998, hacia (sic) parte del capital de la (sic) 1017 semanas, con el que se debía liquidar la pensión.

“7. No dar por demostrado, estándolo, que la pensión debía otorgarse el 13 de junio de 2000 con las 1.017 semanas cotizadas al 31 de agosto de 1998, y la edad de 60 años.

“8. No dar por demostrado, estándolo, que el Seguro Social cuando concedió la pensión a través de la resolución 7292 del 25 de noviembre de 2005 al demandante, no exigió la desafiliación de parte del empleador.

“9. Dar por demostrado, sin estarlo, que la cotización de septiembre de 1998, realizada el 16 de febrero de 2006, hacia (sic) parte del capital con que se otorgó la pensión.

“10. Dar por demostrado, sin estarlo, que el disfrute de la pensión procede una vez haya lugar al retiro del empleo.

11. “Dar por demostrado, que la obligación de informar la desafiliación del sistema es a cargo del empleador, y sin embargo exigírsela al trabajador para el otorgamiento de la pensión.”

Arguye que ese juzgador incurrió en apreciación errónea del registro civil de nacimiento (folio

3), las Resoluciones 7292 de 25 de noviembre de 2005 (folio 4) y 3238 de 10 de julio de 2006 (folio 6), la liquidación de prestaciones sociales (folio 16), la comunicación de 16 de febrero de 2006 que remite la planilla 03181565 (folios 17 y 57) y la demanda (folios 22 a 27).

Asevera que el Tribunal no apreció la Resolución 399 de 5 de diciembre de 2006 (folio 9), la constancia de la empleadora 2 de septiembre de 1998 (folio 15), la autoliquidación procesada el 23 de julio de 2007 (folio 19) y el recurso de apelación (folio 112).

Explica que la Resolución 7292 de 25 de noviembre de 2005, que le reconoció la pensión de vejez, lo hizo desde el 1 de diciembre de 2005, y ordenó el pago desde esa fecha, pero la Resolución 3238 de 10 de julio de 2006, que resolvió la reposición de la anterior, la concedió desde el 1 de diciembre de 2005, según la Circular 521 de 2 de diciembre de 2005, que dice: *“si el afiliado dependiente, después de haber cumplido los requisitos para pensión por vejez, no le aparece registrado el retiro del sistema general de pensiones en su historia laboral, la pensión debe reconocerse a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados, aún en el evento de que hubiere dejado de cotizar...”* (Subrayado fuera del texto).”

Destaca que ello fue a sabiendas de que la edad se había cumplido el 13 de junio de 2000 y que había

dejado de cotizar desde el 31 de agosto de 1998, cuando terminó su relación laboral, sin que de esa resolución se advierta que la causa por la que se le concedió la pensión a partir de 1 de diciembre de 2005 fuera su desafiliación dada por la empleadora el 16 de febrero de 2006 (folio 4), y que, al contrario, fue la ausencia de cotizaciones a partir de agosto de 1998, la que generó su derecho a la pensión.

Señala que de manera desleal se utilizó su buena fe y la de la empleadora para, basada en el aviso enviado el 16 de febrero de 2006, justificar la fecha de erogación de la pensión el 1 de diciembre de 2005 y negarle el derecho desde el 13 de junio de 2000, porque supuestamente su desafiliación fue en esa fecha, y las Resoluciones 3238 y 3995 no se pronunciaron sobre su inconformidad para que su pago se hiciera desde el 13 de junio de 2000, y se sustentaron en un hecho nuevo, que lo fue el informe de la empleadora de 16 de febrero de 2006.

Reitera lo dicho y resalta que es el mismo juez colegiado el que señaló que la desafiliación al sistema para disfrutar de la pensión es carga que incumbe al empleador (folio 25), por lo cual se equivocó al imponerle un castigo en el que no hubo responsabilidad suya al verse privado de su pensión desde el 13 de junio de 2000.

LA RÉPLICA

Sostiene que al estar encauzado por la vía

indirecta el censor acepta el criterio jurídico del Tribunal, de que el disfrute de la pensión de vejez sólo comienza desde la fecha de la desafiliación del régimen, lo que para ese juzgador ocurrió con la comunicación que hizo la Gerente Comercial de la empleadora al Instituto de Seguros Sociales (folio 17), recibida por éste el 16 de febrero de 2006, junto con la planilla de autoliquidación mensual de aportes al sistema del demandante, en la que expresó: “(...) *en la cual reportamos el retiro del señor FERNANDO GONZALEZ VARGAS ya que por motivos administrativos involuntariamente se había omitido esta novedad.*”

Es por ello por lo que esos documentos no fueron apreciados con error al concluir el juzgador que la desafiliación del demandante sólo le fue comunicada al Instituto el 16 de febrero de 2006, por lo que ningún yerro fáctico cometió, y mucho menos con la connotación de evidente.

VI. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Cumple precisar que el error de hecho se produce cuando el sentenciador incurre en equivocado entendimiento de la situación fáctica, ya por la defectuosa o errada valoración de la prueba, ora por su falta de apreciación.

Sin duda, el yerro fáctico se refiere al contenido mismo de la prueba en cuanto el juzgador, al valorarla, distorsiona o tergiversa su objetividad, de suerte que no ve lo que muestra, u observa algo distinto a lo que enseña; o cuando, por omitir su apreciación, da por demostrado un hecho que no lo está o no tiene por probado uno debidamente acreditado, por lo que, como está claramente enunciado en el artículo 86 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y en lo explicado con insistencia por la jurisprudencia laboral, el fin de la casación no tiene por objeto volver a juzgar el litigio que enfrentó a las partes antagonistas, sino establecer, si el recurrente sabe plantear el recurso, si la sentencia se profirió conforme a la ley.

Hecha esa precisión, para la Corte es claro que el censor no se ocupa de atacar las verdaderas consideraciones que tomó en cuenta el Tribunal para concluir que son infundadas sus pretensiones, pues centra su argumentación en lo que fue la actuación del Instituto de Seguros Sociales (y no en la valoración probatoria efectuada por el fallador), pues, como ya se dijo, no controvierte el soporte relacionado con la desafiliación del asegurado, la que, según ese fallador, sólo se produjo con la comunicación de la empleadora (folio 17); aspecto de fondo que llevó a ese juzgador a confirmar la sentencia de primer grado, y que se estudió al examinar el cargo segundo.

En efecto, el recurrente basa el cargo en sus apreciaciones acerca de lo que acreditan las Resoluciones del demandado 7292 del 25 de noviembre de 2005, 399 y 3238 de 2006, atribuyéndole, a partir de ellas, una conducta desleal a ese ente de seguridad social, mas sin concretar qué es lo que debió tener por probado el Tribunal de haberlas valorado, además de que se parte de supuestos que ellas no acreditan, como el posible conocimiento que tuvo el convocado al pleito sobre la fecha de terminación del vínculo laboral del actor.

Así las cosas, no se critica la valoración de las pruebas que le sirvieron de apoyo a ese juzgador, porque aunque se citan como indebidamente apreciadas, nada se dice en relación con ellas, de suerte que, se insiste, lo que de allí se concluyó permanece inmodificable.

Con todo, el recurrente se queja de que el Seguro Social le reconociera la pensión de vejez antes de que su empleadora enviara la novedad de retiro, pero esa situación, como lo pone de presente el propio impugnante, se explica en la misma Resolución 3238 de 2006 en la que se cita una circular interna del demandado que señala que en los casos en los que al afiliado no le aparezca registrado el retiro del sistema “...*la pensión debe reconocerse a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados, aún en el evento de que hubiera dejado de cotizar*”. Por manera que, de haber valorado esa resolución, la decisión del

Tribunal no habría sido distinta, por razón de la explicación en ella contenida.

En consecuencia, el cargo se desestima.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Civil Familia Laboral, de fecha 23 de octubre de 2008, proferida en el proceso ordinario laboral que **FERNANDO GONZÁLEZ VARGAS** le sigue al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

Como hubo oposición, se impondrán costas en el recurso extraordinario a la parte demandante.

Se fijan las agencias en derecho \$2'800.000,00.

Por Secretaría practíquese la liquidación de las costas.

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

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

**LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS
MONSALVE**

CARLOS ERNESTO MOLINA

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGÓ