

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

Radicación No. 37189

Acta No. 24

Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil diez (2010).

Se resuelve el recurso de casación interpuesto por el apoderado de RAFAEL OROZCO MEZA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 23 de abril de 2008, en el proceso promovido contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

ANTECEDENTES

El recurrente demandó al Instituto de Seguros Sociales para que sea condenado al pago de la pensión de vejez con 1000 semanas cotizadas, a partir del 9 de agosto de 2000, cuando cumplió 60 años de edad, en los términos del Decreto 758 de 1990, por estar en régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; a los intereses moratorios del artículo 141 de la ley antes referida y a lo que resulte probado extra y ultra petita. En forma subsidiaria solicitó la misma pensión, por tener más de 500 semanas dentro de los 20 años anteriores a cuando cumplió la edad.

Expuso que estuvo vinculado laboralmente con varios empleadores entre el 3 de marzo de 1969 y el 31 de octubre de 1993; tenía cotizadas 1213 semanas; cumplió 60 años de edad el 9 de agosto de 2000; al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 tenía más de 40 años, por lo que se encontraba en régimen de transición en los términos de su artículo 36; el ISS le negó la pensión y en su lugar le reconoció indemnización sustitutiva que ascendió a \$4.736.283,00.

Al contestar la demanda, el Instituto negó que el actor hubiera cotizado el número de semanas indicado en la demanda; adujo que “únicamente cotizó 603 semanas en todo el tiempo y 78

semanas dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida”; sostuvo que no alcanzó a adquirir el status de pensionado; afirmó que le negó el derecho reclamado, con fundamento en las normas vigentes y que en lugar de lo pedido, le reconoció la indemnización sustitutiva. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe (folios 21 a 23).

Por sentencia del 8 de septiembre de 2006, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena condenó al ISS a pagarle al actor la pensión de vejez a partir del 9 de agosto de 2000, con efectos a partir del 28 de julio de 2002 por prescripción, “teniendo en cuenta las 1118 semanas cotizadas...los tiempos laborados del 7 de octubre de 1983 hasta el 1 de abril de 1994 que están reportados como deuda...”, y a las costas del proceso; dispuso descontar lo cancelado por concepto de indemnización sustitutiva. Absolvió de las demás pretensiones (fls. 62 a 77).

#### SENTENCIA ACUSADA

Al resolver la apelación de la parte demandada, el Tribunal de Cartagena mediante fallo de 23 de abril de 2008, revocó las condenas impuestas al ISS y en su lugar lo absolvió de todas las pretensiones. Le impuso costas a la parte actora (fls 19 a 24 C. del Tribunal).

En lo que interesa al recurso extraordinario el ad quem avaló la conclusión del Juez de primer grado respecto de que el actor estaba en régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 porque a 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad; estimó que el régimen aplicable era el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año; destacó que la historia laboral indicaba que estuvo afiliado al ISS por diferentes empresas de marzo de 1969 a diciembre de 1994, “sin embargo no aparecen girados ni registrados aportes durante el período comprendido entre abril de 1983 y diciembre de 1994, época en que, según dicha historia, estaba afiliado por las empresas Procomerciales Ltda. y Colombiana de Gráficas Ltda.. En consecuencia sólo aparecen cotizadas 602.8571 semanas entre julio de 1969 y marzo de 1982, de las cuales únicamente 85,4286 semanas fueron cotizadas durante los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o sea, entre los años 1980 y 2000”.

Consideró obvio que si no aparecían demostradas las cotizaciones, la responsabilidad era del empleador y no del ISS, aludió en su apoyo a distintos fallos de esta Sala de la Corte que identificó por sus fechas y radicados; reprodujo en lo pertinente el del 24 de marzo de 2004, sin precisar el número de radicación, luego de lo cual consignó que no sobraba “agregar, que lo dispuesto en los arts. 39, 53 y 57 del Decreto 1406/99 sirve de respaldo a la conclusión de que es el empleador quien debe asumir el pago de las prestaciones que por su incumplimiento no puede reconocer la entidad aseguradora”.

#### RECURSO DE CASACIÓN

Concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver. Pretende que se case la sentencia acusada, para que en sede de instancia confirme la de primer grado.

Con fundamento en la causal primera de casación laboral, formula dos cargos, los cuales, dada la vía escogida y por la identidad que encierran, se resolverán conjuntamente, conforme lo autoriza el artículo 51 del decreto 2651 de 1991 adoptado como legislación permanente por el artículo 162 de la ley 446 de 1998. Hubo réplica oportuna.

#### PRIMER CARGO

Textualmente acusa “infracción directa, por considerar la sentencia acusada como violatoria de la ley sustancial de los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 46, 48 y 53 de la Constitución Política, 1, 18, 21, del CST, artículo 24 de la Ley 100 de 1993, artículo 2 Decreto número 2633 de 1994 y del artículo 13 del Decreto 1161 de 1994”.

En la demostración, luego de referirse a los postulados de carácter constitucional atinentes a la dignidad humana, el trabajo, la solidaridad, la prevalencia del interés general, la igualdad, la seguridad social, entre otros y de evocar la sentencia C-575 de 29 de octubre de 1992 de la Corte Constitucional, sostiene que el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y el 13 del Decreto 1161 de 1994, otorgan prerrogativas a favor de las entidades administradoras de los diferentes regímenes para entablar las acciones de cobro de las cotizaciones que se encuentren en mora; “que para el caso de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida, a cargo del demandado Instituto de Seguros Sociales, pueden incluso iniciar procesos coactivos para hacer efectivos sus créditos”.

Evoca sentencia T-143 del 20 de abril de 1998 de la Corte Constitucional, que en suma alude a que resulta desproporcionadamente gravoso para el trabajador que tenga que asumir las consecuencias de omisiones ajenas a su culpa, cuando la entidad administradora tiene a disposición los medios jurídicos que le permiten hacer exigible el pago de cuotas patronales, “por consiguiente, la entidad administradora no puede excusarse del pago de una prestación cuando el trabajador no se ha desafiliado del sistema, lo cual sucede, de acuerdo con la norma transcrita, después de dos meses de incumplimiento en el pago patronal”.

## SEGUNDO CARGO

Acusa la “interpretación errónea de los artículos 22, 24 y 31 de la Ley 100 de 1993, artículo 12 del Decreto 2665 de 1998, artículo 18 del Decreto 1818 de 1996, artículos 39, 53 y 57 del Decreto 1406 de 1999, todas estas normas recalcan que es el empleador el responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. El inciso 2° del art. 22 de la Ley 100 de 1993 ilustra esta situación, cuando prescribe que “El empleador responderá por la totalidad del aporte aún en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador” La misma ley establece sanción moratoria para el empleador que no consigne los aportes dentro de los plazos señalados para el efecto y les otorga facultades a las entidades administradoras de los diferentes regímenes para adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador”:

Censura que el Tribunal concluyera que la responsabilidad era del empleador incumplido en el pago de los aportes y hubiera exonerado al ISS “no obstante, es patente la responsabilidad de este último, puesto que varias normas jurídicas le imponen la obligación de cobrar los aportes a los empleadores morosos, dándole plenas facultades a las administradoras de cada régimen para realizarlo, pudiendo acudir a la jurisdicción ordinaria (en caso de las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad) o incluso a la jurisdicción coactiva (en caso de las administradoras del régimen de prima media con prestación definida), por lo que dichas empresas se constituyen en garantes de la obligación de pagar la pensión que les corresponde a los afiliados, una vez reunidos los requisitos para concederla y sólo su negligencia en el cumplimiento de este alto cometido pudo derivar en la situación que se nos presenta, esta es, que un hombre que trabajó durante más de treinta años, y a quien a su vez se efectuaron los descuentos de ley, se encuentre desamparado en su vejez, sometido a los avatares del destino”.

Alude a la culpa leve y a la grave en materia civil y en suma, afirma que en este proceso “se

vislumbra que la responsabilidad para el caso concreto de la administradora de pensiones, al omitir el cobro de los aportes a los empleadores, es de la especie grave, teniendo en cuenta su falta total de diligencia, su negligencia y la naturaleza de los dineros que por su inacción dejaron de recaudarse”.

Que “no es viable ni justo exonerar de responsabilidad a quien por su propia culpa dejó de recaudar los aportes y menos frente al trabajador, que confió en que sus cotizaciones estaban siendo acumuladas y administradas para garantizarle una vejez tranquila”.

El resto de argumentaciones apuntan al mismo tema y en apoyo de sus razonamientos alude y reproduce un buen número de decisiones, aclaraciones y salvamentos de voto de integrantes de esta Corporación; también refiere pronunciamientos de la Corte Constitucional y en últimas, todo se traduce a colegir que la responsabilidad recae en el ISS, “quien no actuó debiendo hacerlo por mandato de la ley; no obstante, la posibilidad que tenía de repetir contra el empleador por los costos que le demandara el cobro de los aportes dejados de cancelar y en su lugar, confirmar el fallo de primera instancia accediendo a las pretensiones del actor”.

## LA RÉPLICA

Estima que el recurso no puede prosperar porque el Tribunal no ignoró el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 ni el 2° del Decreto 2633 de 1994 que lo reglamenta; que el ad quem resolvió la controversia a la luz de reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia según la cual, el incumplimiento o la mora del empleador en el pago de las cotizaciones lo hace responsable de las prestaciones que se deriven de las contingencias sufridas y que habrían estado a cargo del sistema de haberse cancelado a tiempo.

Sostiene que “quien acuse de ilegal el fallo por haber seguido esa interpretación del tribunal de casación, necesariamente debe aducir como motivo de casación la interpretación errónea de la ley, que es un concepto de violación de la ley diferente de la infracción directa”; considera que “resulta forzoso concluir que el cargo debe desestimarse”.

## SE CONSIDERA

La réplica se sustenta en que como la sentencia acusada tuvo fundamento en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no procedía el ataque en la modalidad de infracción directa, por lo que “necesariamente debe aducir como motivo de casación la interpretación errónea de la ley”; sin embargo, no tiene en cuenta que esta última modalidad la plantea la censura en el segundo cargo, tal cual quedó plasmado en la correspondiente transcripción.

Como ambos cargos están dirigidos por la vía directa, hay que entender que la censura está de acuerdo con los supuestos fácticos que encontró probados el Tribunal, según los cuales sólo aparecen cotizadas 602.8571 semanas entre junio de 1969 y marzo de 1982 de las cuales únicamente 85,4286 fueron cotizadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida para exigir el derecho; que la “historia laboral que obra a folio 60 y 61 revela, que el actor estuvo afiliado al ISS por diferentes empresas desde marzo de 1969 a diciembre de 1994, sin embargo, no aparecen girados ni registrados aportes durante el período comprendido entre abril de 1983 y diciembre de 1994, época en que, según dicha historia, estaba afiliado por las empresas Procomerciales Ltda. y Colombiana de Gráficas Ltda.” (subrayado de la Sala).

Lo anterior indica, sin que pueda entenderse que se trata de un examen probatorio, que el equivalente en semanas durante el lapso en que las empresas incumplieron la obligación de

aportar al ISS, (abril de 1983 y diciembre de 1994), corresponde a 608, que sumadas a las 602,8571 que efectivamente están por fuera de toda discusión, indicarían, en últimas, que el actor pudo tener en su haber más de 1210 semanas cotizadas durante todo el tiempo en que estuvo afiliado, para efectos de la pensión reclamada.

La controversia se contrae a establecer si el ISS puede ser eximido de la obligación pensional reclamada, en tanto el, o los empleadores que afiliaron a su trabajador, incumplieron con el pago de los aportes, o si por el contrario, dicho Instituto debe asumir las consecuencias de su propia omisión, por haberse sustraído a utilizar los mecanismos legales de los que disponía, para hacer efectivo el recaudo de las cotizaciones de su afiliado, durante más de 11 años.

Esta Sala de la Corte por mayoría, en abundantes pronunciamientos, entre otros, en sentencia de 1° de julio de 2009, Rad. 35477 sobre la temática que ahora es objeto de examen precisó:

“La decisión del ad quem está en armonía con la línea jurisprudencial que ha venido prohijando la mayoría de la Sala, desde la sentencia del 22 de julio de 2008, radicación 34270, en el sentido de que al examinar la mora del empleador en los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, se deben tener en cuenta no sólo las normas que hacen referencia a los deberes del empleador, en lo que respecta a los pagos oportunos de los aportes y las consecuencias que se derivan de su incumplimiento, sino las que facultan a las administradoras para adelantar acciones de cobro, para el recaudo efectivo de los correspondientes aportes. Y si como resultado de ese examen se obtiene, que la entidad de seguridad social fue omisiva o negligente en las acciones de cobro, deberá asumir la prestación reclamada. Así se ha reiterado en sentencias como la del 24 de septiembre de 2008, radicación 34202, y la del 10 de febrero de 2009, radicación 31307, entre otras”.

Así, en tanto que la sentencia acusada es contraria al criterio últimamente adoptado por la mayoría de la Sala, lo que procede es casarla en su totalidad, amén de que en el caso que se examina no se adujo, menos se probó que el ISS hubiera desplegado actividad alguna para el recaudo efectivo de las cotizaciones que el Tribunal halló impagadas.

En similar sentido se pronunció la Sala en fallo contra el ISS el 9 de septiembre de 2009, Rad. 35211 en el que se expuso en lo pertinente:

“Interesa recordar igualmente que, asentada precisamente en la nítida diferencia entre afiliación y cotización, esta Sala de la Corte, al variar su jurisprudencia sobre los efectos de la mora del empleador en el pago de los aportes, adoctrinó, por la mayoría de sus integrantes, que cuando se presente omisión por parte del empleador en el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones y ello impide el acceso a las prestaciones o a los beneficios, sobre las administradoras del régimen de pensiones pesa la obligación de reconocerlos y pagarlos a los afiliados o a sus beneficiarios, si además medió el incumplimiento de las administradoras de acudir a los mecanismos legales de cobro, tendientes al recaudo de las cotizaciones adeudadas.

“A juicio de la Corte, en la hipótesis de los afiliados en su calidad de trabajadores dependientes o subordinados, que han honrado su compromiso con el sistema de seguridad social de prestar el servicio y así causar la cotización, aquéllos o sus beneficiarios no pueden resultar perjudicados por la mora del empleador en el cubrimiento de los aportes, de modo que las consecuencias de esa omisión no se trasladan automáticamente al empleador, puesto que ha de verificarse si la administradora utilizó las herramientas legales de cobro, como que de no haberlo hecho, deviene a cargo de la entidad gestora el pago de los beneficios o de las prestaciones.

“De manera que una vez causada la cotización –en razón de que el afiliado prestó el servicio-, surge a favor de la entidad administradora un crédito por el valor de aquélla y de los intereses moratorios por la tardanza en su pago.

“Prevalida de ese crédito, la administradora está legitimada para iniciar los trámites orientados al recaudo efectivo de la cotización, so pena de correr con la obligación de reconocer o pagar la prestación, en caso de renuencia.

“En suma, la omisión por parte de la administradora de adelantar las gestiones encaminadas a conseguir la percepción de las cotizaciones, apareja la consecuencia jurídica de que sea la administradora de pensiones y no el empleador quien asuma el reconocimiento y satisfacción de la prestación al afiliado o a sus beneficiarios.

“Repárese en que esta nueva construcción jurisprudencial viene edificada sobre unos cimientos inconfundibles: la omisión del empleador de su obligación de pagar los aportes, sin que las administradoras del régimen de pensiones hubiesen echado mano de los instrumentos legales enderezados a obtener la percepción efectiva de las cotizaciones”.

En sede de instancia, resultan suficientes las anteriores consideraciones que coinciden con las expuestas por el a quo, quien con fundamento en los artículos 24 y 57 de la Ley 100 de 1993 y el 5° del Decreto Reglamentario 2633 de 1994 coligió que “quien tiene la obligación de hacer el cobro al empleador es la entidad encargada de administrar esos recursos. En la historia laboral folios 60, 61 nos dimos cuenta que el demandante RAFAEL OROZCO MEZA siempre ha estado afiliado al ISS y por estar afiliado, es a esta a la que le corresponde velar por que se esté cumpliendo con los fines de la Seguridad Social. En ningún momento de la fecha 1983 hasta la fecha de 1994 aparece que se efectuara ningún retiro, por tanto no se encontraba desafiliado lo que se entiende que en ese lapso pertenece al sistema, correspondiéndole al ISS ejercer las correspondientes acciones para que le reposara (sic) las cotizaciones en la historia laboral” (lo subrayado es de la Sala). Consecuentemente se confirmará la sentencia de primer grado.

Sin costas en casación dada la prosperidad del recurso. Las de segundo grado a cargo del ISS.

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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena, el 23 de abril de 2008, en el proceso que RAFAEL OROZCO MEZA le promovió al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

En sede de instancia se confirma en su totalidad la sentencia del 8 de septiembre de 2006, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cartagena.

Sin costas en casación. Las de la alzada a cargo del ISS.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

