



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4



OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL281-2020

Radicación n.º 72149

Acta 003

Bogotá, D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 5 de mayo de 2015, en el proceso que instauró en su contra **CARLOS BEJARANO CUELLAR**.

I. ANTECEDENTES

Carlos Bejarano Cuellar demandó a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que fuera condenada a reconocerle y pagarle la pensión de vejez desde el 30 de abril de 2010 con las mesadas correspondientes hasta junio de 2013 y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre las mesadas adeudadas.

Fundamentó sus peticiones en que nació el 30 de abril de 1950, cumplió 60 años el mismo día y mes de 2010; se afilió y cotizó al ISS desde el 25 de mayo de 1970 hasta el 31 de octubre de 2009, acumulando un total de 1075 semanas; tuvo como último empleador a BHB Inmobiliaria Ltda, quien no presentó novedad de retiro; que el 20 de junio de 2013 solicitó la pensión de vejez a la demandada, la que le fue reconocida mediante la Resolución n.º GNR 154531 de 2013 a partir del 1 de julio de ese año, que interpuso los recursos de ley para que fuera reconocida desde el 30 de abril de 2010, pero Colpensiones confirmó la decisión inicial.

Al dar respuesta a la demanda, la accionada se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos dijo que no le constaban la relación laboral del demandante ni la fecha de la última cotización, por lo que los sometió a prueba y aceptó los demás. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y no configuración del derecho a los intereses moratorios.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 7 de abril de 2015 condenó a Colpensiones

a reconocer y pagar a Carlos Cuellar Bejarano la pensión de vejez a partir del 30 de abril de 2010, en cuantía mensual de \$2.544.633, así como los intereses moratorios a partir del 1 de septiembre siguiente sobre las mesadas causadas y no pagadas hasta la del 30 de junio de 2013.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al resolver el grado jurisdiccional de consulta, mediante sentencia del 5 de mayo de 2015, modificó la fecha a partir de la cual se debían cancelar los intereses moratorios, fijándolos a partir del 20 de octubre de 2013 sobre cada una de las mesadas causadas entre el 30 de abril de 2010 y el 30 de junio de 2013. Confirmó en lo demás.

El tribunal dijo que no estaba en discusión que el actor fue pensionado por vejez en virtud del régimen de transición, con una mesada inicial de \$2.544.633 desde julio de 2013.

Estableció como primer problema a resolver, determinar la fecha a partir de la cual nació el derecho a la pensión y cuál era la del disfrute de ella.

Indicó que con frecuencia podía ocurrir que a pesar del nacimiento del derecho por haber cumplido el afiliado los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez, continuaba vinculado al sistema cotizando para obtener una mesada superior. Por eso el artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad

dispuso que era a partir del retiro del sistema que procedía el pago de la primera mesada.

Agregó que también era posible que no existiera manifestación expresa del afiliado y dejara de hacer cotizaciones al sistema, y ello permitía esgrimir los factores que se debían tener en cuenta para integrar el IBC, y así se ponía el límite al derecho a cotizar para saber cuál era el último aporte necesario para liquidar la mesada pensional, de conformidad con la sentencia de esta corporación de radicado 13425, sin indicar la fecha de expedición.

Así, el tribunal concluyó que con la última cotización el afiliado renunció al derecho que tenía de incrementar el valor de la mesada pensional, y de ahí se derivaba un derecho cierto e indiscutible: el pago de la misma.

Por lo anterior, concluyó que la pensión de Carlos Bejarano Cuellar se tenía que pagar a partir del 30 de abril de 2010, fecha en que cumplió el requisito de edad, pues la última cotización la realizó el 1 de noviembre de 2009 de acuerdo con la historia laboral de folio 29.

En relación con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, dijo que fueron consagrados para concederlos por el retardo en el pago de las mesadas pensionales. Agregó que el plazo para reconocer una pensión de vejez era de 4 meses contados desde la fecha de presentación de la solicitud (art. 33 *ibídem*): y como el demandante lo hizo el 20 junio 2013 (f.º 36), modificó la fecha

de su reconocimiento fijándola desde el 20 octubre de 2013, sobre las mesadas causadas entre el 30 abril 2010 y el 30 de junio de 2013, hasta la cancelación de ellas.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, revoque el fallo del *a quo* y en su lugar la absuelva de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Subsidiariamente, solicitó la casación parcial de la sentencia objeto del recurso en cuanto condenó al reconocimiento y pago de los intereses moratorios sobre cada una de las mesadas causadas entre el 30 de abril de 2010 y el 30 de junio de 2013, a partir del 20 de octubre de 2013; para que, en sede de instancia, revoque en este mismo aspecto.

Con tal propósito formuló dos cargos, por la causal primera de casación, que merecieron réplica y serán resueltos de manera conjunta por merecer idéntica solución y atacar el mismo grupo normativo.

VI. CARGO PRIMERO

Acusó la sentencia de violar la ley sustancial por la vía directa, por interpretación errónea, de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, lo que conllevó a la aplicación indebida del 141 de la Ley 100 de 1993.

Para la demostración del cargo dijo que no estaba de acuerdo con la posición del *ad quem* de que el señor Bejarano se desafilió de manera tácita desde el momento en que dejó de cotizar al Sistema General de Pensiones y que por lo tanto la prestación debía reconocerse a partir del 30 de abril de 2010, fecha en la que cumplió las exigencias para adquirir el derecho pensional.

Lo anterior, por cuanto, según los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad: *«[...] el reporte de la desafiliación del sistema por parte del afiliado es un **requisito indispensable**, para el **disfrute** de la pensión de vejez, por ende, en este caso solamente es dable hacer el reconocimiento prestacional a partir de la fecha en que el accionante acredite la mencionada desafiliación»*.

Aceptó que, de acuerdo con la jurisprudencia de la sala no es necesaria la «R» dentro de la historia laboral para que se dé el retiro, pues el afiliado puede manifestar de alguno otro modo su voluntad de no seguir cotizando, para lo que transcribió la sentencia CSJ SL5603-2016.

Sin embargo, señaló que a pesar de que el señor Bejarano Cuellar dejó de cotizar en el año 2009, esa: «[...] **no resulta ser una manifestación clara y contundente de voluntad** [...] para gozar de su prestación, pues que incluso para dicha data, como lo denota el propio fallador en su sentencia, le faltaba bastante tiempo para cumplir con las exigencias de ley para gozar de la prestación y además tan solo reclamó la misma el 20 de junio de 2013».

En cuanto a los intereses moratorios, como no había lugar a la pensión de vejez desde el 30 de abril de 2010, no se causó esta prestación porque no hubo retardo.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusó la sentencia de violar la ley sustancial por la vía directa en la modalidad de interpretación errónea del mismo grupo normativo del ataque inicial.

Para la demostración del cargo indicó que, como el tribunal no observó las razones y circunstancias concretas que tuvo para negar el retroactivo pensional solicitado y no conceder la prestación desde el 30 de abril de 2010, aplicó de manera automática los intereses moratorios, incurriendo en interpretación errónea del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debido a que la decisión la tomó con apego a lo dispuesto en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Para apoyar estas afirmaciones transcribió la sentencia CSJ SL 45312, sin indicar su fecha.

VIII. RÉPLICA

Se opuso a la prosperidad de la demanda de casación. Frente al primer cargo, dijo que se debió proponer por la vía indirecta, pues su finalidad era demostrar que no existió desafiliación tácita, hecho que fue tenido como cierto por parte del tribunal.

Frente al retiro tácito dijo que el *ad quem* aplicó la jurisprudencia de esta corporación y, por lo tanto, no le asistía razón a la recurrente al afirmar que el señor Bejarano Cuellar no tuvo la voluntad de no seguir cotizando al sistema.

IX. CONSIDERACIONES

No le asiste la razón a la réplica cuando señala que el primer cargo debió dirigirse por la vía indirecta, pues en su sustentación, Colpensiones aceptó que no hubo desafiliación del sistema, pero dijo que, si bien esta corporación ha aceptado el retiro tácito, en el *sub lite* no se dio, por cuanto el demandante solicitó la prestación económica mucho tiempo después de la última cotización.

Teniendo en cuenta la vía escogida, no hay discusión sobre que: (i) el actor es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en consonancia con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año; (ii) Colpensiones lo pensionó mediante la Resolución n.º 154531 de 2013 teniendo en

cuenta un IBL de \$3.262.350, aplicando una tasa de reemplazo del 78% por tener 1074 semanas cotizadas, lo que arrojó una mesada pensional por valor inicial de \$2.544.633 a partir del 1 de julio de 2013; (iii) realizó la última cotización al sistema para el ciclo de octubre de 2009; (iv) arribó a 60 años el 30 de abril de 2010; y, (v) reclamó la pensión el 20 de junio de 2013.

Así las cosas, el problema jurídico en esta instancia se contrae a determinar si se equivocó el *ad quem* al concluir que Carlos Bejarano Cuellar tenía derecho a percibir el retroactivo pensional causado desde el 30 de abril de 2010 hasta el 30 de junio de 2013, exigencia establecida en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de esa misma anualidad, que señala:

Artículo 13. Causación y disfrute de la pensión 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 para este riesgo.

De manera reiterada esta corporación ha dicho que el disfrute de la pensión de vejez está condicionado, en principio, a la desafiliación formal del sistema, tal y como se señaló en la sentencia CSJ SL15091-2015:

En ese orden, es evidente y surge nitidamente del precepto en comento (artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990) que, para poder entrar a disfrutar de la pensión de vejez, es necesaria la desafiliación del sistema, lo que consecuentemente indica que mientras no exista esa desafiliación, el pensionado no puede recibir el importe de la mesada. Y la censura, en este punto, sostiene que la dicha situación no tiene cabida cuando se trata del

reajuste de una pensión ya reconocida, pero si cuando se solicita el reconocimiento de una pensión de vejez desde una fecha anterior a la desafiliación y posterior a la estructuración de la pensión. Sin embargo, para la Sala tal distinción es irrelevante, porque en cualquier caso se necesita la desafiliación para entrar a disfrutar de la pensión de vejez. Si el Instituto reconoce una pensión desde su causación y sin mediar la desafiliación del sistema del pensionado –que continúa cotizando-- la empieza a pagar, sin duda contraviene el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

Con base en lo anterior, no puede deducirse del cumplimiento de los requisitos la desafiliación del sistema, pues el afiliado cuenta con la posibilidad de seguir cotizando, toda vez que esos aportes adicionales pueden tener como propósito completar el requisito de semanas exigido para adquirir el derecho o incrementar el monto pensional cuya cuantía queda determinada en el momento de dicha causación.

En consecuencia, la cesación de pagos no supone *per sé* la desafiliación del sistema, pues son dos instituciones jurídicas diferentes, tal y como se expresó en la sentencia CSJ SL5515-2016, que reiteró lo dicho en la SL 6035-2015:

[...] 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, sin perjuicio de lo anterior, esta sala ha admitido algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, como es el caso en que el afiliado continúa cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocerle la pensión, que ha sido solicitada en

tiempo; por lo que se ha indicado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL 34514, 1 sep. 2009; SL 39391, 22 feb. 2011; SL 38558, 6 jul. 2011; SL 37798, 15 may. 2012).

En el caso en que el afiliado no continúe cotizando y su empleador no presente la novedad de retiro, solo en razón de esa conducta omisiva, no se puede negar la prestación, ella debe concederse desde el momento mismo del cumplimiento de la totalidad de los requisitos. Así lo ha señalado esta sala en sentencias como la CSJ SL 35605, 20 oct. 2009, SL4611-2015, SL5603-2016 y SL1744-2019, en la que se señaló:

Pues bien, frente al punto objeto de controversia, debe recordarse que esta Sala de la Corte, ha sostenido que la desafiliación del sistema de seguridad social es un requisito esencial a efectos de comenzar a disfrutar de la pensión de vejez; ello conforme lo dispone los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, preceptos frente a los cuales también ha indicado «...no se entienden derogad[os] por la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, porque el artículo 31 ibídem dejó vigentes las disposiciones regulatorias de los seguros de invalidez, vejez y muerte administrados por el Instituto en aquellos aspectos inherentes a esas prestaciones.» (CSJ SL6159-2016).

No obstante lo anterior, también ha sostenido la Corporación, que debe analizarse de manera particular cada caso en concreto, pues existen situaciones especiales en la cuales la data de la desafiliación formal del sistema no coincide con la material, momentos en los cuales debe acudir al acervo probatorio, con el fin de establecer la realidad procesal del asunto controvertido, de manera que se pueda llegar a concluir que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación física del sistema. Así se pronunció la Sala, entre muchas, en la sentencia CSJ SL11895-2017, en la que se reiteró lo dicho acerca de este puntual aspecto, en providencia CSJ SL5603-2016, en la cual se sostuvo:

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.

Y en la Sentencia CSJ SL, 1 feb. 2011, rad. 38776, reiterada en la SL8497-2014, se puntualizó:

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.

Así las cosas, a pesar de que el tribunal indicó que la fecha de la última cotización al sistema lo fue el 31 de marzo de 2010, es claro que la entidad demandada tuvo por establecido que tal situación se dio el 30 de noviembre de 2009, conforme se observa a folios 61-74 del expediente administrativo; así como, que el actor solicitó el reconocimiento de su prestación desde el 18 de enero de 2010, situaciones fácticas de donde es posible inferir que el accionante tuvo la intención de desafiliarse a partir del momento que acreditó el cumplimiento de los requisitos para acceder al derecho, que lo fue el 12 de diciembre de 2009, data en la que arribó a los 60 años de edad.

En este orden y sin perjuicio de que el retiro del sistema sea una condición necesaria para el disfrute de la pensión, en la práctica esa voluntad puede manifestarse de diversas maneras y no simplemente con la prueba formal de la novedad de retiro. Pero tampoco es admisible que el demandante pretenda beneficiarse de su inactividad, pues, como lo resaltó Colpensiones, que desde el cumplimiento de los requisitos (30 de abril de 2010, toda vez que la última cotización la efectuó en el ciclo de octubre de 2009) hasta la fecha de la solicitud pensional (20 de junio de 2013), transcurrieron más de 3 años, sin ninguna razón válida.

De ninguna de sus actuaciones se puede deducir la intención de desafiliación del sistema como erróneamente lo hizo el tribunal. En consecuencia, los cargos prosperan.

Prosperan los cargos propuestos.

Sin costas en casación.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

Sin más consideraciones de lo expuesto en sede de casación, en instancia se revocará la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 7 de abril de 2015, para en su lugar revocar la del juez unipersonal y absolver a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Costas en las instancias a favor de la actora.

XI. DECISIÓN

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, **CASA** la sentencia dictada el cinco (5) de mayo de dos mil quince (2015) por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **CARLOS BEJARANO CUELLAR** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES.**

Sin costas en casación.

En sede instancia, **REVOCA** la sentencia dictada por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 7 de abril de 2015, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES**, de todas las pretensiones formuladas en su contra por **CARLOS BEJARANO CUELLAR.**

Costas en las instancias como se indicó en la parte motiva.

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

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ