DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL19508-2017

Radicación n.° 57432

Acta n.° 20

Bogotá, D. C., veintidós (22) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **JOSÉ MIGUEL DÍAZ ESPARZA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 7 de junio de 2012, en el proceso ordinario laboral que adelantó el recurrente contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.**

En atención al memorial de fecha 13 de enero de 2015 aportado a folio 32, se acepta la sucesión procesal del Instituto de Seguros Sociales a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del CPTSS y el artículo 35 del Decreto 2013 de 2012.

Igualmente, se reconoce personería para actuar a la doctora GIOVANNA YAYGUAJE MANRIQUE identificada con cédula de ciudadanía 52.113.770 de Bogotá y Tarjeta Profesional 89.205 del CSJ, para actuar como apoderada judicial del demandante, en los términos de la sustitución del poder otorgada por el apoderado principal doctor José Miguel Díaz Esparza (f.° 35).

Advierte la Sala que no es la sede de casación el escenario ni la oportunidad procesal debida para aportar medios de prueba, como el documento presentado por la apoderada del actor (Resolución GNR 2126699 de 2014 por la cual se reliquida la pensión del demandante), pues la labor de la Corte se limita a verificar la conformidad de la sentencia impugnada con la ley.

I. ANTECEDENTES

José Miguel Díaz Esparza presentó demanda ordinaria laboral contra el ISS hoy Colpensiones para que se declare que cumplía con los requisitos para acceder a la reliquidación de la pensión de vejez en aplicación del artículo 36 de la ley 100 de 1993; que tiene derecho al reconocimiento y pago del correspondiente retroactivo a partir del 1 de junio de 2009 y que se declare que la reliquidación pretendida es procedente conforme a dicha norma y no aplicando lo establecido en la Ley 797 de 2003.

En consecuencia, solicitó que se condene a la entidad, a reliquidar la pensión de vejez aplicando lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, por cumplir los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, esto es, régimen de transición, se condene al pago del retroactivo pensional a partir del 1 de junio de 2009, de los intereses moratorios y de las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, manifestó que nació el 21 de abril de 1948, efectuó cotizaciones al ISS y a la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir a través de varios empleadores; que dichas cotizaciones se realizaron desde el 1 de julio de 1975 hasta el 31 de mayo de 2009 para un total de 1.278 semanas. Explicó que estuvo afiliado a la AFP Porvenir, que mediante acción de tutela se dispuso su traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media con prestación definida y que en la decisión constitucional se ordenó efectuar el traslado atendiendo los criterios expuestos en sentencia T 818-2007; por tanto, el 26 de febrero de 2009 la AFP Porvenir informó sobre el traslado de aportes para pensión al ISS por valor de $140.732.902.

Agregó que el 26 de octubre de 2009 el ISS activó la afiliación del actor a ese instituto para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de vejez, que el 10 de julio de 2009, solicitó el reconocimiento de la prestación pensional a la entidad demandada, quien luego de superar la discusión sobre su competencia para asumir dicha pensión al aceptar el traslado de régimen pensional y la convalidación de los aportes trasladados por el fondo, resolvió conceder la

pensión de vejez mediante Resolución 023832 del 4 de agosto de 2010.

Señala que la entidad demandada reconoció la prestación con base en la Ley 797 de 2003, sin tener en cuenta el régimen de transición y además, no ordenó el pago del retroactivo correspondiente a partir del 1 de junio de 2009. Contra dicha decisión, la parte actora presentó los recursos legales, sin que a la fecha de presentación de la demanda se hubiesen resuelto. Finalmente indica que el 17 de agosto de 2011 se solicitó la reliquidación de la prestación de vejez teniendo en cuenta el régimen de transición, el retroactivo pensional y los intereses de mora.

El Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones y en cuanto a los hechos los admitió salvo los referidos a la calidad de beneficiario del régimen de transición y que el juez de tutela hubiese ordenado el traslado de régimen pensional aplicando los criterios expuestos en la sentencia CC T-818 de 2007. Aclaró que el actor no tenía derecho a lo pretendido porque *«al momento de cumplir la edad mínima requerida el demandante no se había retirado del sistema general de pensiones art. 13 del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 0758 del mismo año».* Propuso las excepciones de fondo de falta de causa, falta de legitimación para comparecer al proceso, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe del ISS y pago.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Cúcuta, en sentencia del 7 de mayo de 2012 resolvió:

> ***PRIMERO:*** ***DECLARAR*** *que el señor* ***JOSE MIGUEL DIAZ ESPARZA,*** *mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía N° 13.802.054 de Bucaramanga, es beneficiario del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, y por ello, para efectos del reconocimiento y liquidación de la pensión de vejez, se le aplica lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO:*** ***CONDENAR*** *al demandado* ***INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES I.S.S.*** *representado legalmente en esta actuación por el Dr.* ***GERMAN RICARDO CUEVAS GARAVITO*** *o por quien haga sus veces, a pagar al demandante señor* ***JOSE MIGUEL DIAZ ESPARZA,*** *de condiciones civiles mencionadas anteriormente, la pensión de vejez a partir del* ***01 de junio de 2009,*** *teniendo en cuenta como mesada pensional inicial la suma de* ***$7.048.455****, junto con el retroactivo y sus incrementos de ley para los siguientes años a la fecha del reconocimiento de la prestación, conforme a lo considerado en el presente proveído.*
>
> ***TERCERO:*** ***ABSOLVER*** *al demandado* ***INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ISS,*** *representada legalmente por el Dr.* ***GERMAN RICARDO CUEVAS GARAVITO*** *o por quien haga sus veces, a reconocer y pagar al demandante* ***JOSE MIGUEL DIAZ ESPARZA,*** *de condiciones civiles mencionadas anteriormente, los intereses moratorios señalados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, conforme lo motivado (sic).*
>
> ***CUARTO:*** ***DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por el* ***INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES*** *conforme a lo expuesto en la parte considerativa.*
>
> ***QUINTO:*** ***CONDENAR*** *en costas al* ***INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES*** *en la presente instancia, conforme a lo expuesto en la motiva. Tásense.*

Aunque en numeral tercero de la parte resolutiva se presenta confuso, de lo considerado por el juzgado se evidencia que absolvió a la entidad de la pretensión de intereses de mora.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandada, mediante decisión del 7 de junio de 2012, revocó la sentencia de primer grado, absolvió al ISS y se abstuvo de condenar en costas.

En lo que interesa el recurso extraordinario, el Tribunal indicó que le correspondía determinar si el actor cumplió los requisitos para tener derecho a la reliquidación de la pensión de vejez con aplicación del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición.

Explicó que para el 1 de abril de 1994, fecha en que entró a regir la Ley 100 de 1993, el actor contaba con 46 años de edad pues había nacido el 21 de abril de 1948 conforme con la copia de la cédula de ciudadanía obrante a folio 191. Sin embargo, dado que había existido un traslado de régimen pensional, era necesario verificar si el actor podía recuperar el beneficio de la transición.

Para ello, hizo referencia a los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que contemplan la pérdida del régimen de transición en los casos en que el beneficiario del mismo se traslade al régimen de ahorro individual con solidaridad aunque posteriormente regrese al régimen de prima media con prestación definida, como sucedió en el caso en estudio en que el actor se trasladó al fondo de pensiones y cesantías Porvenir y posteriormente regresó al

régimen de prima media con prestación definida del ISS «*conforme al histórico que obra a folios 14 a 21*».

Señaló que mediante sentencia C-789 de 2002 la Corte Constitucional declaró exequibles estas disposiciones siempre y cuando se entienda que no se aplican a quienes habían cumplido 15 o más años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la ley 100 de 1993. Por tanto, era posible recuperar la transición si el afiliado retornaba al régimen de prima media, contaba con 15 años o más de servicios cotizados al 1 de abril de 1994, trasladaba el capital ahorrado en el régimen de ahorro individual y él mismo era equivalente al monto de los aportes que hubiese efectuado de haber permanecido en el ISS.

Adujo que revisada la historia laboral del actor, solamente acredita un total de 11,12 años cotizados al ISS al momento en que entró a regir la Ley 100 de 1993, por tanto no le asiste derecho a beneficiarse del régimen de transición. Finalmente afirma que el traslado al régimen de prima media ordenado mediante acción de tutela, no implica que al actor le sea aplicable el régimen de transición, pues no cumple los requisitos para ello.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso fue interpuesto por la parte demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

El recurrente pretende que la Corte case parcialmente la sentencia acusada para «*en su lugar revocar la sentencia y condenar a la entidad demandada al reconocimiento y pago del correspondiente retroactivo pensional*» a partir de la fecha de causación, es decir, 1 de julio de 2009.

Con tal propósito, formula un cargo por la causal primera, que fue objeto de réplica.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial, *«por aplicación indebida por contener disposiciones sustanciales que fueron violadas por el juzgador de segundo grado por falta de aplicación de las mismas. Recurro la sentencia por violación de las siguientes normas, artículo 48 CN, artículo 58 CN, artículo 1,2,3,4,5 y 13 de la ley 100 de 1993, artículo 1 del C.S.T., artículo 13 decreto 758 de 1990».*

Para demostrar su ataque señala que la decisión cuestionada *«es una sentencia que en la cual existiendo disposiciones sustanciales que fueron violadas por el juzgado de segundo grado por falta de aplicación de las mismas».* Luego de transcribir el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, advierte que aunque esta norma señala que para disfrutar la pensión por vejez es necesaria la desafiliación al régimen, no puede el trabajador salir perjudicado por la mora de sus

empleadores de solicitar la novedad de retiro del régimen, obligación que no le corresponde al afiliado.

Cita apartes de una decisión del «*Tribunal Superior» de fecha 4 de junio de 2009* sin indicar número de radicación u otros datos de identificación y a continuación explica que habiendo cumplido el trabajador, ahora pensionado, con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios y si bien no aparece taxativo el retiro, lo cierto es que la desafiliación o retiro del sistema no es cosa diferente a la dimisión del afiliado al sub régimen de pensiones, es decir, el dejar de cotizar al mismo porque ha cesado la obligación legal ello, por lo tanto, la pensión ha debido reconocerse desde el 1 de julio de 2009, fecha en la cual el actor cumplió con los requisitos para acceder a la pensión y dejó de cotizar al sistema de pensiones.

Resalta que el objeto de la apelación no centró su atención sobre la pérdida de la retroactividad ocasionada, sino en establecer que el actor había cumplido los requisitos para recuperar el régimen de transición que perdió por haberse trasladado al régimen de ahorro individual. Agrega que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, del cual obra prueba sumaria dentro del expediente que el juez de segundo grado no tuvo en cuenta. Por ello resulta evidente el desacierto jurídico del *ad quem* pues no «*entendió en su recto sentido el derecho adquirido y soportado en una norma sustancial de perfecta aplicación al presente caso».*

VII. RÉPLICA

El opositor advierte que el alcance de la impugnación resulta confuso dado que se solicita que se case la sentencia impugnada y además se revoque, lo cual no es posible ya que al tomar la primera determinación, ésta desaparece. Agrega que si se relaciona la demanda inicial, la decisión del Tribunal y lo pedido en casación se evidencia que la petición de que se declare que tiene derecho al «*retroactivo*» desde el 1 de julio de 2009, resulta improcedente, porque el juez colegiado no dejó vigente condena alguna por concepto de retroactivo pensional y tampoco se ataca la decisión de negar la pretensión de reliquidar la pensión conforme el Acuerdo 049 de 1990.

Lo anterior, obedece a que el Tribunal entendió que el pago del retroactivo pensional desde la mencionada fecha era consecuencia de la reliquidación pensional, por tanto, al concluir la improcedencia de ésta, sin ninguna otra consideración revocó en su integridad el fallo de primer grado, sin analizar desde cuando debía ordenarse el pago de la pensión. De ahí que desde la vía directa no se pueda imputar error al *ad quem.*

Agrega que si el demandante consideraba que la pretensión sobre el pago del retroactivo pensional desde el 1 de junio de 2009 era independiente de la reliquidación solicitada, ante el silencio del Tribunal, ha debido solicitar una sentencia complementaria por falta de decisión frente a una de las pretensiones.

En todo caso, indica, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 exigen «*el retiro del servicio*» o del régimen para disfrutar de la pensión de vejez.

VIII. CONSIDERACIONES

Debe la Corte recordar el carácter extraordinario y, por ende, técnico, del recurso de casación, así como reiterar que este medio de impugnación no le otorga competencia para juzgar el pleito a fin de resolver a cuál de los litigantes le asiste razón, tarea que se entiende es la que compete a las dos instancias regulares del proceso y excepcionalmente a la Corte cuando funge como tal, pues su labor, siempre que el recurrente sepa plantear la acusación, se orienta a enjuiciar la sentencia para así establecer si al dictarla el Tribunal observó las normas jurídicas que estaba obligado a aplicar para rectamente solucionar el conflicto, mantener el imperio e integridad del ordenamiento jurídico y proteger los derechos constitucionales de las partes. Por ello se ha dicho que en el recurso de casación se confrontan, directa o indirectamente, las normas pertinentes al caso y la sentencia, no quienes actuaron como contrapartes en las instancias (CSJ SL 17138-2014).

Precisado lo anterior y revisada la demanda de casación presentada, la Sala advierte algunas deficiencias en su planteamiento. En el alcance de la impugnación solicita la casación *parcial* de la sentencia impugnada, para que en su lugar en sede de instancia se condene a la demandada a reconocer el retroactivo pensional a partir del 1 de junio de

2009. Sin embargo, no es precisa al señalar en relación con qué puntos o asuntos reclama el quiebre parcial de la decisión recurrida, más cuando fue totalmente adversa a los intereses de la parte accionante, dado que revocó toda la condena impuesta por el *a quo,* para en su lugar absolver de las pretensiones de la demanda inaugural.

Ahora, aunque colige la Sala que la senda escogida para formular el cuestionamiento a la sentencia recurrida es la jurídica o directa, dada la conclusión expresamente expuesta en el recurso conforme al cual *«resulta evidente el desacierto jurídico del ad quem al no entender en su recto sentido el derecho adquirido sustentado en una norma sustancial aplicable al caso»*; lo cierto es que resulta contradictorio el ataque en cuanto a la modalidad o sub motivo alegado, como quiera que de dicha conclusión se advierte que discute la interpretación de la norma, pero a su vez señala en la proposición jurídica que el Tribunal incurrió en *aplicación indebida* y también en *falta de aplicación* de las mismas normas, circunstancia que resulta un imposible jurídico, dado que el juez colegiado no podría infringir una norma sustancial al rehusarse a darle aplicación y rebelarse contra el texto de la ley (infracción directa), y al mismo tiempo, tenerla en cuenta pero aplicarla en forma indebida, o incluso, considerar que aunque no fue aplicada, el Tribunal le dio un alcance distinto del que pregona su texto (CSJ SL 11 jul. 2006, rad. 29084).

Al respecto en sentencia CSJ SL 2 mar. 2013 rad. 40252, se precisó:

Y en el segundo ataque acusa la sentencia de violar la ley por "infracción directa por aplicación indebida y/o por interpretación errónea", con lo cual entremezcla, sin justificación alguna, las tres modalidades de la violación directa de la ley conocidas en la casación del trabajo que, como es sabido, terminan siendo excluyentes entre sí, habida cuenta de que la infracción directa en esta especialidad impugnativa supone el dejarse de aplicar al caso una norma que le era aplicable; en tanto que la aplicación indebida refiere la aplicación del precepto que corresponde al caso pero distorsionando sus supuestos de hecho o sus consecuencias jurídica, o los dos; y la interpretación errónea trata la aplicación de la norma pero alterando su contenido, por dársele por el Tribunal una inteligencia que no corresponde a su cabal y genuino sentido.

Ahora bien, si de manera flexible concluyera la Corte que lo pretendido por el censor es limitar el estudio en casación y en sede de instancia, al punto específico del retroactivo pensional a partir del 1 de junio de 2009 pese a no existir novedad de retiro del sistema; y que la modalidad de ataque corresponde a la infracción directa dado que el Tribunal en verdad no aplicó las normas acusadas, en especial el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, que precisamente refiere al retiro del sistema que discute el recurrente, lo cierto es que superar estas deficiencias tampoco conllevaría la prosperidad del cargo, en atención a que el reproche jurídico formulado resultaría desatinado o desenfocado frente a la argumentación expuesta por el *ad quem*.

En efecto, aunque se acusan varios artículos de la Ley 100 de 1993, el artículo 1 del CST y los artículos 48 y 58 de la CN, en la demostración del cargo el recurrente no sustenta cuál fue la transgresión frente a estas normas, solamente se ocupa de analizar la aplicación del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 y sustenta que aunque la norma exige la

desafiliación o retiro del sistema para disfrutar de la pensión, no puede perjudicarse por la mora del empleador en reportar dicho retiro, más cuando el actor dejó de cotizar cuando cumplió los requisitos para pensión y por ende había cesado esa obligación.

Sin embargo, no podría advertirse yerro jurídico alguno del Tribunal al omitir la aplicación de esta disposición o incluso de no tener en cuenta la intelección que esta Corte ha efectuado en casos en que no existe novedad de retiro, porque no le era dable asumir el estudio de este punto, dado que para ello no tenía competencia en los términos del artículo 66 A del CPTSS, sin que esta norma haya sido acusada como transgredida por el censor.

Se debe recordar que la decisión de segundo grado debe estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación y en este caso la entidad demandada solamente recurrió la condena por reliquidación pensional ordenada en virtud del beneficio de la transición prevista en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual, no le era dable al *ad quem* tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 por cuanto esta norma no regula el asunto puesto a su consideración en la alzada.

Precisa la Sala que la infracción directa se produce cuando el sentenciador de segundo grado ignora la existencia de la norma, se rebela contra ella y se niega a reconocerle validez, y por tanto deja de aplicarla para resolver la controversia, por tanto, supone la existencia de una

disposición legal aplicable exactamente al caso, esto es, resulta necesario que la norma acusada sea la que regule el asunto controvertido. En sentencia CSJ SL 18 oct. 2005, rad. 26560, esta Corte explicó:

> *La infracción directa, como causal de casación, parte del supuesto indispensable de que la norma acusada deba ser necesariamente aplicada, so pena de desconocer el derecho que ésta claramente consagra, de modo que de no ser procedente hacerla actuar en el caso controvertido, como sucede en el sub examine, resulta manifiestamente improcedente su acusación por infracción directa.*

Así igualmente se consideró en sentencias CSJ 2 mar. 2000, rad. 13170 y CSJ SL 13 feb. 2013 rad. 47792.

Por esta razón, no pudo haber incurrido el Tribunal en la equivocación que se plantea en la sustentación del cargo, pues la norma que invoca el censor (artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990) no resultaba aplicable al asunto puesto a consideración del juez colegiado por la entidad que recurrió en apelación (recuperación del régimen de transición), razón por la cual no podría endilgarse un desacierto jurídico al no tener en cuenta esta disposición para resolver la apelación.

En relación con este puntual aspecto referido a la pretensión de reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el momento en que el actor dejó de realizar cotizaciones al sistema, ninguna motivación o argumentación presentó el Tribunal, lo cual, se colige, obedece a que el objeto de la apelación no se fundó en esta materia sino en establecer si el actor podía recuperar el régimen de transición.

El problema jurídico planteado por el ad quem fue *«determinar si el actor reunió los requisitos para tener derecho a la reliquidación de la pensión con aplicación del acuerdo 049 de 1990 por disposición del régimen de transición»,* dado que en este punto se fundó la alzada del ISS; y resolvió revocar íntegramente la sentencia de primer grado para en su lugar absolver de todas las pretensiones, con base únicamente en el análisis del incumplimiento de los requisitos para recuperar la transición, sin verificar la procedencia o no del retroactivo pensional que fue concedido en primera instancia.

Ahora, si al resolver el tema puntual objeto de apelación, el Tribunal revocó una condena no controvertida en alzada, en este caso, el pago de la pensión a partir del 1 de junio de 2009 fecha de la última cotización al sistema de pensiones, incluso sin hacer expresa mención a ella o efectuar un análisis o consideración al respecto, no es la senda eminentemente jurídica la adecuada para cuestionar tal proceder a través de la acusación de una norma que no regulaba la materia de apelación.

Ante este panorama, lo correspondiente era dirigir el ataque a verificar si el *ad quem* atendió la consonancia prevista en el artículo 66 A del CPTSS, a través de una transgresión medio que conduciría a su vez, al desconocimiento de normas legales sustanciales de carácter nacional que regularan el específico asunto de la fecha de disfrute de la prestación pensional. Sin embargo, no fue esta la orientación del ataque ni la senda escogida por el censor,

ni de su demostración puede colegirse cuestionamiento alguno en torno a la violación de las normas adjetivas que regulan la competencia y actuación del juez de segunda instancia, pues como se indicó el recurrente se limitó a analizar el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que no le correspondía al Tribunal aplicar por no regir la materia objeto de apelación.

Sin que sea el reproche eminentemente jurídico en los términos planteados por el actor, la senda adecuada para discutir un supuesto yerro del Tribunal al no considerar o aplicar dicha norma, pues en la sentencia impugnada ni siquiera se efectuaron consideraciones en torno al presupuesto fáctico regulado en tal disposición, esto es, el retiro del sistema pensional para disfrutar de la pensión, porque no le correspondía, dado que el análisis se fundó en la recuperación del régimen de transición conforme los argumentos expuestos por la entidad apelante.

Conforme lo anterior, no le sería posible a la Sala advertir el yerro jurídico planteado en el cargo, en la medida que no pudo haberlo cometido, cuando ninguna manifestación hizo sobre el tema en concreto y no le era dable hacerla en razón a la materia de la alzada.

Ahora bien, si de la sustentación del recurrente referida a que «*el señor JOSE MIGUEL DIAZ ESPARZA tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo, del cual obra prueba sumaria dentro del expediente ordinario que el juzgador de segundo grado no tuvo en cuenta»,* pudiese la Sala considerar

una posible acusación por la vía indirecta, lo cierto es que no resultaría suficiente mencionar que existe *prueba sumaria* del derecho reclamado en casación, pues al plantearse un ataque por la senda de los hecho el censor tiene varios deberes que en este caso no fueron cumplidos.

En efecto, debe recordarse que cuando la acusación se endereza por la vía indirecta, le corresponde al recurrente cumplir los siguientes requisitos elementales: precisar los errores fácticos, que deben ser evidentes; mencionar cuáles elementos de convicción no fueron apreciados por el juzgador y en cuáles cometió errónea estimación, demostrando en qué consistió ésta última; explicar cómo la falta o la defectuosa valoración probatoria lo condujo a los desatinos que tienen esa calidad y determinar en forma clara lo que la prueba en verdad acredita. Es decir, en el cargo debe quedar claro qué es lo que la prueba acredita, cuál es el mérito que le reconoce la ley y cuál hubiese sido la decisión del juzgador si la hubiera apreciado, aspectos que, no tuvo en cuenta el recurrente y que compromete la técnica propia del recurso extraordinario (CSJ SL 23 mar. 2001, rad. 15148).

Estos defectos resultan no sólo de la circunstancia de que así lo dispone el Código de Procedimiento del Trabajo en los artículos 87 y 90, sino porque lógicamente no habría forma de confrontar la conclusión que sobre los aspectos fácticos del proceso se formó el juzgador y de los cuales discrepa el impugnante. Por tanto, pese a la referencia que hace el censor a la existencia de prueba del derecho al retroactivo, al no individualizar estos medios de convicción,

ni explicar en qué consistió el defecto en el ejercicio valorativo del Tribunal y cuál fue el yerro fáctico en que pudo haber incurrido, no es posible para la Sala abordar un estudio por esta senda.

Más aún cuando, se reitera, lo controvertido en casación ha debido ser la competencia del Tribunal para desatar la alzada en los términos del artículo 66 A del CPTSS, que no es así planteado en el recurso extraordinario, pues tan siquiera se hace mención a la vulneración de esta norma adjetiva, por lo que, en todo caso, tampoco sería la senda indirecta la procedente para acusar los yerros en que pudo haber incurrido el juez colegiado. Debe recordarse que, en razón al carácter rogado y dispositivo del recurso de casación, está vedado para la Sala modificar la orientación del ataque que se formula para impugnar la sentencia de segundo grado. Al respecto, en sentencia CSJ SL 22 nov. 2011, rad. 41076, se recordó al respecto lo siguiente:

> *Pero ese ejercicio que la Constitución y la Ley atribuye a la Corte Suprema de Justicia, no puede ser desarrollado por iniciativa propia de este órgano de cierre, sino que, al contrario, debe ser realizado de la mano de lo argumentado por el recurrente, en un discurso dirigido precisamente a derruir las motivaciones de la sentencia que combate, sin que el Juez de casación pueda salirse del cauce trazado por el inconforme, dado el conocido carácter rogado y dispositivo del recurso extraordinario*
>
> Por tanto, se desestima el ataque formulado.

Costas en el recurso extraordinario a cargo de la recurrente, en razón a que hubo réplica. Como agencias en derecho se fija la suma de $3.500.000, que se incluirán en la liquidación

que el juez de primera instancia haga, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

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 proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 7 de junio de 2012, en el proceso ordinario laboral seguido por **JOSÉ MIGUEL DÍAZ ESPARZA** contra **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES.**

Notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS