



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4



GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Magistrado Ponente

SL5105-2018

Radicación n.º 55755

Acta 41

Bogotá D.C., veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín el 24 de noviembre de 2011, dentro del proceso ordinario que le promovió **RUBÉN DARÍO RESTREPO TANGARIFE**.

En atención al memorial visible a folios 33 y 34 (cuaderno de la Corte), se tendrá a la Administradora

Colombiana de Pensiones - Colpensiones, como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

El señor Rubén Darío Restrepo Tangarife demandó al ISS, para procurar el reajuste de su pensión especial de vejez con base en el promedio de lo cotizado en los últimos diez años o al de toda la vida laboral, y una tasa de reemplazo del 90%; que se condenara al retroactivo pensional causado entre el 4 de abril de 2005 y el 1º de mayo de 2009, o en subsidio desde el retiro del Sistema; los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los incrementos pensionales por personas a cargos, del 14% y 7% por su cónyuge y un hijo menor, respectivamente, más la indexación.

Fundamentó sus pretensiones en que solicitó el reconocimiento de su pensión especial de vejez de alto riesgo el día 22 de agosto de 2003, pero le fue negada por la Resolución n.º 05674 del 2005; que pidió nuevamente la prestación en el 2009, esta vez concedida por la Resolución n.º 011122 del 24 de abril de 2009, acto que, si bien, aceptó que el derecho había sido consolidado desde el 4 de abril de 2005, cuando cumplió 53 años de edad y cotizó 1100 semanas, como en efecto –asegura el actor- aconteció, lo cierto es que la reconoció a partir del 1º de mayo de 2009, por no haberse acreditado la novedad de retiro, pese a que esta obligación le correspondía al empleador y no al trabajador; que la cuantía inicial fue de \$572.684, sin que el

acto precisara la forma en que fue calculado el ingreso base de liquidación, dado que solo especificó que este ascendía a \$658.257; que se usó una tasa de reemplazo del 87%, cuando debió ser del 90%, pues no se contabilizaron los aportes que sufragó desde el 1º de enero al 30 de octubre de 2007, por no registrar cotizaciones en el régimen de salud, que le permitían alcanzar 1250,3 semanas, y no 1207, como lo indicó el ISS. Por último, anotó que estaba casado hace más de 30 años con la señora María Estella Quiroz, quien depende económicamente de él, comparten techo y procrearon a un hijo menor, también atado económicamente a él.

El ISS se opuso a lo pretendido. En cuanto a los hechos, aceptó el contenido de la Resolución n.º 001122 de 2009, y argumentó que, para determinar la fecha inicial de la pensión, era necesario el retiro del sistema; que en el cálculo del IBL tuvo en cuenta la última semana efectivamente cotizada; que para el 2003 no se cumplió la edad exigida, y que de conformidad con el Decreto 510 de 2003, resultaba imperativo el aporte equivalente tanto en pensiones como en salud. Clarificó que el actor contaba con 1207 semanas, pues continuó cotizando hasta el 30 de diciembre de 2006, y que no existía norma que contemplara incrementos por personas a cargo en los casos de pensiones especiales.

Presentó las excepciones de indebida acumulación de pretensiones, inexistencia de obligación de pagar retroactivo, reliquidación, incrementos pensionales y sanción por mora del art. 141 de la Ley 100 de 1993, compensación y pago,

prescripción, improcedencia de condena en costas e imposibilidad de condena por indexación.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Adjunto del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 31 de enero de 2011, resolvió:

PRIMERO: se CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, [...] a reconocer y pagar al señor RUBÉN DARÍO RESTREPO TANGARIFE, [...] la suma de [...] \$40.144.845,00, por concepto de retroactivo de la pensión especial de vejez desde el 4 de abril de 2005 hasta el 30 de Abril de 2009, de conformidad con los Artículos 15, 20 y demás concordantes del Decreto 758/90, y la parte motiva del fallo.

SEGUNDO: Se CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, [...] a reconocer y pagar [...] la suma de [...] \$5.626.890,00, por concepto de diferencia pensional entre la mesada reconocida y la reliquidada en la presente sentencia por el período comprendido entre 01 de Mayo de 2009 al mes de Enero de 2011, incluyendo las mesadas adicionales de cada anualidad, de conformidad con la parte motiva del fallo.

TERCERO: Se CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, [...] a seguir pagando [...] a partir del 01 de Febrero de 2011 la mesada pensional especial de vejez que venía reconociendo mensualmente al demandante, incrementada en la suma de [...] \$243.878,00, lo que arroja una mesada pensional de [...] \$846.533,00, la que se seguirá incrementando, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993 e incluyendo las mesadas adicionales de Junio y Diciembre de cada anualidad.

CUARTO: Se CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES [...] a reconocer y pagar [...] \$20.350.079,00, por concepto de Intereses Moratorios por el no pago oportuno y acertado de las mesadas pensionales que consagra el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por el período comprendido entre el día 04 de Agosto de 2005 y hasta el 31 de Mayo de 2009, de conformidad con la parte considerativa del fallo.

QUINTO: Se CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES [...] a reconocer y pagar [...] la suma de [...] \$6'587.448,00, por concepto de incrementos de la pensión de vejez a que tiene derecho el actor por su cónyuge [...] y su hijo [...], en la cuantía del 14% y

7% sobre la pensión mínima, desde el 04 de Abril de 2005, hasta el mes de Enero de 2.011.

SEXTO: Se CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, [...] a seguir reconociendo y pagando a partir de la mesada pensional de febrero de 2011 (Inclusive) [...] el incremento pensional por personas a cargo, por su cónyuge [...] y su hijo [...] en la cuantía del 14% y 7% sobre la pensión mínima sin perjuicio de los incrementos anuales de ley para pensiones mínimas, mientras subsista la causa que le dio origen.

SÉPTIMO: Se CONDENA al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, [...] reconocer y pagar [...] la indexación de las anteriores condenas por incrementos pensionales, disponiéndose que sea la demandada, quien proceda a liquidar estas sumas a partir del 4 de Abril de 2005 y hasta la fecha en que efectivamente se verifique el pago de las condenas impuestas por incrementos.

Absolvió de lo demás y declaró no probada la excepción de prescripción.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Medellín, el 24 de noviembre de 2011, confirmó la sentencia apelada por la demandada.

El juez colegiado advirtió que los problemas a resolver se centraron en determinar **(i)** si tenía derecho al reajuste de la mesada pensional teniendo en cuenta que cotizó 1250 semanas y así acoger una tasa de reemplazo del 90%, **(ii)** si al actor le asistía derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional desde el 4 de abril de 2005, **(iii)** si el cálculo del IBL y la condena por indexación fue correcta, **(iv)** si operó la prescripción, **(v)** si había lugar al pago de los incrementos pensionales por personas a cargo, de los intereses moratorios y de la indexación.

Antes, halló acreditado que **a)** el actor nació el 4 de abril 1952; **b)** que se solicitó la pensión especial de vejez el 22 de agosto de 2003, **c)** que fue negada y confirmada mediante la Resolución n.º 05674 de 2005, por tener 562 semanas, de las 750 exigidas; **d)** que el recurrente elevó nueva reclamación ante el ISS y mediante Resolución N.º 011122 de 2009 le reconocieron la acreencia a partir del 1º de mayo de 2009, con base en 1207 semanas, un IBL de \$658.257 y una tasa de reemplazo del 87%.

Retroactivo pensional

No discutió que el actor era beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 8º del Decreto 1281 de 1994, por lo que su derecho debía definirse a la luz del artículo 15 del Decreto 758 de 1994, que para acceder a una pensión por alto riesgo, exigía acreditar 750 semanas en esta condición, y estableció que por cada 50 semanas sufragadas con posterioridad a las primeras 750 *«[...] en la misma actividad peligrosa [...], le iban disminuyendo la edad mínima pensional anualmente, esto es a los 60 años»*. Así, consideró que, aunque el actor tuvo intención de retirarse en el año 2003, ello fue posible en el 2005, *«[...] pues las semanas cotizadas en demasía a las primeras 750 le permitían escoger este último año para obtener su pensión especial»*, según lo reconoció el propio instituto en la mencionada Resolución n.º 011122 de 2009, que indicó que el demandante laboró en actividades de alto riesgo desde el 12 de septiembre de 1983 hasta el 30 de diciembre de 2006, y que al 4 de abril de 2005, aquel cumplió 53 años de edad y 1100 semanas de cotización, pese a lo cual se reconoció desde el 1º de mayo de

2009, por cuanto no hubo retiro del sistema, requisito que, por tratarse de una pensión especial, no tenía aplicabilidad en el caso objeto de estudio, por lo tanto:

[...] si bien es cierto que el actor para el 4 de abril de 2005 cumplía los 53 años de edad y 1100 semanas cotizadas al ISS, para llegar a esta conclusión, el actor debía seguir realizando las cotizaciones al sistema para que por cada 50 semanas adicionales a las 750 semanas se le disminuyera la edad mínima requerida, pues en el caso hipotético de que al cumplimiento de las 750 semanas se hubiera retirado, tendría que haber esperado al cumplimiento de la edad, en tanto que no tendría semanas adicionales que sirvieran de base para disminuir la edad.

Era entonces del resorte del actor decidir a qué edad quería pensionarse y a pesar de que esta Sala ha reconocido en estos casos que el retroactivo se debe dar a partir de la reclamación administrativa, en este particular caso la reclamación administrativa la realizó en el 2003 y pese a tener cumplidas más (sic) de las 750 semanas prevista en el Decreto 758 de 1990, el ISS la negó, reconociendo la pensión sólo en el 2009, cuando este ente reconoció que a partir del 2005 tenía 1100 semanas y por ello se mantendrá esa fecha que es la misma solicitada por el demandante.

Reliquidación de la pensión especial de vejez

Sostuvo que la prueba visible a folio 64 a 68, indicaba que el actor cotizó un total de 1160.14 semanas, contando las del 2007 alegadas en la demanda; de otro lado, la Resolución n.º 011122 de 2009 (f.º 13 a 16) halló 1207, por los servicios prestados a dos empresas entre el 12 de septiembre de 1983 y el 30 de diciembre de 2006; por último, el Juzgado calculó los aportes desde el 12 de septiembre de 1983 hasta el 31 de octubre de 2007, y halló 1250.5 semanas (f.º 112).

Presentado lo anterior, indicó que correspondía determinar si debía tenerse en cuenta lo aportado en el 2007, por no haberse cotizado en salud, para lo cual recordó que el

Decreto 510 del año 2003 reguló los aportes por salarios o ingresos adicionales a los percibidos como trabajador dependiente, según lo refiere su artículo 3º y el aparte final del precepto 5º de la Ley 797 de 2003, por lo que no existiendo simultaneidad de cotizaciones en el referido año, pues el actor estuvo vinculado al sistema como trabajador dependiente, era pertinente integrar en el cálculo los mencionados extremos.

Además, indicó que el *a quo* tuvo en cuenta el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, y en esto no hubo error.

Error en el cálculo del IBL

Vista la liquidación realizada por el *a quo*, la estimó correcta por cuanto tuvo en cuenta «[...] *la variación del índice inicial mensual*», en aplicación de lo señalado en la sentencia de esta Corte, CSJ SL29470 de 2007, y añadió que «[...] *si bien es cierto que el índice varía mensualmente y la Corte no ha determinado expresamente si la liquidación debe realizarse con el mensual o con el anual, las liquidaciones realizadas por la CSJ así lo indican*».

Incrementos pensionales por personas a cargo

Explicó que de los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990, no se extraía que tales emolumentos no procedían ante el reconocimiento de una pensión especial de vejez.

Improcedencia de los intereses moratorios

Adujo que los primeros se generan por la simple mora en el pago de una mesada pensional, partiendo del plazo de

4 meses señalado en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003; así, indicó que el derecho fue reclamado el 22 de agosto de 2003, por lo que el ISS tenía hasta el 22 de diciembre siguiente para cumplir, empero, como el ISS aceptó que el derecho se configuró el 4 de abril de 2005, y pese a ello lo reconoció el 1º de mayo de 2009, «[...] es con base en ello que se observa que efectivamente el ISS incurrió en mora», como lo consideró el *a quo*.

De la condena de indexación

Dijo lo siguiente:

Frente a la solicitud de condenar en concreto por la indexación de la condena de los incrementos pensionales, el ISS deberá reconocer la suma de \$878.489,00 de los cuales \$585.653,00 corresponden a la indexación de los incrementos pensionales por cónyuge a cargo y la suma de \$292.836,00 por indexación de los incrementos pensionales por hijo a cargo, sumas que deben ser nuevamente (sic) por la entidad demandada, al momento del pago efectivo de la obligación.

De la inaplicabilidad de la prescripción por concepto de reliquidación e incrementos pensionales

Anotó que, como la Resolución n.º 011122 de 2009 reconoció la pensión a partir del 1º de mayo de ese año, y la reclamación administrativa se presentó el 20 de enero de 2010, este fenómeno no operó, y aclaró que el término para tal conteo era de 3 años, según lo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSSS, no el regulado en el Decreto 758 de 1990, aplicable al ISS como entidad administradora, según varias sentencias de esta Corte que relacionó.

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 que la Corte case la sentencia del Tribunal y, en sede de instancia, se absuelva de todo lo pedido.

Con tal propósito, formuló un cargo, por la causal primera de casación, que fue replicado.

VI. CARGO ÚNICO

Acusó el fallo del Tribunal por la vía directa, en la modalidad de aplicación indebida de los artículos:

[...] 8º del Decreto 1281 de 1994, 15, 20 y 21 el Acuerdo 049 de 1990, 21, 36 y 141 de la Ley 100 de 1993, 5º y 9º de la Ley 97 de 2003, 3º del Decreto 510 de 2003, 488 del Código Sustantivo del Trabajo, 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y 19 de la Ley 1395 de 2010, lo cual se presentó como consecuencia de la INFRACCIÓN DIRECTA del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 y 31 de la Ley 100 de 1993.

Advirtió que estaba de acuerdo con todas las conclusiones fácticas del Tribunal, y le cuestionó haberse rebelado contra la aplicación el artículo 13 del acuerdo 049 de 1990, «[...] y empleó varias disposiciones frente a hechos no previstos por estas». En cuanto a aquel precepto, indicó que «Como dicha norma no distingue entre el tipo de pensión de vejez, no lo es dable hacerlo al intérprete [...]», pues lo contrario sería un trato discriminatorio.

Esto por cuanto, si como se probó, el actor cumplió los requisitos pensionales en el 2005, época para la cual no tenía 1250 semanas ni se había retirado del sistema, y solicitó «[...] *extemporáneamente [..] antes de tiempo*» el reconocimiento y pago de la prestación económica en el 2003, «[...] *motivo por el cual [...] al requerirse una solicitud de parte (ya que obviamente no puede hacerse de oficio), en derecho solo puede reconocerse el [...] derecho a partir del momento de la resolución del 2009, al no existir novedad de retiro*» y aun cuando se haya estructurado la pensión desde el 2005.

Además, si para el 31 de octubre de 2007 tenía 1250 semanas cotizadas al sistema, y con esto alcanzó el tope del 90% de tasa de reemplazo, «[...] *es apenas obvio que no puede reconocérsele una reliquidación pensional con su correspondiente retroactivo desde el 2005, es decir, contabilizándose unas semanas sufragadas con posterioridad a ese momento*».

VII. RÉPLICA

El opositor señaló que el recurso presentaba las siguientes deficiencias técnicas: que el alcance de la impugnación no es consecuente con el único cargo planteado, pues solicita la casación total del fallo, y solo se enfoca en el retroactivo pensional; que no existió la aplicación indebida, pues el Tribunal nunca puso en duda que no existió novedad de retiro, sino que brindó una interpretación sobre esa temática, bajo el entendido de que se trataba de una pensión especial por alto riesgo; tampoco se configuró la

infracción directa alegada, porque el Juez Plural sí elucidó el retiro, y consideró que fue tácito una vez acotó que *«Era entonces del resorte del actor decidir a qué edad quería pensionarse»*, conclusión esta que, por ser fáctica, necesariamente quedó aceptada en el cargo.

VIII. CONSIDERACIONES

Aunque es cierto que en el alcance de la impugnación se pidió más de lo que quedó desarrollado en el cargo, ello en realidad está lejos de evitar un estudio de fondo, pues como se verá en el desarrollo de esta decisión, al centrarse la acusación en torno a la fecha a partir de la cual se concedió la pensión especial de vejez de alto riesgo, esto naturalmente incide en otras acreencias, por lo que la disfunción concretamente alegada, es superable.

Precisado esto, la Corte advierte que, por la vía del puro derecho escogida, se tienen forzosamente probadas las siguientes premisas fácticas halladas en las instancias:

i) Que el accionante nació el 4 de abril 1952; **ii)** que, por primera vez, solicitó la pensión especial de vejez el 22 de agosto de 2003, **iii)** que la pensión fue negada mediante la Resolución n.º 05674 del 29 de marzo de 2005, por no cumplir las semanas exigidas; **iv)** que el actor tiene derecho a dicha pensión en atención a lo dispuesto en el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, la cual se causó el 4 de abril de 2005, cuando aquel cumplió 53 años de edad y 1100 semanas de cotización; **v)** que el demandante continuó

cotizando hasta el 31 de octubre de 2007, fecha para la cual alcanzó 1250 semanas –así lo concluyeron las instancias–, que fueron tenidas en cuenta en el cálculo del IBL, cuyo resultado tampoco se discute, y menos aún que sobre este monto debía deducirse una tasa de reemplazo del 90%.

La censura argumenta, en primera medida, que el Tribunal se equivocó al considerar que no era necesario demostrar la novedad de retiro del SGP, establecido en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, en tanto esta exigencia, para aquel Juzgador, no era predicable por tratarse de una pensión especial de vejez por alto riesgo.

Para resolver, en primer lugar es necesario precisar que las pensiones establecidas en los artículos 12 y 15 del Decreto 758 de 1990, cuya aplicación es indiscutida en casación, corresponden a una única y misma pensión de vejez, solo que para las personas que desempeñan actividades de alto riesgo se confiere la posibilidad de pensionarse a una edad inferior a la establecida en la regla general (60 años), que no es otra cosa que una anticipación de la edad para efectos del reconocimiento. Así se ha entendido y reiterado, entre otras, en sentencias CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558 y CSJ SL086-2018, última que señaló:

De ahí que tanto el artículo 12 como el 15 del referido Acuerdo 049 de 1990 aluden a la misma pensión de vejez, simplemente que para las personas que desempeñan las actividades de alto riesgo que previó el legislador, el reconocimiento de la prestación se hace de forma anticipada, en razón a que se disminuye la edad para el nacimiento del derecho.

De otro lado, es importante clarificar que por ser lo anterior una posibilidad que tienen los afiliados que cumplan

con esas condiciones normativas, se ha dicho que, causado el derecho, es igualmente necesario acreditar el retiro del sistema para establecer la fecha de su reconocimiento, pero ello no debe ser siempre de manera formal, como lo sugiere la censura, pues aunque esa es la regla general, lo cierto es que dependiendo de la situación particular, deberá evaluarse si en la realidad existe una clara intención de cesar las cotizaciones a fin de hacer uso de la prerrogativa que le permite al afiliado anticipar la edad y en tal sentido acceder a la pensión especial, que deberá reconocerse, si es del caso, incluso antes de la desafiliación formal.

Resulta conveniente recordar lo expuesto recientemente en la sentencia CSJ SL2807-2018, que en un caso de contornos similares, puntualizó:

Así, para la Corporación no tienen asidero los argumentos de la censura porque, como lo asentó el juez plural, el régimen especial de vejez por alto riesgo implica la posibilidad de pensionarse a una edad inferior a la establecida para la prestación general de vejez. Obsérvese que en esencia no hay diferencia entre una y otra prestación, solo que para quienes desempeñan actividades de alto riesgo se les anticipa la edad para efectos de su reconocimiento.

Ahora bien, el hecho de que el actor cotizara 1.886 semanas y solicitara la pensión de vejez en 2010, es decir, cuando tenía 61 años de edad, es indicativo que no quiso hacer uso de la prerrogativa de anticipar la pensión desde el momento en que pudo acreditar el cumplimiento de los requisitos para ello.

Si el demandante pretendía obtener la pensión especial de vejez por alto riesgo a determinada edad, debió dejar de hacer cotizaciones y elevar la respectiva solicitud al ente de seguridad social, al cual le correspondía analizar para el reconocimiento de la prestación, de acuerdo a las disposiciones vigentes de ese momento, cuántos años de edad podían descontarse conforme al número de semanas cotizadas.

Este criterio igualmente puede observarse en la sentencia CSJ SL472-2018, que de forma más concreta consideró:

*En ese orden de ideas, no hubo error fáctico manifiesto del tribunal en la apreciación de esa prueba, pues su razonamiento fue jurídico, y centrado en que al ser el demandante sucesivamente beneficiario de los regímenes de transición de los artículos 6º del Decreto 2090 de 2003 y 8º del Decreto 1281 de 1994, su prestación especial de vejez estaba gobernada por el artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese año. Esto le permitía habilitar como cotizaciones en actividades de alto riesgo las 1.250 semanas que registraba en toda la vida laboral, las cuales le daban un descuento de más de 500 semanas sobre las primeras 750, y le permitían un descuento en la edad de 10 años; por lo que el derecho se estructuraba a los 50 años de edad, **aunque el disfrute estaba condicionado al momento en que se acreditara el retiro del sistema general de pensiones** (resalta la Corte).*

Como se puede apreciar, elucidar sobre la existencia de la desafiliación al sistema sí era necesario para establecer el disfrute de la pensión, incluso si se trata de una especial de vejez de alto riesgo, por lo que la confusión conceptual del Tribunal es evidente.

Además de ello, el Juez Plural, para determinar el disfrute del derecho, redujo su óptica al momento exacto en que el promotor cumplió los requisitos de edad y semanas de cotización, es decir al 4 de abril de 2005, sin percatarse de que después avaló que para el cálculo de la pensión debían tenerse en cuenta las cotizaciones realizadas hasta el 31 de octubre de 2007, pese a lo cual mantuvo la decisión de ordenar el retroactivo pensional a partir del 2005, sin ser ello jurídicamente admisible pues, aunque es cierto que puede ocurrir que al afiliado le resulte más beneficioso que el IBL se obtenga tomando lo cotizado hasta cuando satisfaga los

requisitos de edad y tiempo de cotización, haciendo abstracción de los aportes realizados con posterioridad a esa calenda (CSJ SL22630, 7 sep. 2004, reiterada en CSJ SL3467-2018), no fue eso lo que aquí aconteció, pues tales cotizaciones no fueron en modo alguno intrascendentes o prescindibles en la determinación de la cuantía inicial de la prestación, a tal punto que contribuyeron a obtener una mayor tasa de reemplazo, según igualmente lo dejó incólume el Juez Colegiado, luego surge una ostensible equivocación en la calificación jurídica de los enunciados fácticos hallados.

Aclara la Sala, para responderle a la réplica, que lo anterior no es una cuestión fáctica, pues, todo lo contrario, partiendo la Corte de los hechos probados e indiscutidos en casación, se colige fácilmente que la consideración realizada por el Tribunal en la premisa mayor de la regla fue equivocada, y ello es razón suficiente que conduce a colegir la transgresión jurídica que se le endilgó en el cargo.

Por lo visto, la acusación prospera y se casará la sentencia de segunda instancia, en cuanto confirmó el numeral primero de la parte resolutive de la decisión de primer nivel, que ordenó el retroactivo pensional causado desde el 4 de abril de 2005, así como en lo que toca a los numerales cuarto, quinto y séptimo, por cuanto el cambio en la fecha del reconocimiento de la pensión, incide inevitablemente en las condenas impuestas por intereses moratorios, incrementos pensionales e indexación, tal como se explicará en sede de instancia. No se casará en lo demás.

Sin costas en el recurso extraordinario.

IX. SENTENCIA DE INSTANCIA

En instancia, además de lo dicho en casación, insiste la Corte en que, si bien, por regla general, es necesario obtener la desafiliación formal del sistema para establecer el disfrute del derecho, lo cierto es que en situaciones particulares se han aceptado nociones que derivan de alternativas hermenéuticas que admite la ley, que implican que la pensión sea pagada con antelación a la desafiliación formal, si esta existe; esto ocurre, por ejemplo, cuando la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema (CSJ SL35605, 20 oct. 2009, CSJ SL5603-2016, CSJ SL 9036-2017 y CSJ SL900-2018), o en el caso en que el afiliado ha sido obligado a seguir cotizando por la renuencia de las instituciones que manejan el sistema pensional en reconocer la prestación que fue solicitada en tiempo y con satisfacción de todos los requisitos legales, evento en el que se ha estimado que debe reconocerse desde que esto último ocurra (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).

Al revisar el plenario, partiendo de que el actor pidió por primera vez la pensión especial de vejez el 22 de agosto de 2003, se tiene que para esta fecha no había cumplido los requisitos para acceder a ella, tal como él mismo lo acepta en la demanda inicial al enfatizar que ello fue el 4 de abril de 2005; por lo demás, tal supuesto se determina cabalmente de los hechos indiscutidos en sede de casación y que en instancia resguardan toda su legalidad, pues si para el 2005

tenía 1100 semanas cotizadas y la reducción de la edad quedó en 53 años por efecto de la regla del artículo 15 del Decreto 758 de 1990, es lógico que en el 2003 la edad solo pudo reducirse a 55 años, y el promotor apenas contaba 51.

Tampoco los tenía reunidos el día en que fue emitida la Resolución del 29 de marzo de 2005, pues no hay debate respecto de que el derecho se causó el 4 de abril de ese año, luego el ISS no fue renuente en el reconocimiento de la pensión, y por ello el afiliado tenía toda la posibilidad de continuar cotizando para beneficiarse de la prerrogativa especial, como en efecto lo hizo hasta el 31 de octubre de 2007, y esto incluso le sirvió para obtener una mayor tasa de reemplazo, según lo halló el *a quo*.

Ahora bien, aunque se observa que el Juzgado estimó correctamente que era necesario demostrar la desafiliación al sistema, lo cierto es que acto seguido consideró que la pensión debía reconocerse el 4 de abril de 2005, cuando el actor cumplió los requisitos de edad y semanas exigidas, sin percatarse de que con posterioridad aquel continuó cotizando, con los matices ya descritos, luego saltaba a la vista la imposibilidad de establecer un retroactivo pensional a partir del 4 de abril de 2005, pues en esta época no era constatable el ánimo de desafiliación.

Para la Corte, ello en realidad ocurrió el 31 de octubre de 2007, cuando el actor, ya habiendo manifestado con anterioridad -23 de agosto de 2003- su intención de acceder a la pensión especial, solo que no tenía los requisitos cumplidos, cesó de cotizar definitivamente. Así pues, resulta

inequívoco que desde entonces quedó plasmada su voluntad de desafiliarse del sistema y de gozar efectivamente de su derecho pensional, por lo que así se modificará el numeral primero de la sentencia del Juzgado, en el sentido de que el retroactivo pensional debe contabilizarse a partir del 1º de noviembre de 2007.

En cuanto a los intereses moratorios, que partiendo de la falsa premisa de que el reconocimiento pensional debió ser el 4 de abril de 2005, fueron concedidos a partir del 4 de agosto siguiente, da cuenta la Sala de que, si bien, es cierto que el actor solicitó el derecho pensional el 22 de agosto de 2003, ya se dijo que para esa época no había reunido los requisitos legales para acceder a la prestación, como tampoco cuando se expidió la Resolución n.º 05674 del 29 de marzo de 2003, que negó la solicitud, por lo que era necesario que el accionante le pidiera nuevamente al ISS dicho derecho, acto que, afirma el demandante, se hizo en el 2009, pero en el plenario no obra la prueba que lo demuestre, y así las cosas es imposible establecer el alegado retardo en el pago de las mesadas pensionales, por lo que procede la revocatoria de esta condena.

Vale aclarar que estos emolumentos fueron apelados por la pasiva por cuanto son incompatibles con la indexación, lo que presupone previamente determinar si son procedentes, y ello, según se explicó, no acontece.

De otro lado y en armonía con lo dicho, se modificará el numeral quinto de la resolutive del *a quo*, en el entendido de

que los incrementos pensionales deben concederse a partir del 1º de noviembre de 2007.

Por último, se modificará el numeral séptimo, en el sentido de que la indexación de la condena por incrementos pensionales, deberá tener como fecha inicial el 1º de noviembre de 2007.

Costas en instancia, como quedó resuelto en la sentencia del Tribunal.

X. 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 proferida por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil once (2011), en el proceso ordinario adelantado por **RUBÉN DARÍO RESTREPO TANGARIFE** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

En instancia,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que el retroactivo pensional debe concederse a partir del 1º de noviembre de 2007, conforme a lo dilucidado. **CONFIRMAR** en lo demás este numeral.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, y en su lugar **ABSOLVER** de los intereses moratorios concedidos, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: MODIFICAR el numeral **QUINTO** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que los incrementos pensionales por personas a cargo, deben concederse a partir del 1º de noviembre de 2007. **CONFIRMAR** en lo demás este numeral.

CUARTO: MODIFICAR el numeral **SÉPTIMO** de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que la indexación de la condena por incrementos pensionales, deberá tener como fecha inicial el 1º de noviembre de 2007. **CONFIRMAR** en lo demás este numeral.

Costas como se indicó.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ