

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrado Ponente

SL13128-2014

Radicación No. 45819

Acta No. 34

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 4 de diciembre de 2009, dentro del proceso ordinario laboral que JUAN CAMILO TOBÓN ACEVEDO promovió contra la entidad recurrente.

AUTO

En atención al memorial visible a folios 40 a 41 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 artículo 35 del Decreto 2131 de 2012, en armonía con el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los procesos laborales y de la seguridad social por expresa remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

I. ANTECEDENTES

Juan Camilo Tobón Acevedo demandó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES para que, previos los trámites del proceso ordinario, se condenara a la demandada a reconocerle y pagarle la pensión de vejez, a partir del 8 de junio de 2008; los intereses moratorios; y las costas del proceso.

Señaló que estaba afiliado al ISS para los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte - IVM -; que nació el 8 de junio de 1948, por lo que era beneficiario del régimen de transición en pensiones; que el 17 de julio de 2008 solicitó ante la demandada el reconocimiento de la pensión de vejez, pero le fue negada, mediante Resolución No. 22841 de 2008, bajo el argumento de que únicamente tenía 453 semanas de cotizaciones durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión; que el ISS le había entregado un reporte de semanas cotizadas donde se observaba que tenía 557.57 semanas de cotización durante los

últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión; que no interpuso recursos contra la resolución mediante la cual le fue negada la pensión, «motivo por el cual quedó agotada la vía gubernativa.»

La demandada al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la afiliación del actor al ISS, el natalicio del demandante y la negativa de esa entidad a reconocer la pensión de vejez. Lo demás dijo que no era cierto o no le constaba. Propuso las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, buena fe del seguro social, mala fe del demandante, ausencia de causa para pedir, «no se reconozcan intereses», imposibilidad de condena en costas y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 31 de agosto de 2009, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Medellín condenó a la demandada a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez, a partir del 8 de junio de 2008, en cuantía inicial de \$461.500, junto con las mesadas adicionales, los reajustes legales y la indexación de las sumas adeudadas y la absolvió de las demás pretensiones de la demanda.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Apelaron ambas partes. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral, en la sentencia aquí acusada, revocó la de primera instancia en cuanto absolvió a la demandada de pagar intereses moratorios para, en su lugar, condenarla a pagarlos al actor. Confirmó en todo lo demás.

Consideró el ad quem que su competencia estaba limitada a revisar los puntos de inconformidad expuestos por las partes en sus recursos de apelación, de acuerdo con el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social; que, en ese orden, debía decidir si «la consideración hecha por el a quo, en relación con lo que el apelante llamó imputación de pagos fue acertada y si hay lugar o no al pago de intereses moratorios, en el entendido de que no fue agotada la reclamación administrativa respecto de ellos concretamente en momento anterior al proceso»; que lo que el recurrente había denominado imputación de pagos no era tal; que a lo que se refería en su recurso era al deber de las administradoras de fondos de pensiones de recaudar los pagos de las cotizaciones que hacían los empleadores o trabajadores independientes por concepto de pensiones, «postura adoptada por el señor juez de primera instancia y por esta Sala en decisiones anteriores»; que la obligación de los trabajadores cotizantes al Sistema General de Pensiones, iba hasta permitir que los empleadores realizaran los correspondientes descuentos, pero no tenían la carga de realizar cobros coactivos o de obligar a los patronos a efectuar tales descuentos; que conforme a la sentencia CSJ SL, 22 Jul 2008, Rad. 34270, tal y como lo había ordenado el juez de primera instancia, debía darse validez a los periodos cotizados en mora «e incluso a aquellos que se encontraran en ese estado antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 y los que al momento de efectuarse el estudio para el reconocimiento y pago de la pensión del afiliado, aún estén mora»; que lo anterior por cuanto el ISS había podido ejercer el cobro coactivo de aquellos periodos en mora anteriores a la vigencia de la Ley de seguridad social, con base en las facultades que este ordenamiento le confería; que de acuerdo con el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, existían normas, sobre cotizaciones en mora, que aún conservaban vigencia, tales como el Decreto 2665 de 1988.

Con relación a los intereses moratorios, observó el Tribunal que no obraba en el expediente copia de la reclamación administrativa de los mismos; que este caso trataba del de una persona que había reclamado la pensión de vejez el 17 de julio de 2008, la cual había sido negada mediante Resolución proferida el 28 de agosto de 2008, notificada el 23 de octubre del mismo año; que, por lo tanto, la pensión de vejez del actor había sido reconocida judicialmente mediante la sentencia proferida en este proceso; que en la audiencia de conciliación el a quo había indicado que la entidad demandada no había formulado la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa respecto de tales intereses; que no le era exigible al demandante que reclamara administrativamente el reconocimiento de los aludidos intereses moratorios en atención a que el derecho a la pensión estaba siendo discutido; que cosa diferente sería si se tratara de un caso en el cual lo único discutido fuera el reconocimiento de los intereses, es decir, que ya se hubiera reconocido la pensión y la AFP hubiera omitido el pago de los mismos por el retraso en el pago de la prestación, evento en el cual, sí sería exigible el agotamiento de la reclamación administrativa respecto de los intereses de mora; que, en todo caso, al no haber advertido el juzgado de primera instancia dicha falencia al momento de admitir la demanda y al no haberse propuesto por la demandada la excepción previa correspondiente, el defecto quedaría «subsano». En su respaldo citó la sentencia CSJ SL, 13 Oct 1999, Rad. 12221.

Seguidamente señaló el ad quem que los intereses moratorios debían ser reconocidos una vez se venciera el plazo concedido legalmente para reconocer y pagar las pensiones de sus afiliados, que para el caso de las de vejez era de 4 meses, de acuerdo a lo previsto por el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003. A continuación reprodujo el artículo 141 de aquel ordenamiento para afirmar que si una pensión era reconocida en vigencia de la citada Ley 100, habiendo incurrido en mora el fondo de pensiones en momento previo a dicho reconocimiento, la entidad debía pagar los intereses previstos por el artículo precitado; que de acuerdo con el parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, era claro que el término máximo que podía transcurrir para que los fondos de pensiones reconocieran las pensiones de vejez, era de 4 meses, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud de pensión por parte del afiliado; que en atención a que la solicitud de reconocimiento de la pensión había sido presentada el 17 de julio de 2008, sin que a la fecha se hubiera efectuado el reconocimiento y pago de la prestación, debía entenderse que los intereses se estaban generando sobre el retroactivo causado hasta la fecha, así como sobre todo aquél que se continuara causando; que en este caso los intereses moratorios se causaban desde el 18 de noviembre de 2008 y hasta cuando el ISS hiciera el pago de lo ordenado en la sentencia de primera instancia.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la entidad recurrente que la Corte case totalmente la sentencia del Tribunal para que, en sede de instancia, revoque la del a quo y, en su lugar, la absuelva de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

En subsidio

...y de conformidad con lo expresado en la sentencia de 19 de mayo de 2009 (Rad. 35777), debe

ser casado el fallo del tribunal y, en instancia, confirmado el del juzgado en cuanto absolvió al Instituto de Seguros Sociales de los intereses de mora pretendidos y revocado respecto de la condena a pagar la pensión de vejez en forma definitiva, para reemplazarlo por una sentencia en la que la condena a pagar la pensión de vejez se imponga en forma provisional y hasta tanto sean declaradas incobrables las cotizaciones en mora.

Con la finalidad descrita propone cuatro cargos, por la causal primera de casación, que no fueron replicados y enseguida se estudian.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia impugnada de infringir directamente los artículos 11 y 12 del Decreto 2665 de «1998» (sic) e interpretar erróneamente los artículos 17, 20, 22, 23 y 33 de la Ley 100 de 1993.

En la demostración aduce el censor que los principios que deben «animar la interpretación», cuando la controversia se refiere al Sistema de Seguridad Social Integral, son: i) La eficiencia, ii) la universalidad, iii) la solidaridad, iv) la sostenibilidad financiera del sistema pensional, v) la integralidad, vi) la unidad y vii) la participación; que dichos 7 principios son los únicos criterios que deben inspirar a los jueces en aquellos litigios en que se debaten derechos propios de la seguridad social integral; que el juez colegiado desconoció el criterio expresado por esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 14 Jun 2006, Rad. 25996, «puesto que la cuestión jurídica estudiada en ese fallo se refiere a la obligación del empleador de hacerse cargo de la pensión de sobrevivientes si ha pagado tardíamente las cotizaciones al fondo de pensiones, pues si hubiera tomado en consideración lo adocinado por la Sala de Casación Laboral no hubiera interpretado mal las normas con las cuales se integra la proposición jurídica del cargo»; que la referida sentencia de casación, proferida dentro de una controversia relativa al Sistema de Seguridad Social Integral, en donde se determinó que la pensión de sobrevivientes debía quedar a cargo del empleador cuando éste se encontrara en mora, le hubiera permitido al ad quem comprender que «el pago de las cotizaciones y de los intereses por mora previstos en el artículo 23 de la Ley 100 de 1993 no son las únicas sanciones a las que se hace acreedor el empleador que incumple su deber legal de efectuar oportunamente las cotizaciones al sistema general de pensiones»; que la jurisprudencia plasmada en la sentencia CSJ SL, 14 Jun 2006, Rad. 25996, también resulta aplicable a una controversia suscitada dentro del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, pues todo el Sistema General de Pensiones está basado en un régimen contributivo del que son afiliados obligatorios todas las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, salvo algunas excepciones; que durante la vigencia de la relación laboral, los empleadores tienen la obligación de efectuar las cotizaciones a su cargo y responden tanto por las suyas como por las que deben hacer los trabajadores a su servicio; que la interpretación errónea de las normas enlistadas en la proposición jurídica se demuestra con la sola lectura de tales preceptos legales, pues los artículos 17, 20, 22 y 23 de la Ley 100 de 1993 claramente preceptúan el deber de realizar las cotizaciones obligatorias durante la vigencia de la relación laboral por parte de los afiliados y los empleadores, que el empleador es responsable tanto del pago de su aporte como del aporte de los trabajadores a su servicio, por lo que debe descontar «del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado», debiendo trasladar dichas sumas «a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno» y que si no lo hace deberá responder «por la totalidad del aporte aun (sic) en el evento de que no

hubiere efectuado el descuento al trabajador», así como por la «sanción moratoria» equivalente al interés de mora; que según la aludida jurisprudencia de esta Sala de la Corte, «ningún sistema que opere a base de la contribución de los empleados puede constituirse y mantenerse cuando se adoptan decisiones judiciales que dejan sin sanción el incumplimiento en el pago de las cotizaciones»; que la sentencia impugnada perdió de vista que solo «quien cotiza para cubrir el riesgo se exonera» y que, en cambio, no se exonera del riesgo quien incumple el deber legal de pagar cumplidamente las cotizaciones con destino al Sistema General de Pensiones durante la vigencia de la relación laboral. En su apoyo reproduce apartes de la multicitada sentencia CSJ SL, 14 Jun 2006, Rad. 25996.

Agrega el censor que la infracción directa de los artículos 11 y 12 del Decreto 2665 de 1988 se demuestra con la sola lectura de esas disposiciones, ya que de manera diáfana tales artículos prevén que «sin necesidad de requerimiento alguno un patrono se encuentra en mora en el pago de los aportes patrono-laborales, a partir del día siguiente a aquél en que se vence el plazo señalado por el ISS para cubrir dichos aportes» y que «...el Instituto queda relevado de otorgar las prestaciones económico-asistenciales propias de los seguros de enfermedad general, maternidad, servicio médico familiar, invalidez, vejez y muerte, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, correspondiéndole al patrono su reconocimiento en la forma y cuantía en que el ISS las hubiere reconocido si no hubiere existido la mora...»

VII. CONSIDERACIONES

Dada la vía escogida para el ataque, debe ponerse de presente que no se controvierten los supuestos fácticos que dio por sentados el Tribunal, tales como que el ISS no había adelantado las acciones de cobro tendientes a obtener el pago de las cotizaciones, correspondientes al actor, que se encontraban en mora. Asimismo, importa destacar que el ad quem no rebate la conclusión del a quo de que el demandante tenía más de 500 semanas de cotizaciones, entre las efectivamente pagadas y las que se encontraban en mora, dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión.

El censor critica al Tribunal por haber condenado a la recurrente a pagar la pensión de vejez del demandante, en lugar de imponer esa carga al empleador moroso en el pago de las cotizaciones para la seguridad social, conforme lo expresado por esta Sala de la Corte en sentencia CSJ SL, 14 Jun de 2006, Rad. 25996.

Estima la Sala que el Tribunal no pudo incurrir en los dislates de que lo acusa la censura, pues su decisión se encuentra soportada en lo que constituye la actual jurisprudencia de la Sala, reiterada en múltiples ocasiones, como la sentencia CSJ SL, 24 Sep 2008, Rad. 34202, en donde se dijo lo siguiente:

Y es que si bien la Sala mayoritariamente, venía sosteniendo que los períodos laborados pero no cotizados por los empleadores para pensiones, no podían tenerse en cuenta, y era éste quien debía cubrir los riesgos de IVM debido a la mora; tal posición jurisprudencial fue modificada, también por mayoría de sus miembros, a partir de la sentencia del 22 de julio de 2008 radicación 34270, que en esta oportunidad se reitera, en el sentido de considerar, que para establecer las consecuencias del incumplimiento del empleador, en el pago las cotizaciones al sistema, es preciso examinar las acciones desplegadas por la administradora de pensiones, para el recaudo efectivo de los correspondientes aportes, pues si ésta ha omitido hacerlas o ha sido negligente en

las gestiones de cobro, es ella quien debe asumir el pago de la pensión. En dicha decisión esta Corporación puntualizó:

'Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, ubicadas en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de gestoras de la seguridad social, actividad que por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

'Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

'Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

'Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido lo que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.

'El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.

'Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

'Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que éste no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado.

'En el caso de las entidades del régimen de prima media, pueden proceder al cobro coactivo para hacer efectivos sus créditos; los artículos 2° y 5° del Decreto 2633 de 1994 establecen el requerimiento previo, mediante comunicación escrita dirigida al empleador, como procedimiento en mora por el pago de los aportes a la seguridad social; y si dentro de los quince días siguientes

al aviso no se pronuncia el empleador, señalan las normas aludidas, se procede a efectuar la liquidación, la cual presta mérito ejecutivo cuando se trate de administradoras del régimen solidario de prima media.

'Por lo demás, para el caso específico del ISS, de conformidad con el Estatuto de Cobra[n]zas previsto en el Decreto 2665 de 1988, debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se d[é] por calificada de incobrable la deuda por aportes, y sean declaradas inexistentes. Estas disposiciones se han de considerar vigentes por disposición de la Ley 100 de 1993, artículo 31, y por cuanto si bien se han expedido reglamentos en materia de afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.'

En el caso que nos ocupa, no aparece demostrado, que la entidad demandada hubiese efectuado trámite alguno para el cobro de las cotizaciones atrasadas a que se hizo mención, pese a todo el tiempo transcurrido hasta el momento, lo cual la hace responsable del pago de la pensión incoada por el actor.

En atención a que el Tribunal consideró, conforme a la anterior jurisprudencia, que como el ISS no había ejercido las acciones de cobro tendientes a obtener el pago de las cotizaciones en mora era responsable del reconocimiento y pago de la pensión de vejez del actor, en ninguna equivocación incurrió.

El referido criterio jurisprudencial ha sido reiterado por la Sala en sentencias CSJ SL, 19 May y 9 Sep de 2009, radicados 35777 y 35211, respectivamente.

Y es que de acuerdo con el actual criterio de la Sala en torno al tema, el trabajador afiliado no puede asumir las consecuencias adversas de la omisión de un empleador que no hizo el pago oportuno de las cotizaciones que estaba obligado a sufragar, por cuanto las entidades administradoras de pensiones, como el Instituto de Seguros Sociales, cuentan con mecanismos legales para exigir el pago de tales aportes y no es el afiliado quien deba soportar las consecuencias adversas de tal incumplimiento.

Lo anterior porque, como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, corresponde a las entidades administradoras de los regímenes pensionales promover las acciones de cobro por incumplimiento de las obligaciones del empleador. En esa dirección, el artículo 8 del Decreto 1161 de 1994, prevé que las administradoras están en la obligación de verificar la conformidad de los montos aportados con las exigencias legales e informar a los depositantes las inconsistencias que se adviertan con el fin de que efectúen las correcciones pertinentes, lo que se refuerza con lo establecido en el artículo 53 de la referida ley y lo preceptuado en el Decreto 2633 de 1994, sobre el término para los requerimientos, la constitución en mora y la elaboración de la liquidación para iniciar los trámites del proceso ejecutivo.

Además, no debe perderse de vista que esta Sala de la Corte ha adocinado que «La cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado» (CSJ SL, 30 Sep 2008, Rad. 33476), lo que quiere decir que las cotizaciones causadas consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, deben contabilizarse como cotización, aunque sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente, tal como lo expresó la Sala en la sentencia CSJ SL, 19 May 2009, Rad. 35777.

De otra parte, es preciso tener en cuenta que el literal l del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 de la Ley 797 de 2003, dispone:

En ningún caso a partir de la vigencia de esta ley, podrán sustituirse semanas de cotización o abonarse semanas cotizadas o tiempo de servicios con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión. Tampoco podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados, de conformidad con lo previsto en la presente ley. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en pactos o convenciones colectivas de trabajo; (Subrayas de la Sala)

De la disposición pretranscrita se desprende que no es que la única forma de acceder a la pensión sea por el cumplimiento de tiempos efectivamente cotizados, sino que también resulta admisible que se tome en cuenta el tiempo de servicio, sin importar que no se hubiere hecho con aportes al sistema, como ocurría especialmente con los empleados públicos. Ello no significa que se deban reconocer pensiones sin que existan las cotizaciones, pues como ya se anotó, la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado, por lo que el hecho de que exista mora en su pago, no implica la inexistencia del aporte.

Es por ello que estima la Sala que en tratándose de pensiones causadas en vigencia de la Ley 797 de 2003, no resulta aplicable el artículo 12 del Decreto 2665 de 1988, pues esta disposición es contraria a lo dispuesto por el artículo 2 de la citada Ley 797.

Sobre este punto se pronunció la Sala, en sentencia CSJ SL, 4 Jul 2012, Rad. 42086, cuando dijo:

Al respecto, en múltiples ocasiones se ha pronunciado la Sala precisando, como en este caso se impone, que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 que modifica el 13 de la Ley 100 de 1993, señala que no se podrá acceder a la pensión si lo acreditado no corresponde 'a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados', por manera que si se configura cualquiera de las dos condiciones, esto es, la prestación de los servicios por el tiempo estipulado en la ley, o se tienen las cotizaciones también legalmente establecidas, se podrá acceder a la pensión.

Ello es así en criterio de la Corte, porque tal y como lo adoctrinó en sentencia de 30 de septiembre de 2008, rad. N° 33476, la cotización se origina 'con la actividad como trabajador, independiente o dependiente'. Con otras palabras, los aportes al sistema son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.

Así las cosas, de las consideraciones del Tribunal no se desprende que hubiere dado un entendimiento a las normas en cuestión, diferente al señalado por la jurisprudencia ya aludida, por lo que el cargo es infundado y no prospera.

VIII. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia recurrida de interpretar erróneamente los artículos 17, 20, 22, 33 y 141 de la Ley 100 de 1993 y de infringir directamente el artículo 21 del Decreto 656 de 1994.

Para su demostración aduce el censor que en la sentencia CSJ SL, 19 May 2009, Rad. 35777,

esta Sala de la Corte no casó la sentencia allí impugnada aduciendo que la entidad demandada no había formulado «un alcance de la impugnación subsidiario, para que la condena al pago de la pensión de vejez le hubiera sido impuesta en forma provisional»; que por tal razón en este caso se ha formulado un alcance subsidiario de la impugnación; que en la referida sentencia, esta Corporación señaló que en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, «las normas que regulan el proceso de recaudo contenidas en el Decreto 2665 de 1968 (sic) mantienen su vigencia» debido a que no se había expedido un reglamento en materia de cobranzas y precisó «los alcances de su jurisprudencia sobre las consecuencia (sic) de la falta de diligencia de las administradoras de pensiones en el cobro de cotizaciones»; que según la referida providencia, las cotizaciones que no hayan sido efectivamente pagadas «siguen gravitando en la contabilidad de las cotizaciones del afiliado, [pero] de diferente manera según el riesgo o la prestación de que se trate» y en tratándose de la pensión de vejez, «las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente, hasta tanto no haya declaración sobre su existencia»; que el referido criterio jurisprudencial resulta plenamente aplicable a este caso en la medida en que aquella sentencia se dictó dentro de un proceso en el que se debatía la procedencia de la pensión y a cargo de quién quedaría la prestación cuando el empleador se encontrara en mora; que en ese caso, el ISS fue condenado a pagar la pensión de vejez, no obstante la mora de los empleadores en pagar las cotizaciones correspondientes; que lo que motivó a que esta Sala de la Corte precisara los alcances de su jurisprudencia en relación con los efectos y consecuencias de la falta de diligencia de la administradora de pensiones en el cobro de las cotizaciones, fue lograr «la efectiva realización del equilibrio financiero del sistema»; que por ello admitió la Corte que el reconocimiento de la pensión «se haga de manera provisional, invocando de manera analógica la figura prevista en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, que impone a las administradoras del régimen de ahorro individual dicho reconocimiento provisional, en los eventos de incumplimiento del plazo para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión o cuando el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su atención por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones de la administradora», como textualmente lo dijo esta Sala de Casación Laboral; que de acuerdo con la Ley, el empleador es el responsable exclusivo del pago de sus aportes y de los de los trabajadores a su servicio, por lo que es a su cargo que debe quedar el cubrimiento del riesgo cuando no paga las correspondientes cotizaciones, en los términos del artículo 22 de la Ley 100 de 1993; que por lo anterior, el reconocimiento de la pensión de vejez al actor, estando en mora de pagar las cotizaciones quienes fueron sus empleadores, «no puede tener el mismo carácter del que se hace respecto al que el cubrimiento de los aportes fue total»; que con el fin de preservar el equilibrio financiero del sistema debe acudir analógicamente a la figura prevista por el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, es decir, debe reconocerse la prestación en forma provisional hasta tanto se haga la declaración de que la deuda es incobrable.

Agrega la censura que la errónea interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, del cual transcribe algunos fragmentos, resulta de la circunstancia de estar concebida dicha norma para los casos en que el empleador ha cumplido con su obligación de pagar las cotizaciones obligatorias con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que por tal razón, en el caso de mora o de absoluto incumplimiento en el pago de los aportes, como aquí acontece, resulta improcedente la condena de que trata el artículo 141 ibídem para así no afectar el equilibrio financiero del sistema y no menoscabar el «patrimonio autónomo» destinado exclusivamente a pagar las pensiones de vejez y la capitalización de reservas.

Bajo las anteriores premisas concluye el censor:

Si de acuerdo con la sentencia de 18 de mayo de 2009 'las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente' y el reconocimiento de la pensión de vejez debe hacerse 'de manera provisional, invocando de manera analógica la figura prevista en el artículo 21 del Decreto 756 (sic) de 1994', siempre que la pensión deba ser reconocida de manera puramente provisional porque el cubrimiento de los aportes no se hizo o no fue total, es apenas elemental entenderse que no procede la condena al pago de los intereses de mora establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.»

IX. CONSIDERACIONES

A través de este cargo pretende el censor que la Corte disponga que el reconocimiento de la pensión del demandante se haga de manera provisional, «hasta tanto sean declaradas incobrables las cotizaciones mora», tal como fue solicitado en el alcance subsidiario de la impugnación.

Al respecto, estima la Sala que en el presente caso no resulta procedente acceder al alcance subsidiario de la impugnación, fundamentalmente porque i) ante la falta de ejercicio, por parte del ISS, de las acciones de cobro que tenía a su alcance para obtener el pago efectivo de las cotizaciones en mora correspondientes al demandante, no es posible que tales créditos sean declarados como «deuda incobrable» y ii) la pensión ya se causó de manera definitiva.

En un caso de contornos similares a los del presente, esta Sala de la Corte adocrinó que si no había gestión de cobro por parte de la entidad de seguridad social, no podía existir la declaratoria de «deuda incobrable», por lo que no se surtían los efectos del artículo 75 del Decreto 2665 de 1988, cuales son los de tener por inexistentes las cotizaciones en mora. Así, en sentencia CSJ SL, 4 Jul 2012, Rad. 42086, la Sala adocrinó:

Ahora bien, si de lo que se trata es, como lo afirma el impugnante, de la vulneración del artículo 12 del citado Decreto 2665, que en su criterio ha debido tener aplicación, y no fue tenido en cuenta por el ad quem, estima la Sala que tampoco tiene fundamento por razones diferentes.

Una, porque de su texto emana sin dubitación alguna, que la mora en el pago de los aportes exime al Instituto de Seguros Sociales de la obligación de otorgar las prestaciones económicas propias de los seguros de IVM y las trasfiere al empleador, salvo cuando se trate de **prestaciones ya causadas**, causación que en el sub lite, dada la vía de ataque elegida, no es objeto de discusión, ya que como lo dio por establecido el ad quem el actor al 1º de agosto de 2004, cuando cumplió 60 años tenía 837,8571 semanas cotizadas, a las que sumó 668,5714 causadas durante la vigencia del contrato de trabajo que lo ligó con AGROFIL LTDA. desde 16 de junio de 1980 hasta el 30 del mismo mes de 1993, y cuyo pago estaba en mora por culpa de empleador, quien sólo hizo los aportes por los primeros 15 días del contrato de trabajo y en tanto que el ISS, de allí en adelante no adelantó las gestiones de cobro pertinentes.

No está por demás destacar, como lo dijera la Corte en la sentencia del 9 de septiembre de 2009, radicado 35211, que la cotización se causa 'en razón de que el afiliado prestó el servicio', momento en el cual surge para la administradora de pensiones un crédito en su favor, que en caso de no pago, a más de los intereses, le otorga el derecho y, vale decir, la obligación, de iniciar los trámites tendientes al recaudo efectivo de la cotización.

Otra, porque la Corte en la sentencia que cuestiona el recurrente, (Rad.34270 del 22 de julio de

2008), no se refirió específicamente al título V del Decreto 2665 de 1988 como lo sugiere la censura, sino que en alusión integral y armónica a ese estatuto afirmó, que se 'deben tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se de por calificada de incobrable la deuda por aportes', previo trámite que, paso a paso, conforme al mismo decreto explicó en la sentencia 35777 del 19 de mayo de 2009, también citada por el recurrente.

Dijo en esa providencia esta Sala, que la declaración de incobrable de la deuda por aportes, una vez surtidos los pasos explicados, tendría como efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 75 ibídem, que las semanas en mora no se tendrían como cotizadas, ni se acumularía para efectos de las prestaciones, frente a lo cual precisó, con meridiana claridad, que mientras falte **'esa declaración las cotizaciones siguen gravitando en la contabilidad de las cotizaciones del afiliado'**.

En otras palabras, si no hay una gestión de cobro, no puede existir la declaratoria de 'deuda incobrable' y por contera, no se surten los efectos del ya citado artículo 75 del Decreto 2665 de 1988, razones suficientes para declarar impróspero el alcance subsidiario de la impugnación, encaminado a que una vez casada la sentencia, se imponga condena al pago de la pensión en forma provisional. (Negrillas del texto)

De acuerdo con la anterior jurisprudencia, estima la Sala que si la administradora de pensiones no ha ejercido las acciones de cobro que tiene a su disposición, no es posible la declaratoria de «deuda incobrable» de las cotizaciones en mora y, por consiguiente, no se surten los efectos del artículo 75 del Decreto 2665 de 1988, por lo que no resulta procedente acceder al alcance subsidiario de la impugnación en cuanto allí se pide que se ordene el reconocimiento de la prestación provisionalmente, «hasta tanto sean declaradas incobrables las cotizaciones mora.»

Además, dada la vía directa escogida por el censor, no es materia de controversia que la pensión de vejez del demandante ya se encuentra causada por el cumplimiento de los requisitos previstos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, razón adicional para considerar que en este caso no tiene aplicación el artículo 12 del citado Decreto 2665.

Con fundamento en lo anterior, el cargo no sale avante.

X. TERCER CARGO

Acusa la sentencia del Tribunal de haber interpretado erróneamente el artículo 4 de la Ley 712 de 2001, que subrogó el artículo 6 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que condujo a la aplicación indebida del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En el desarrollo aduce el censor que fue ilegal la decisión del Tribunal de haber condenado a la demandada a pagar los gravosos intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no obstante haber dado por demostrado que el actor había iniciado la acción contenciosa contra el ISS sin previamente haber reclamado por escrito los aludidos intereses; que como fundamento de tan «abusiva condena» el ad quem invocó una sentencia de esta Sala de la Corte, de fecha 13 de octubre de 1999, que es anterior al artículo 4 de la Ley 712 de 2001; que además de sustentar la ilegal decisión en una sentencia que no había estudiado el artículo 4 de la Ley 712 de 2001, sino el artículo 6 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social en su versión original, el Tribunal hizo una equivocada distinción respecto de la prohibición implícita de iniciar una acción contenciosa contra la Nación, las entidades territoriales y «cualquiera otra entidad de la administración pública», al exceptuar los intereses moratorios de la

previa reclamación administrativa que exige la norma procesal, «sin que dicha exclusión esté autorizada en el texto legal que le permitió concluir que solamente es procedente el agotamiento de la reclamación administrativa cuando lo único que se pretende por quien demanda es el pago de tales intereses»; que por tal razón

...el tribunal, pues, además del notorio desatino que entraña el invocar una sentencia en la que no fue estudiado el vigente artículo 4º de la Ley 712 de 2001 sino el texto original del artículo 6º del que en ese entonces se denominaba Código Procesal del Trabajo, se muestra totalmente despistado al no haberse dado cuenta del cambio normativo introducido por la misma ley en virtud de la cual no podía leer la sentencia de su inferior, pues debía escucharla y, además, como juez de alzada también fallar de viva voz.

Añade que el dislate del juez de alzada es inexcusable, pero su desorientación no es lo verdaderamente grave; que «lo grave y preocupante» es que alteró el tenor literal de la norma procesal al haberle agregado una distinción que la redacción de la norma no le permite hacer al intérprete, ya que el «artículo 6º (sic) de la Ley 712 de 2001» establece que las acciones contenciosas contra las entidades de derecho público que allí se mencionan, «solo podrán iniciarse cuando se haya agotado la vía administrativa», la que se surte mediante «el simple reclamo escrito», que debe hacerse antes de la presentación de la demanda, «sobre el derecho que se pretenda»; que quien haya agotado este requisito de procedibilidad sin que el derecho pretendido le haya sido reconocido, tiene expedito el camino para acudir ante el juez competente para que le otorgue el derecho, si es que en verdad le asiste; que el artículo 4 de la Ley 712 de 2001 no hace ninguna excepción, ni permite a quien lo interprete excluir de lo allí preceptuado el derecho a que sean pagados los intereses moratorios; que es errónea la interpretación según la cual «la reclamación administrativa que de manera perentoria exige el artículo 4 de la Ley 712 de 2001, sólo es exigible si lo único que se pretende es el pago de los intereses de mora, pues cuando en el proceso judicial también se discute el derecho a la pensión no debe agotarse la reclamación administrativa respecto del derecho que tiene el demandante a que le sean pagados dichos intereses legales.»

Finalmente manifiesta el censor que esta es la ocasión «propicia» para solicitarle a la Corte que analice nuevamente el punto relacionado con las consecuencias de iniciar una acción contenciosa contra alguna entidad de derecho público sin haber agotado previamente la reclamación administrativa, ya que la interpretación que hizo esta Corporación, en la sentencia del 13 de octubre de 1999, Rad. 12221, «no corresponde al texto legal vigente sino a una lectura que autorizaba hacer el tenor literal del artículo 6º del entonces denominado Código Procesal del Trabajo»; que dado que la redacción del original artículo 6 del ibídem no es igual a la del 4 de la Ley 712 de 2001, pues este requisito de procedibilidad, «bien puede entenderse que constituye una excepción en el proceso laboral, propia y autónoma»; que si en verdad se trata de una excepción propia y autónoma dentro de los procesos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades Laboral y de Seguridad Social, no parece adecuado remitirse al Código de Procedimiento Civil para solucionar una cuestión procesal que es ajena a los procesos de que conoce la Jurisdicción Ordinaria Civil; que la interpretación que mejor armoniza con el tenor literal, la intención y el espíritu de las reglas procesales que rigen los juicios laborales y de la seguridad social, no es la que se expresó en la sentencia CSJ SL, 13 Oct 1999, Rad. 12221, sino la que durante muchos años antes de esa fecha se sostuvo y que está expresada en la sentencia del 14 de octubre de 1970, en la que se dijo:

...para la Sala la exigencia del art. 6º del C.P.L., sobre agotamiento previo del procedimiento

gubernativo o reglamentario, constituye un factor de competencia para el Juez Laboral, y como tal debe estar satisfecha para el momento de la admisión de la demanda. Si no aparece demostrada esa circunstancia –con prueba que no tiene por qué ser forzosamente literal, porque el hecho admite otros medios probatorios- es imperativo su rechazo, como ocurre siempre que falta un presupuesto procesal. Si a pesar de todo se la admite, la actuación nace viciada, y si no se alega oportunamente la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción ni se propone incidente de nulidad, el vicio sigue gravitando sobre el proceso y el Juez está obligado a declararlo nulo en el momento que lo observe, y de plano, por se (sic) inallanable la causal en virtud de que la competencia es improrrogable (Gaceta Judicial, Tomo CXXXVI, pág. 385)

Aduce que lo dicho en esa vieja sentencia se acomoda mejor al tenor literal del artículo 4 de la Ley 712 de 2001, por cuanto el numeral 4 del artículo 2 de dicha Ley prevé que no interesa cual sea «la naturaleza de la relación jurídica y de los actos que se controviertan»; que en virtud de dicha enmienda, «una controversia sobre seguridad social integral puede suscitarse entre un afiliado cuya relación con su empleador sea o haya sido legal y reglamentaria, y no contractual, y en la cual, por no ser contractual el vínculo jurídico, el acto jurídico que se controvierte indiscutiblemente es un acto administrativo; y como es sabido contra los actos administrativos el agotamiento de la vía gubernativa exige la necesaria interposición de recursos.»

Termina diciendo el censor:

Pero incluso si se considerara que declarar nulo el proceso 'reñiría frontalmente con los principios de economía procesal', pongo de presente a la sala que al ser el derecho al debido proceso judicial una garantía de rango constitucional, no parece adecuado argüir que la exigencia de agotar necesaria y realmente lo que el artículo 4º de la Ley 712 de 2001 denomina 'reclamación administrativa' es algo que pueda calificarse de meramente 'formal', ya que en verdad se trata de una institución cuya observancia a plenitud, por ser una forma propia de esta clase de juicios, es inherente al derecho constitucional al debido proceso judicial.

Por ser inherente al derecho fundamental constitucional consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política la observancia de la plenitud de las formas propias de enjuiciamiento, resulta como necesaria consecuencia de tal mandato constitucional que la 'reclamación administrativa' que debe hacerse por escrito antes de promover el correspondiente proceso judicial hace parte del derecho a un debido proceso administrativo y judicial, razón por la que si dicho requisito de procedibilidad no se cumple respecto de un determinado derecho pretendido, la más adecuada solución no puede ser otra diferente a dictar sentencia inhibitoria en cuanto al derecho en relación con el cual no se agotó previamente la 'reclamación administrativa' que exige el artículo 4º de la Ley 712 de 2001.

XI. CONSIDERACIONES

El Tribunal consideró que como la entidad demandada no había formulado la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa respecto de los intereses moratorios, tal deficiencia había quedado saneada, para lo cual trajo a colación la sentencia CSJ SL, 13 Oct. 1999, Rad. 12221. Agregó el ad quem que, en todo caso, no le era exigible al demandante haber reclamado administrativamente el reconocimiento de los aludidos intereses en atención a que el derecho a la pensión estaba siendo discutido.

En atención a la vía directa por la cual se plantea el cargo, es preciso poner de presente que

no se controvierte la conclusión fáctica del juez de apelaciones de que la demandada no propuso la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa.

Aunque es cierto que la sentencia de esta Sala de la Corte, de 13 de octubre de 1999, Rad. 12221, con base en la cual el ad quem consideró que cualquier deficiencia derivada de la falta de agotamiento de la reclamación administrativa era saneable, fue proferida antes de la entrada en vigencia del artículo 4 de la Ley 712 de 2001, que modificó el 6 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, también es verdad que aquél criterio ha sido refrendado por la Sala en decisiones posteriores a la entrada en vigor de la aludida Ley 712 de 2001, de lo que es ejemplo la sentencia CSJ SL, 24 May 2007, Rad. 30056, en la que se dijo:

De otro lado, el tema propuesto por el censor, fue objeto de pronunciamiento por parte de esta Corporación, en el que, contrario al criterio expuesto en la sentencia que se rememora del 14 de octubre de 1970, se decidió que la nulidad por falta de agotamiento de la vía gubernativa es saneable; fue así como en la sentencia del 13 de octubre de 1999, radicación 12221, citada por la réplica, que en esta oportunidad se reitera, precisó:

'El Código de Procedimiento Laboral dispone en su artículo 6° que “Las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, o una institución o entidad de derecho social podrán iniciarse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente”. De manera, que antes de reclamarse ante los estrados laborales de la jurisdicción ordinaria alguna pretensión de orden social a cualesquiera de las anteriores entidades, se hace necesario que el interesado formule previamente su petición de reivindicación ante éstas.

(...)

'En cuanto a la naturaleza jurídico-procesal de la exigencia del agotamiento de la vía gubernativa en el procedimiento laboral, si bien para explicar la misma se han construido varias tesis, tales como la de asimilarla a un requisito de la demanda, o de considerarla un presupuesto de la acción, o de calificarla como un factor de competencia, lo cierto es que la jurisprudencia de la Sala Laboral siempre que se ha ocupado del tema se ha inclinado por esta última, esto es, que la misma constituye un factor de competencia para el juez laboral, pues mientras este procedimiento preprocesal no se lleve a cabo el Juez del Trabajo no puede aprehender el conocimiento del conflicto planteado; además, esta calificación dada a la vía gubernativa encuentra sustento también en que el artículo 6° del C. de P.L. figura dentro de las normas de dicho estatuto procesal que regulan el fenómeno de la competencia en materia laboral.

'Entonces, dado que la exigencia del artículo 6° del C. de P.L. es un factor de competencia, y por ende un presupuesto procesal, la misma debe encontrarse satisfecha en el momento de la admisión de la demanda. Por tanto, cuando se presenta una demanda contra alguna de las entidades públicas o sociales señaladas en la norma precitada es deber ineludible del juez laboral constatar, antes de pronunciarse sobre la admisión de tal escrito introductorio, que se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario previsto en dicho precepto, obligación procesal que el dispensador de justicia debe cumplir con sumo cuidado y acuciosidad, ya que está de por medio nada menos que establecer si tiene competencia o no para conocer del pleito que se pone bajo su consideración, así como el cumplimiento de los imperativos que le imponen los artículos 37 del C.P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 13 y 38 ibídem, en relación con el deber de precaver los vicios de procedimiento, rechazar cualquier solicitud que

sea notoriamente improcedente y evitar providencias inhibitorias. Y si se percata que no aparece demostrado el cumplimiento de esa etapa prejudicial, es su obligación rechazar de plano la demanda, por falta de competencia, tal y como lo prevé el artículo 85 del C. de P.L., modificado por el D. E. 2282/89, art. 1º, num. 37, norma aplicable al procedimiento laboral en virtud del principio de integración analógica consagrado en el artículo 145 del C. de P.L., toda vez que en este ordenamiento procesal no hay disposición que regule lo atinente a las consecuencias de la falta del presupuesto procesal de la competencia al examinarse la viabilidad o no de la demanda.

'Pero puede suceder que el Juez Laboral admita la demanda sin advertir la falta de cumplimiento por parte del accionante de la exigencia contemplada en el pluricitado artículo 6º del C. de P.L. En este caso es deber procesal de la parte demandada, así como un elemental ejercicio de la lealtad que se deben los sujetos procesales entre sí y que éstos le deben al Juez, alertar a éste sobre la omisión del agotamiento del procedimiento gubernativo, pero no de cualquier manera, sino mediante la proposición de los medios de defensa que en su favor consagra la ley adjetiva del trabajo en su artículo 32, cuales son las excepciones previas o dilatorias respectivas, que para el caso concreto que se examina se contrae a la de falta de competencia, por no agotamiento previo de la vía gubernativa, de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 97 del C.de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1º, num.46, disposición a la cual fuerza remitirnos por mandato del artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral. O también puede formularse la excepción dilatoria de no agotamiento del procedimiento gubernativo o reglamentario, que como ya ha tenido oportunidad la Corte de expresarlo, "...bien puede entenderse que constituye una excepción en el proceso laboral, propia y autónoma" (Sentencia de Julio 21 de 1981. Rad. N° 7619).

'Sí la parte accionada procede de esta forma, es decir, que ante la ausencia del cumplimiento de la exigencia consagrada en el artículo 6 del C. de P.L., propone oportunamente alguna de las anteriores excepciones, lo cual según las voces del artículo 32 ibídem bien puede hacer en la contestación de la demanda o en la primera audiencia de trámite, la decisión interlocutoria que adopte el Juez Laboral sobre este asunto, claro está, una vez ejecutoriada la misma, pone punto final a toda discusión sobre este tema, y en consecuencia cualquier vicio de procedimiento en torno al presupuesto procesal de competencia queda debidamente saneado y, por tanto, llegado el momento de dirimir el conflicto el juzgador debe emitir un fallo que resuelva de mérito la controversia planteada.

'Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6º del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1º, num. 84, norma que dispone que "La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso."

'Y es que la incompetencia del juez laboral, a raíz de la pretermisión de la etapa previa de reclamación del derecho requerido a la entidad pública o social demandada, no escapa al principio de saneamiento de la nulidad proveniente de la falta de competencia recogido en el

Código de Procedimiento Civil de 1970, y el cual a su vez es una de las manifestaciones esenciales del postulado de economía procesal que irradia a dicha rama del derecho y con mucho más razón al procedimiento laboral, dado el carácter social de los derechos que en esta órbita de la jurisdicción ordinaria se discuten, que exige del juez del trabajo un rápido pronunciamiento, para lo cual debe evitar dentro del marco de sus poderes cualquier dilación que obstaculice ese fin. En efecto, si la jurisprudencia tradicional de la Corte ha sostenido que el procedimiento gubernativo o reglamentario es un factor de competencia para el Juez Laboral, lo cual ahora se vuelve a reiterar, no hay razón para que a esta forma especial de ella se le sustraiga de los efectos de saneamiento latente en todas las nulidades que puedan originarse en la falta de competencia, cuando no se hayan alegado como excepción previa, postulado del que solo se exceptúa la falta de competencia funcional.

'Nada justifica que luego de un proceso contra una entidad oficial, donde esta ha sido convocada oportunamente a través de la notificación de rigor y por ende ha tenido todas las oportunidades para ejercer cabalmente su derecho de defensa, se declare la nulidad de todo lo actuado ad portas de la emisión del fallo llamado a resolver de fondo el litigio iniciado, aduciendo como argumento que no se cumplió el procedimiento gubernativo tantas veces mencionado, cuando la parte demandada contando con el mecanismo procesal idóneo para remediar ese defecto, como son las excepciones previas pertinentes, ya señaladas en el curso de esta providencia, no hizo uso del mismo; mucho menos sentido tiene que se plantee una decisión de esta naturaleza en la segunda instancia o a través del recurso extraordinario de casación. Un pronunciamiento de esta índole reñiría frontalmente con los principios de economía procesal, de saneamiento de las nulidades por incompetencia y de prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, instituciones estas que constituyen soporte esencial para los propósitos del derecho procesal laboral: hacer efectiva la concepción social y tutelar del derecho laboral sustancial.

(.....)

'De otro lado, como el fin último del agotamiento de la vía gubernativa es que la administración pública tenga la oportunidad de decidir de manera directa y autónoma si resulta procedente o no el reconocimiento de los derechos reclamados por el peticionario y de esta forma enmendar cualquier error que hubiera podido cometer sobre el particular, precaviendo a través del instrumento de la autocomposición un eventual pleito judicial, choca contra la lógica de lo razonable que habiendo tenido aquélla oportunidad de llevar a cabo ese cometido durante todo el curso del proceso, aun cuando ningún interés haya demostrado en este sentido, quizás porque no encuentra viable lo solicitado, la consecuencia o el efecto inmediato del incumplimiento de la exigencia del artículo 6° del C.de P. L. sea la nulidad de todo lo actuado. Ello resulta sumamente inconveniente, no sólo para las partes, sino para la propia administración de justicia, toda vez que luego de todo un derroche de jurisdicción, tiempo y gastos no se logró resolver de manera rápida y eficaz el conflicto.

'Se tiene entonces, que como consecuencia del cambio normativo sobre el particular, **se modifica la posición sentada por la Corte en su pronunciamiento del 14 de octubre de 1970 dentro del proceso de ERNESTO CALDERON FLOREZ contra la UNIVERSIDAD NACIONAL, reiterada, entre otras sentencias, en la del 21 de julio de 1981, Rad. 7619**, en la cual se expresó que el no cumplimiento de la exigencia del artículo 6° del C.P.L., si no se alegaba oportunamente por la parte demandada la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción ni se proponía incidente de nulidad, conducía o traía como consecuencia la anulación de todo lo actuado en el proceso, porque la competencia en ese caso era improrrogable. (Negrillas del

texto)

Como se observa, esta Corporación es del criterio de que el agotamiento de la reclamación administrativa es un factor de competencia del juez laboral, por lo que la ausencia de dicha reclamación conlleva a la falta de competencia del juez por un factor diferente del funcional, falta de competencia que es saneable si no se alega como excepción previa, según las voces del numeral 5 del artículo 144 del Código de Procedimiento Civil, aplicable al proceso laboral por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Dado que en este caso la entidad demandada no propuso la excepción previa correspondiente, la eventual falta de competencia por no haberse agotado la reclamación administrativa en relación con los intereses de mora, quedó saneada.

Además de lo anterior, de vieja data esta Corporación ha adocinado que aquellas reclamaciones que son accesorias o dependientes y que constituyen simples consecuencias previstos en la ley por el retardo en el pago de determinado derecho, como en este caso los intereses moratorios causados sobre las mesadas pensionales adeudadas, no requieren del agotamiento de la reclamación administrativa, como acertadamente lo consideró el ad quem.

Por lo visto, el cargo no prospera.

XII. CUARTO CARGO

Acusa la sentencia del ad quem de aplicar indebidamente el artículo 4 de la Ley 712 de 2001, que subrogó el artículo 6 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que condujo a la aplicación indebida del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Dice que la anterior violación se produjo como consecuencia de los siguientes errores de hecho:

- a) No haber dado por probado, estándolo, que al contestar la demanda expresamente se adujo que 'el actor, no agotó la vía gubernativa';
- b) no haber dado por probado, estándolo, que la razón aducida para alegar que Juan Camilo Tobón Acevedo 'no agotó la vía gubernativa' fue la de no haber él 'en su debido momento (hecho) uso de recursos de reposición y apelación'; y
- c) no haber dado por probado, estándolo, que en la demanda con la que se inició el presente proceso el apoderado judicial de Juan Camilo Tobón Acevedo confesó que su mandante no hizo usos (sic) de los recursos procedentes contra la resolución 22841 de 2008 'que negó el derecho' a la pensión de vejez pretendida.

Aduce que los anteriores errores de hecho se produjeron por causa de la apreciación errónea de i) la confesión judicial contenida en la demanda inicial (Folios 4 a 6), ii) la Resolución No. 22841 de 28 de agosto de 2008 (Folio 8) y iii) la contestación de la demanda por parte del ISS (Folios 44 a 45).

En la demostración aduce el censor que, como se oye en la grabación de la sentencia oralmente proferida, el Tribunal disculpó el hecho de no haberse agotado la reclamación administrativa respecto de los intereses moratorios, en que el artículo 4 de la Ley 712 de 2001 solo debía aplicarse cuando lo único que se discutía en el proceso era el reconocimiento y pago de tales intereses, mas no era exigible la reclamación de manera autónoma de los intereses de mora

cuando también se discutía la pensión de vejez; que basta leer las pruebas que se denuncian como indebidamente apreciadas, para convencerse de que en la demanda que dio origen al proceso se confesó por el apoderado del actor que «no fue recurrida [...] la resolución que le negó el derecho»; que de la Resolución No. 22841 de 2008 se desprende que el actor únicamente reclamó el reconocimiento de la pensión de vejez y no los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que con la contestación de la demanda se demuestra que la demandada alegó que «el actor, no agotó la vía gubernativa»; que dicha manifestación no puede tener un significado diferente al de la proposición de una excepción, ya que no son necesarias «fórmulas sacramentales», pues las meras formas no son atendibles si con ellas se sacrifica el derecho sustancial y el derecho al debido proceso es un derecho sustancial de rango constitucional; que estas razones llevan a la conclusión de que el Tribunal incurrió en un desatino cuando en la sentencia impugnada señaló que «la entidad demandada no formuló la correspondiente excepción previa de falta de agotamiento de reclamación administrativa»; que si el colegiado no hubiera incurrido en los errores de hecho que se le imputan, habría confirmado el fallo del a quo en cuanto había absuelto a la demandada de los intereses moratorios.

Termina el censor diciendo que en caso de que la Corte encuentre fundado el planteamiento realizado en los dos últimos cargos, pero estime que lo procedente no es dictar sentencia absolutoria, sino inhibirse de fallar sobre dicha pretensión, solicita expresamente que «sea casada la sentencia de segunda instancia y modificada la de primer grado que absolvió al Instituto de Seguros Sociales por este aspecto, para que, en su lugar, sea proferida sentencia inhibitoria en relación con la pretensión del demandante de condenar al demandado a pagarle 'intereses moratorios del Art. 141 de la Ley 100 de 1993' (folio 4), conforme está pedido en la demanda inicial.»

XIII. SE CONSIDERA

Estima la Sala que carece de trascendencia en la decisión impugnada el hecho de que la demandada hubiera aducido al contestar la demanda que el actor no había agotado la vía gubernativa o que éste hubiera confesado que no había interpuesto los recursos de la vía gubernativa contra la Resolución No. 22841 de 2008, por la cual el ISS le negó la pensión de vejez reclamada.

Se afirma lo anterior por cuanto el agotamiento de la vía gubernativa es una exigencia que solamente tiene cabida para demandar la nulidad de ciertos actos administrativos ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ello es así por cuanto el artículo 6 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social dispone que «Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda...»

La norma comentada no exige que para iniciar una acción contenciosa, ante los jueces del trabajo, contra las entidades de derecho público allí mencionadas deba agotarse la vía gubernativa, sino que lo que debe agotarse es la reclamación administrativa, lo que es diferente.

Resulta pertinente indicar que no se debe confundir el agotamiento de la reclamación administrativa con el agotamiento de la vía gubernativa.

Ello es así por cuanto la vía gubernativa se agota cuando no hay posibilidad de interponer el

recurso de apelación contra el acto administrativo motivo de inconformidad, ya sea porque la administración no da al ciudadano la opción de interponer los recursos de reposición y apelación, o porque el funcionario que profirió el acto no tiene superior jerárquico dentro de la respectiva entidad, por lo que no procede el recurso de apelación; o cuando interpuestos los recursos de la vía gubernativa, se hayan decidido; o cuando, simplemente, contra el acto no proceda ningún recurso, tal como lo dispone el artículo 62 del Código Contencioso Administrativo. En cambio, la reclamación administrativa consiste en el simple reclamo escrito del trabajador o servidor público sobre el derecho o derechos que pretenda y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta.

El agotamiento de la vía gubernativa, entonces, es una figura del derecho administrativo, mientras que la reclamación administrativa es propia del derecho del trabajo y de la seguridad social. En este sentido se ha pronunciado esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 14 Sep 2010, Rad. 44736, cuando dijo:

Pero que el cargo pueda estudiarse no significa que tenga vocación de prosperidad, porque el argumento jurídico que trae a la palestra la impugnación no es atendible por la Corte, pues la circunstancia de que respecto de una resolución que concede una pensión no se interpongan los recursos de ley en modo alguno impide que se instaure un proceso laboral en contra de lo dispuesto en ese acto jurídico, pues esa es una exigencia que no se halla consagrada en las normas que gobiernan los ritos procesales del trabajo y de la seguridad social y tampoco es dable entender que la ausencia de impugnación equivalga a conformidad con el contenido del acto respectivo.

Las previsiones del Código Contencioso Administrativo, contenidas en sus artículos 62 y 85, no tienen cabida en materia laboral y de seguridad social, porque el único requisito actualmente vigente para cuando se demanda a una entidad pública es el del agotamiento de la reclamación administrativa, establecida en el artículo 6 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que no exige necesariamente de la interposición de recursos y que, con todo, en este asunto fue cumplido.

Importa anotar que la naturaleza de las relaciones que surgen de un contrato de trabajo entre un trabajador oficial o un pensionado y una entidad pública no pueden considerarse gobernadas por las normas del Código Contencioso Administrativo, así algunos de los actos jurídicos emitidos por la entidad empleadora formalmente puedan ser considerados como actos administrativos, porque la entidad pública en ese caso actúa como empleador, esto es, parte de un contrato y no en cumplimiento de funciones administrativas que ameriten la aplicación de las normas que echa de menos la impugnación, como lo ha explicado la jurisprudencia de esta Sala.

Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial debe concluirse que en este caso el demandante no debía haber interpuesto los recursos de reposición y de apelación contra el acto administrativo por el cual le fue negada la pensión de vejez deprecada, por lo que los errores de hecho que el censor le endilga al Tribunal carecen de trascendencia en la decisión impugnada.

En conclusión el cargo no sale avante.

No se causaron costas en casación.

XIV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando

Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 4 de diciembre de 2009, dentro del proceso ordinario laboral que JUAN CAMILO TOBÓN ACEVEDO promovió contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Presidente

JORGE MAURICIO BURGOS RUÍZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de agosto de 2019

