

República de Colombia



Corte Suprema de Justicia

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente

SL16104-2014
Radicación n.º 44901
Acta 40

Bogotá, D. C., cinco (05) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 30 de septiembre de 2009, en el proceso seguido por **VÍCTOR HUGO PLATA LOPERA** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**.

En cuanto al memorial obrante a folios 39 a 40 del cuaderno de la Corte, téngase como sucesor procesal del Instituto de Seguros Sociales hoy en liquidación a la

Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES, de acuerdo a lo previsto en el D. 2013/2012 art. 35, en armonía con el art. 60 del CPC, aplicable a los procesos laborales y de la seguridad social, por expresa remisión del CPL y SS art. 145.

I. ANTECEDENTES

El citado accionante demandó al Instituto de Seguros Sociales para que fuera condenado a *«modificar el Ingreso Base de Liquidación por medio de la cual reconoció la pensión a mi mandante mediante la resolución No. 24649 del 23 de octubre de 2006 y aplicar éste sobre la base de \$1,448.385, salario que devengaba mi mandante a julio 31 de 1998, suma que deberá ser indexada a la fecha de la emisión de la resolución en la cual se concede el derecho a la pensión de vejez a mi mandante (Octubre 23 de 2006). para (sic) el caso el valor indexado asciende (sic) \$2.539.036 (índice final octubre 31/06 = 167,603818 / índice inicial Julio 31 de 1998=98,25075=factor=1,7059) lo cual aplicando el 75% nos daría un valor mensual de \$1,904.277»*; a pagar el retroactivo pensional a partir del 3 de septiembre de 2003 y las costas procesales.

En respaldo a sus pretensiones, refirió que el I.S.S. mediante Resolución n. 24649 del 23 de octubre de 2006, le reconoció una pensión de vejez, en cuantía mensual de \$1.479.357,00, a partir del 1º de noviembre de 2006; que en el aludido acto administrativo se dijo que cotizó un total de 831 semanas válidas al I.S.S., y por ende, se fijó una tasa de reemplazo del 63%, cuando en realidad cotizó 1.037

semanas, lo que significa que debió aplicarse un porcentaje del 75%.

Narró que el 14 de febrero de 2003, mediante formulario de autoliquidación de aportes n. 15104722, la empresa MACAN LTDA., reportó su novedad de retiro del sistema general de pensiones, por manera que, lo expuesto en el acto administrativo de reconocimiento de la pensión en el sentido de que no se desafilió del Régimen de Seguridad Social, no era cierto y, en consecuencia, debió pagarse su pensión a partir del 3 de septiembre de 2003, fecha en que cumplió la edad de 60 años.

Precisó que el 30 de diciembre de 2003, la empresa MACAN LTDA., reportó su ingreso al Sistema de Seguridad Social en Salud en SALUDCOOP EPS, *«situación que también fue desconocida por el ISS, según lo menciona en el inciso 15 de los CONSIDERANDOS de la RESOLUCIÓN 24649 del 23 de octubre de 2006 para no incluir 28 días de cotización entre el 2003 y el 2004 por parte del asegurado»*.

Por todo lo reseñado –a modo de síntesis–, apuntó que su pensión de vejez se debió reconocer a partir del 3 de septiembre de 2003, fecha en que cumplió la edad de 60 años, puesto que para esa calenda tenía 1.037 semanas cotizadas y desde el 14 de febrero de 2003 había reportado la novedad de retiro. Añadió que recurrió en apelación la Resolución n. 24649 del 23 de octubre de 2006 (fls. 2-8).

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones, y en su defensa formuló las excepciones que denominó ausencia de causa para pedir o petición en abstracto, cumplimiento de la obligación, buena fe, improcedencia de la indexación, imposibilidad de condena en costas, prescripción, compensación y la genérica (fls. 46-50).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo del 3 de diciembre de 2008, resolvió (fls. 61-69):

PRIMERO: Se ABSUELVE al Instituto de Seguros Sociales de la pretensión de incrementar el porcentaje de la pensión de vejez contenida en la demanda (...).

SEGUNDO: Se CONDENAN AL INSTITUTO SOCIAL (sic) a pagar

a) El valor de CUARENTA Y DOS MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CIENTO UN PESO (\$42.985.101.00) por retroactivo de la pensión ocasionado desde el 22 de agosto de 2004 hasta el 30 de octubre de 2006.

b) Por INDEXACIÓN la suma de DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS DIECISEIS (sic) (\$2.888.616.00)

TERCERO: Costas a cargo de la demandada, rebajadas en un 70%. Tásense por secretaría.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Llegado el proceso a la segunda instancia por apelación de ambas partes, la Sala Laboral del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia del 30 de septiembre de 2009, revocó las condenas impuestas por el juez *a quo* y, en su lugar, absolvió al I.S.S. de las pretensiones de la demanda. Las costas de la primera instancia las fijó en un 100% a cargo del demandante (fls. 98-114).

En sustentó de su decisión, expuso que el demandante cotizó al I.S.S. un total de 831,7 semanas, teniendo en cuenta que en la historia laboral de folios 54-56 se registraban 660 semanas cotizadas en periodos anteriores al 31 de diciembre de 1994, lo cual resultaba corroborado con las tarjetas de comprobación de derechos visibles a folios 24-37; que según historia laboral de folios 38-40, el demandante entre el 1º de enero de 1995 y el 1º de julio de 1998, cotizó 171,42 semanas y *«en la historia laboral aportada por la apoderada de la entidad accionada con la sustentación del recurso de apelación, y decretada como prueba de oficio por esta agencia judicial (fls. 78-79), se observa que en diciembre de 2003 se cotizaron 2 días, y en enero y agosto de 2004 se aportaron en total 26 días, bajo la novedad de licencia no remunerada»*.

En punto al interregno laborado en la Universidad de Antioquia (15/01/1971 al 10/01/1973), por un total de 716 días -de los cuales 251 fueron simultáneos con algunas cotizaciones al I.S.S.-, expuso que esos tiempo servidos en el sector público y no cotizados al I.S.S., no podían ser tenidos en cuenta para efectos de la pensión de vejez del A. 049/1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, aplicable al actor en virtud del régimen de transición pensional.

Al respecto, precisó que (i) la acumulación de ese período es viable en tratándose de las pensiones del Sistema General de Pensiones; (ii) la L. 100/1993 art. 36 parágrafo, está referido a la pensión de vejez prevista en el art. 33 de esa misma normativa; y (iii) *«la sumatoria de tiempos públicos sin cotización con aportes efectuados al ISS o alguna otra caja, está vedada para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez conforme al régimen de transición, para invocar el Acuerdo 049 de 1990, por lo que en este sistema pensional únicamente se convalidan las semanas efectivamente cotizadas al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES»*. En respaldo de su decisión, trajo a colación las sentencias CSJ SL, 4 nov. 2004, rad. 23611 y CSJ SL, 19 nov. 2007, rad. 30187.

Así las cosas, precisó que las semanas cotizadas al I.S.S. ascienden a 831,7 y, por consiguiente, la tasa de reemplazo es del 63%.

Finalmente, revocó la condena por retroactivo pensional e indexación, al considerar lo siguiente:

A folios 89 obra autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social, donde se relaciona el retiro del sistema para agosto de 1998, pero con fecha de recibido por el banco DAVIVIENDA el 14 de febrero de 2003. Este retiro retroactivo fue efectivamente validado por la entidad demandada, pues así se observa en la historia laboral de folios 78-79; sin embargo, en este mismo documento se ve claramente que con posterioridad a este retiro, se efectuaron nuevas cotizaciones así: dos días en diciembre de 2003, 5 días en enero de 2004 y 21 días en agosto de 2004, estos dos últimos períodos relacionados bajo la novedad de licencia, sin embargo se observa pago del aporte correspondiente.

Radicación n.º 44901

Es así como, para que el actor tuviese derecho al retroactivo pensional, era necesario que se reportara el retiro definitivo del Sistema General de Pensiones, lo que no sucedió en este caso, toda vez que según el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, el afiliado puede continuar cotizando una vez adquirida la densidad mínima, con la finalidad de mejorar el monto de la prestación económica. Desde esta perspectiva, es la desafiliación efectiva, el momento en el cual la administradora de pensiones tiene la certeza que no se van a seguir pagando aportes al sistema, requisito que además determina la causación de la pensión.

En estas condiciones, como no se probó el retiro definitivo del sistema general de pensiones, ni tampoco la fecha en la que el demandante reclamó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, la condena por retroactivo pensional e indexación será revocada, y en su lugar se absolverá al ente demandado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la parte accionada que la Corte case la sentencia recurrida, y en sede de instancia, se disponga:

4.2.1. Modificar el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia y, en su lugar, condenar al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar la pensión de vejez con base en un salario mensual de pensión de \$1.751935 para el mes de octubre de 2006 y que, de ahí en adelante, se efectúen los incrementos respectivos al salario mensual de pensión, por cada año que transcurra.

(...) 4.2.2. Modificar el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia, condenando al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES a pagar el valor retroactivo de la pensión desde el 14 de febrero de 2003, fecha en la cual el demandante cumplió los 60 años de

Radicación n.º 44901

edad y se presentó el retiro del demandante del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, cifra que deberá ser liquidada por la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, al momento de proferir la sentencia definitiva como Tribunal de Instancia.

4.2.3. Confirmar el numeral tercero de la providencia de primera instancia, condenando en costas al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, pero modificándola en cuanto condenarla al pago del 100% de las mismas.

Con tal propósito formula cuatro cargos, por la causal primera de casación. Los dos primeros serán estudiados conjuntamente.

VI. CARGO PRIMERO

Por la vía directa, atribuye a la sentencia recurrida la violación de la ley sustancial, en la modalidad de interpretación errónea de la L. 100/1993 art. 36.

Aduce, en síntesis, que el juez colegiado interpretó erróneamente la normativa referida en precedencia, en la medida que esta disposición se remite al régimen anterior en cuanto al número de semanas cotizadas, *«pero no a la forma como se acumulan o se suman esas semanas»*, además que, *se «dejó de considerar que en todos los demás aspectos, diferentes a la edad, número de semanas cotizadas y el monto de la pensión, se aplica en su integridad la ley 100 de 1993»*.

En este contexto, señala que la forma como se acumulan o se suman esas semanas se debe regir por lo dispuesto en la L. 100/1993 art. 36 parágrafo en armonía con lo señalado en el lit. f) del art. 13 de la misma

normativa; que la L. 71/1988, al igual que lo hizo la L. 100/1993, consagró la posibilidad de sumar los aportes sufragados a cualquier entidad de previsión social, con la finalidad de acabar con la inequidad que existía entre los diferentes regímenes pensionales; y que de haberse tenido en cuenta esos tiempos laborados en la Universidad de Antioquia, contaría con un total de 945 semanas y, por consiguiente, la tasa de reemplazo de su pensión sería del 69%.

VII. CARGO SEGUNDO

Aduce que la sentencia violó la ley sustancial *«por infracción directa o por falta de aplicación de los artículos 53 de la Constitución Política y 21 del Código Sustantivo del Trabajo»*.

Aduce que de las dos interpretaciones posibles que permite la L. 100/1993 art. 36, el Tribunal acogió la menos favorable, esto es, aquella según la cual no es posible sumar tiempos servidos en el sector público –no cotizados al I.S.S.- con semanas efectivamente aportadas al I.S.S. En respaldo a sus argumentos, trae a colación apartes de las sentencias T-090/2009 y T-284/2007 de la Corte Constitucional.

VIII. RÉPLICA

Argumenta que la decisión del Tribunal estuvo fundamentada en la jurisprudencia de esta Corporación,

conforme a la cual, para el reconocimiento de la pensión de vejez del A. 049/1990, aplicable en virtud del régimen de transición, solo son computables las semanas efectivamente cotizadas al I.S.S.

En punto a la segunda acusación, señala que no es una disposición apta para configurar una proposición jurídica.

IX. CONSIDERACIONES

Esta Corporación en pacífica y reiterada jurisprudencia, ha señalado que para los beneficiarios del régimen de transición cuyo *régimen anterior* sea el del Seguro Social contenido en el A. 049/1990, aprobado por el D. 758 del mismo año, la exigencia del *número de semanas* debe entenderse como aquellas efectivamente cotizadas al I.S.S., puesto que en el aludido acuerdo no existe una disposición que permita adicionar a las semanas cotizadas, el tiempo servido en el sector público, como sí acontece a partir de la L. 100/1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella, o como también puede ocurrir respecto a la pensión de jubilación por aportes prevista en la L. 71/1988, según el criterio expuesto en sentencia CSJ SL4457-2014.

Por otra parte, en punto a la posibilidad prevista en el párrafo del art. 36 de la L. 100/1993 de acumular

semanas cotizadas al I.S.S. o a cajas, fondos o entidades de previsión social con tiempos laborados en el sector oficial, esta Sala de Casación reiteradamente ha precisado que dicha disposición hace referencia a la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de esa misma ley.

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL, 4 nov. 2004, rad. 23611, reiterada CSJ SL, 10 mar. 2009, rad. 35792, CSJ SL, 17 mayo 2011, rad. 42242, CSJ SL, 6 sep. 2012, rad. 42191 y CSJ SL4461-2014, en torno a las dos temáticas propuestas por el recurrente esta Corporación puntualizó:

El párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor:

‘Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio’

“Aún cuando por hallarse ubicado en la norma legal que establece el régimen de transición pensional, podría pensarse en principio que el citado párrafo alude a las pensiones que surjan de la aplicación de ese régimen, para la Corte es claro que ese entendimiento no se corresponde con el genuino sentido de la norma, porque en realidad hace referencia a “la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º) del presente artículo” y esa pensión no es otra que la consagrada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, que exige al afiliado como requisitos para acceder a tal prestación el cumplimiento de 55 años de edad, si es mujer o 60 si es hombre y haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

“Y ello es así porque el citado inciso 1º comienza señalando que la “edad para acceder a la pensión de vejez continuará”, con lo

Radicación n.º 44901

cual no cabe duda que se refiere en concreto a la pensión de vejez en los términos en que quedó concebida por la Ley 100 de 1993, pues para las pensiones del régimen de transición, la edad para acceder a la pensión correspondiente será la del régimen anterior al cual se encontrara afiliado el beneficiario de la transición. Por tal razón, en el inciso en comento se precisó que la edad para acceder a la prestación continuaría siendo la misma que la establecida en el régimen anterior, porque a partir del 2014 se incrementaría en 2 años, según la redacción del original artículo 36.

“Así las cosas, lo que señala el párrafo en comento, viene a ser una reiteración de lo que con antelación se establece en el párrafo 1º del artículo 33, que dispuso que para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere tal artículo se tendría en cuenta el número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones, el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados o como trabajadores al servicio de empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y el número de semanas cotizadas a cajas provisionales del sector privado.

“Previsión que, como surge de su texto, se halla en concordancia con el literal f) del artículo 13 de la Ley 100, que igualmente ha sido desarrollado por el párrafo del artículo 36 de esa ley. Como es sabido, en dicho literal se precisa que “para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio”.

“Cumple advertir que el precedentemente citado literal del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 alude con claridad a las pensiones contempladas “en los dos regímenes”, lo que indica que no tiene aplicación respecto de pensiones que no correspondan a cualquiera de esos dos regímenes, como lo sería la pensión por aportes a la que en realidad tiene vocación el actor, dada la forma como ha efectuado sus cotizaciones y los servicios que ha prestado.

“Importa precisar, por otro lado, que el citado párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no puede ser interpretado de manera aislada del resto de este artículo. Y de ese modo, resulta que para un beneficiario del sistema de transición allí consagrado, el número de semanas cotizadas será el establecido en el régimen anterior al cual se encontrare afiliado, de tal suerte

Radicación n.º 44901

que ese requisito deberá regularse en su integridad por las normas que gobernaban lo pertinente en el régimen pensional que al beneficiario le resultaba aplicable. Régimen que, para un trabajador afiliado al Seguro Social, corresponde al regulado por el Acuerdo 049 de 1990, que, en lo pertinente, en su artículo 12 exige para tener derecho a la pensión de vejez un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas o un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

“Pero dichas cotizaciones se entiende que deben ser efectuadas al Seguro Social, por cuanto en el referido Acuerdo no existe una disposición que permita incluir en la suma de las semanas de cotización pertinentes las sufragadas a cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado o el tiempo trabajado como servidores públicos, como sí acontece a partir de la Ley 100 de 1993 para las pensiones que se rijan en su integridad por ella. Y si bien antes de la precitada norma se produjo una regulación normativa que permite la posibilidad de acumular los aportes sufragados a entidades de previsión social oficiales y los efectuados al Seguro Social, a través de lo que se ha dado en denominar pensión de jubilación por aportes, que ya se dijo es a la que en realidad aspira el actor, ello corresponde a una situación jurídica distinta de la planteada por el recurrente que, en todo caso, se halla regida por normas distintas al aludido Acuerdo 049 de 1990.

“Para la Corte, el entendimiento sugerido por el recurrente, que dice apoyar en los principios que orientan la seguridad social en Colombia, resulta contraria al texto explícito del citado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y supondría una excepción no contemplada en esa disposición, que fraccionaría la aplicación, en materia de semanas de cotización, del régimen anterior al cual se hallaba afiliado al beneficiario, pues supondría que para efectos de establecer el número de semanas cotizadas se aplicaría dicho régimen, pero para contabilizarlas se tomaría en cuenta lo establecido por la señalada ley 100, lo cual no resulta congruente.

La solidez de los argumentos esbozados en precedencia, acogidos a su vez por el Tribunal para fundamentar su sentencia, sirven también para precisarle al recurrente que la posible «otra» interpretación a la que alude en su demanda de casación y sobre la cual afinca la presunta vulneración del principio de favorabilidad en la

interpretación de las fuentes formales del derecho (art. 53 C.N.), no tuvo la fuerza de generar en cabeza del juez colegiado una duda seria y razonable. Por tal razón, en este caso no tiene cabida la aplicación del referido postulado.

Al respecto, debe recordar la Sala que el principio de favorabilidad en la interpretación de las fuentes formales del derecho, cobra vigor en los eventos en los cuales al funcionario judicial le surge una duda en torno a diversas interpretaciones razonables de una o varias disposiciones normativas, lo cual implica que debe optar por aquella que más favorezca al trabajador.

Ahora bien, esa *duda* debe tener las siguientes condiciones: (i) le debe surgir a el Juez, lo que significa que «*si para él no existe, así la norma permita otras interpretaciones, no es obligatorio su empleo*» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40662), y no «*está compelido a aceptar las interpretaciones que propongan las partes*» (CSJ SL, 26 jul. 2011, rad. 39098); (ii) debe tener el carácter de seria y objetiva, desde el punto de vista de la fundamentación de las interpretaciones y su firmeza, pues de modo alguno el principio de favorabilidad puede servir de patente de corso para que las posiciones jurídicas sólidas, cedan ante las más débiles.

En este contexto, en el *sub examine*, por las razones de derecho expuestas en líneas precedentes, fue que el Tribunal desestimó la interpretación propuesta por el demandante al encontrar la suya más poderosa y ajustada al ordenamiento jurídico, lo cual de cara a su autonomía en

la interpretación de la ley, es perfectamente válido, sin que por esa razón pueda predicarse vulneración al principio *in dubio pro operario*.

Por lo visto, los cargos son infundados.

X. CARGO TERCERO

Señala que la sentencia impugnada violó la ley sustancial, *«por infracción directa o falta de aplicación de la norma, por violación directa consistente en la falta de apreciación de determinada prueba»*.

En sustento de su acusación refiere que el Tribunal dejó de aplicar el A. 049/1990 art. 20, que establece que el porcentaje de la pensión de vejez *«se formará con el 69% del salario mensual, cuando se hayan cotizado de 900 a 950 semanas»*; que a dicha violación de la ley sustancial *«se llegó por una violación indirecta por error de hecho en la apreciación de la prueba consistente en una pretermisión de la prueba»*, toda vez que no valoró la documental visible a folio 41, en donde se certifica que la empresa ESSO COLOMBIA S.A. realizó cotizaciones al I.S.S. entre el 1º de enero de 1968 y el 1º de mayo de 1968, equivalentes a 17,29 semanas. Añade que de haberse tenido presente *«las semanas cotizadas a ESSO COLOMBIA S.A., el número total de semanas a tener presente habría sido de 945,57, con las cuales le hubiera permitido acceder a la pensión de vejez, con un porcentaje del 69% del salario mensual base»*.

XI. RÉPLICA

El I.S.S. le achaca al cargo una seria de deficiencias de orden técnico, en la medida que carece de proposición jurídica, a más que no se precisan los errores de hecho endilgados como tampoco la incidencia de la falta de apreciación de la prueba que allí se denuncia, en la conclusión del Tribunal.

XII. CONSIDERACIONES

Le asiste razón a la parte opositora al endilgarle al cargo deficiencias de orden técnico que le restan prosperidad. Entre otras razones, porque a pesar de optarse por la vía indirecta, según se infiere de la sustentación de la acusación, el recurrente no especifica cuáles habrían sido los errores de hecho cometidos por el Tribunal.

Por ello, incumple la carga ineludible de individualizar con precisión las equivocaciones que habría cometido el Tribunal en el terreno netamente fáctico, al examinar las pruebas calificadas recaudadas en el curso del debate probatorio; explicar por qué dichas falencias tendrían las condiciones características de un error de hecho protuberante y manifiesto; así como identificar los raciocinios que habrían propiciado un yerro de esa naturaleza, y cual habría sido su incidencia en la confección de la decisión recurrida.

Sin detrimento de lo anterior, si se estudiara de fondo la acusación, la Sala encontraría que de tenerse en cuenta las 17,29 semanas a que se hace referencia el cargo, ello no incidiría en la tasa de reemplazo a aplicar al ingreso base de liquidación, ya que de computarse esas semanas con las definidas por el Tribunal como válidas para efectos de la pensión de vejez del Acuerdo 049/1990, el total sería de 848.99, es decir, se mantendría en el rango (800-849 semanas cotizadas) al que corresponde un porcentaje del 63%, según lo establece el art. 20 del citado acuerdo.

XIII. CARGO CUARTO

Acusa la sentencia recurrida de ser *«violatoria de la ley sustancial, por falta de aplicación del artículo 3 (en su párrafo) del Decreto 510 de 2003 y de los artículos 51 numeral 4 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo»*.

En desarrollo del cargo, arguye que *«el Tribunal dejó de aplicar el segundo inciso del artículo 3 del decreto 510 de 2003, de acuerdo con el cual al no haberse cotizado por salud para los períodos correspondientes a los días en diciembre de 2003, 5 días en enero de 2004 y 21 días en agosto de 2004, dichos aportes no se debieron tener presentes en forma alguna, para la liquidación de la pensión de vejez»*

De igual forma, señala que el *«Tribunal dejó de tener presente los artículos 51 numeral 4 y 53 del Código Sustantivo del Trabajo, de acuerdo con los cuales las licencias o permisos temporales concedidos por el empleador o el trabajador suspenden el contrato de trabajo (artículo 51 numeral 4), y durante el período de suspensión*

Radicación n.º 44901

además de interrumpirse para el trabajador la obligación de prestar el servicio y para el empleador la obligación de pagar el salario, dichos periodos se descuentan para liquidar jubilaciones lo que equivale a que no se dé la obligación de cotizar al Sistema de Pensiones».

En consecuencia, concluye *«que el error del Tribunal consiste en que aceptando que los periodos posteriores a octubre de 2003, corresponden a licencias y que no se cotizó a salud por dichos periodos, debió aplicar los artículos mencionados y no tener en cuenta esos periodos adicionales para ningún efecto, dando solución al caso concreto entendiendo que el retiro, como efectivamente lo fue, se hizo efectivo el 14 de febrero de 2003».*

XIV. RÉPLICA

Aduce que la acusación carece de proposición jurídica suficiente ya que las normas citadas no tienen nada que ver con la data de la fecha a partir de la cual se debe reconocer la pensión, también que el cargo debió orientarse por la vía indirecta.

XV. CONSIDERACIONES

En este cargo orientado por la vía directa, sin más, lo que pretende el recurrente es que las cotizaciones a pensión por un total de 28 días, realizadas entre los años 2003 y 2004, se desconozcan o se dejen sin efecto, en la medida que no estuvieron acompañadas de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, además que, el empleador durante esos ciclos no estaba obligado a cotizar al

Sistema General de Pensiones por encontrarse el trabajador en uso de licencia. Lo anterior, con miras a que la novedad de retiro o desafiliación del sistema de pensiones que realizó su ex empleador el 14 de febrero de 2003, surta plenos efectos, y en consecuencia, le sea pagada su pensión con retroactividad, a partir del 3 de septiembre de 2003.

Pues bien, la acusación será resuelta desfavorablemente por dos razones:

1º) Resulta paradójico que en la demanda de casación y de forma muy conveniente, el recurrente pretenda que se le reste validez a los aportes a pensión que realizó su ex empleador MANUFACTURAS CANELA LTDA., en los años 2003 a 2004, en la medida que en la demanda inaugural del proceso solicitó todo lo contrario, esto es, que se tuvieran en cuenta para efectos de determinar el monto de su pensión de vejez, los 28 días que cotizó en esos períodos.

En otras palabras, como en el curso del proceso se percató que de tenerse en cuenta esos aportes puede ver afectado la fecha del disfrute de su pensión, entonces ahora pretende que se dejen sin valor esas cotizaciones, contrariando su propio acto, lo cual, a juicio de la Corte, no es posible: en primer lugar, porque tal cambio de conducta procesal, afecta el núcleo del debido proceso de la entidad demandada, como quiera que su defensa la estructuró sobre unos supuestos fácticos diferentes; en segundo lugar, porque en la dialéctica inherente a los procesos judiciales, se generan relaciones de

confianza entre las partes y el juez, de manera que esos cambios abruptos en las posiciones jurídicas, afectan el adecuado funcionamiento de la justicia y riñen con los postulados de lealtad procesal y buena fe y, en tercer lugar, ese argumento que hasta ahora saca a relucir el censor, no fue estudiado por los jueces que conocieron del asunto, ya que, el objeto de la *litis* en las instancias, lo fue -entre otros- si era posible incluir esos aportes para **incrementar** el monto de la pensión, más no para dejarlos sin validez con miras a que la desafiliación del Sistema General de Pensiones surtiera sus efectos a partir del 14 de febrero de 2003 y así el demandante pudiera acceder al disfrute de la pensión a partir de la fecha en que cumplió la edad de 60 años (03/09/2003), por manera que, el tema ahora propuesto es lo que ha denominado la doctrina de la Corte un «*medio nuevo*».

2º) Aunque lo anterior es suficiente para desestimar el cargo, cumple anotar que lo dispuesto en el D. 510/2003 art. 3º, cobija a los trabajadores que siendo dependientes, obtienen ingresos adicionales como independientes, caso en el cual y en aras de que éstos sean integrados a la base de liquidación pensional, deben aportarse en igual cuantía para el sistema de salud, empero, si el trabajador solo obtuvo ingresos como trabajador dependiente, la ausencia de cotizaciones en salud, no torna ineficaces las cotizaciones para pensión. Así lo asentó esta Corporación, entre otras, en sentencia CSJ SL, 18 ago. 2010, rad. 35.329, reiterada en CSJ SL, 5 abr. 2011, 39712 y CSJ SL8082-2014.

En consecuencia, el cargo se desestima.

Dado que hubo réplica, las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte recurrente. Como agencias en derecho se fijará la suma de tres millones ciento cincuenta mil pesos (\$3.150.000.00).

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 proferida el 30 de septiembre de 2009, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso adelantado por **VÍCTOR HUGO PLATA LOPERA** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE