

Casación N° 35777

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

Referencia: Expediente No. 35777

Acta No. 19

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil nueve (2009).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado judicial del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES contra la sentencia de 15 de febrero de 2008, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso ordinario laboral promovido contra la entidad recurrente por CRISTÓBAL GARCÍA LÓPEZ y donde fue llamado en garantía PEDRO NEL NIETO DUQUE.

I.- ANTECEDENTES.-

1.- CRISTÓBAL GARCÍA LÓPEZ demandó al I.S.S., con el fin de que fuera condenado al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Como apoyo de su pedimento indicó en lo que interesa al recurso extraordinario, que cumplió 60 años de edad el 9 de marzo de 1999; es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Prestó servicios subordinados a Pedro Nel Nieto Duque entre el 1° de enero de 1980 y el 31 de diciembre de 1994; estuvo afiliado al I.S.S., pero el empleador sólo pagó aportes entre el 1° de enero de 1980 y el 1° de enero de 1982, presentado mora de los periodos restantes. (Fls. 3 a 14).

2.- El Instituto se opuso a las pretensiones, aceptó la mayoría de los hechos; adujo en su defensa que el I.S.S. no tiene el mecanismo jurídico para cobrar dineros adeudados de esas calendas, pues el transcurso del tiempo hace ineficaz la efectividad del cobro por vía de proceso coactivo; es evidente que el actor no cotizó las semanas mínimas para obtener el derecho a la pensión. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 32 a 36).

El I.S.S. llamó en garantía al empleador quien sostuvo que la pensión de vejez debe asumirla la última entidad a la cual estuvo afiliado el demandante, y que es el Estado quien garantiza los beneficios a los que se hacen acreedores los afiliados (fls. 58 a 60).

3.- Mediante sentencia de 21 de noviembre de 2007, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira condenó al ISS al pago de la pensión deprecada de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 2 de mayo de 2002. Condenó al ex empleador a responder por los aportes en mora causados entre el 1° de mayo de 1983 y el año de 1994.

II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL.-

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, al conocer en segunda instancia en virtud de la apelación interpuesta por el I.S.S. confirmó el fallo del Juzgado, pero lo adicionó en el sentido de que condenó al ex empleador al pago de las cotizaciones en mora con intereses iguales a los que rigen para el impuesto de renta y complementarios de conformidad con el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

En lo que interesa a los efectos de la casación, sostuvo el juzgador Ad quem que en caso de mora en el pago de aportes a la seguridad social, el derecho debe ser reconocido al afiliado; el conflicto que suscita la negligencia del empleador debe ser resuelto entre éste y la administradora.

En este caso aunque el ISS emprendió acciones de cobro contra el empleador dando lugar incluso a medidas cautelares sobre un inmueble, este procedimiento lleva varios años, sin resultados objetivos y reales, con lo cual se demuestra su ineficacia.

Más adelante insiste en que “ante la mora del empleador, es la entidad administradora de pensiones la encargada de realizar el cobro debido de aportes, sin que las normas de seguridad social integral de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, hayan establecido como sanción para el empleador la obligación de pagar la prestación pensional al trabajador; sólo se establece el pago de intereses de mora a la tasa establecida para el pago de impuesto de renta y complementarios”.

Después analiza el Tribunal la situación del actor por ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, a la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, y precisa que cumplió 60 años de edad el 9 de marzo de 1999, que en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima para acceder a la prestación por vejez, cotizó 104,5714. Pero a esa cantidad hay que sumarle las que corresponden al tiempo servido al empleador aunque se encuentren en mora, que equivalen a 617,1429 semanas, para un total en ese lapso de 721,7143 semanas, por lo que se cumple el requisito de haber cotizado por lo menos 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años.

III.- RECURSO DE CASACIÓN.-

Interpuesto por el Instituto, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver previo estudio de la demanda del recurso extraordinario y su réplica.

Pretende el impugnante que la Corte case totalmente la sentencia del Tribunal, y en sede de instancia revoque el fallo del Juzgado y niegue las pretensiones de la demanda inicial.

Con tal fin formula un único cargo, así:

CARGO UNICO.- La sentencia viola por la vía directa por interpretación errónea “los artículos 20 y 22 de la ley 100 de 1993, lo que dio lugar a la infracción directa del literal l del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y,

consecuencialmente, a la aplicación indebida del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año”.

En el desarrollo aduce el casacionista que el yerro de hermenéutica del Tribunal consiste en inferir del texto de las disposiciones acusadas que en caso de mora en el pago de los aportes a la seguridad social para pensiones, es la administradora la que debe asumir el pago de la pensión.

Agrega que ninguna norma constitucional, ni la Ley 100 y sus decretos reglamentarios, dispone que en caso de mora en el pago de los aportes, la administradora de fondo de pensiones deba asumir la mora y reconocer la prestación. Esto no es un olvido de los preceptos, sino lógica consecuencia del carácter contributivo de los dos regímenes pensionales que componen nuestro sistema, “por lo que el reconocimiento de las prestaciones que el mismo prevé, se supedita al pago oportuno y efectivo del aporte que establezca la ley, porque solo así se garantiza el equilibrio financiero del sistema”.

Añade que del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no es posible extraer la inferencia del Tribunal, porque “lo que esa norma regula, no es el incumplimiento del empleador de pagar los aportes, sino, por el contrario, que es él el que debe asumirlo cuando no descuenta del salario del trabajador el porcentaje que a éste le corresponde, circunstancia que corrobora aún más, el criterio que la mora en el pago de los aportes está a cargo del empleador incumplido y no de la administradora de pensiones, que es la interpretación correcta”.

Cuestiona el cambio de jurisprudencia de la Corte sobre las consecuencias de la mora patronal, adoptado en la sentencia de 22 de julio de 2008, rad. N° 34270 y afirma que existe un elemento estructural del sistema, si se quiere más importante que las mismas administradoras, y es el equilibrio financiero del sistema, al que inclusive alude el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, y que está basado y depende de las cotizaciones de los afiliados y cuya importancia fue resaltada por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Señala que el planteamiento de la Corte fundado en el Decreto 2665 de 1988, es equivocado porque en parte alguna de ese estatuto se dice que las cotizaciones por cobrar se tengan transitoriamente como válidas, además si ese estatuto está vigente, no hay razón válida para no aplicar el artículo 12 que releva al ISS de otorgar las prestaciones en caso de mora en el pago de los aportes.

Dice que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, para conceder prestaciones no se pueden tener en cuenta requisitos distintos a las cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados, norma que no fue tenida en cuenta por el Tribunal y que impide que se puedan tener como efectivamente cotizados unos aportes que no han sido pagados por el empleador, ni recaudados por la administradora, “ni por ende, trasladar las consecuencias de esa mora a dichas entidades, imponiéndole (sic) la obligación de conceder el derecho prestacional al afiliado, sin cumplirse debidamente uno de los requisitos para que se configure el mismo, como es el número de semanas cotizadas”.

IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

Plantea el casacionista que no puede proceder la imposición de las obligaciones de prestaciones económicas, como consecuencia de la falta de diligencia de la Administradora en el cobro de las cotizaciones con las que se hubiere acreditado la densidad necesaria para acceder a la protección de la seguridad social, pues ello significaría infracción directa del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, cuando prohíbe categóricamente el

que se otorguen pensiones sin el cumplimiento de otros requisitos distintos a “cotizaciones efectivamente realizadas o tiempo de servicios efectivamente prestados antes del reconocimiento de la pensión”.

Al respecto hay que anotar que tratándose de una reclamación que se pretende causada en el año de 1999, no tendría aplicación la norma en comento; pero aún así, y es oportuna la ilustración de la Sala, no se transgrede el espíritu que la informa.

Primero, porque no es como se pretende sugerir, que la única forma de acceder a la pensión sea por tiempos efectivamente cotizados, sino que también admite la disposición en comento que se tome en cuenta solamente el tiempo servido, sin importar que no se hubiere hecho con aportes al sistema, como ocurría especialmente con los empleados públicos.

Segundo, porque en el sub lite no se trata de reconocer pensiones haciendo caso omiso de las cotizaciones, o concediéndolas sin verificar su existencia; lo que acontece es que lo que subyace en la tesis que se controvierte, es la definición de a partir de cuándo existe la cotización, aspecto que ya ha resuelto la Sala cuando señaló: “La cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado”. (Sentencia de 30 de septiembre de 2008, rad. N° 33476).

Y, tercero, el que se admita la existencia de la cotización desde su causación, no supone que pierda trascendencia su pago, que la conserva en toda su dimensión, para asegurar el equilibrio financiero del sistema, en las condiciones que se señalan adelante.

Se duele el censor de que la jurisprudencia sobre las consecuencias por la no gestión de cobro de cotizaciones conducen a la aplicación indebida del literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, el que establece que tienen derecho a la pensión por vejez quienes cumplan con “Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas...”.

Como lo ha enseñado la Sala esta previsión normativa consagra un figura pensional excepcional, “ella es de aplicación restrictiva y expresa” (sentencia de 8 de noviembre de 2006, radicación 27755), que se concede a condición de cumplir con unos requerimientos también especiales, los de la oportunidad de la causación y pago de las cotizaciones, los que expresamente se exigen deben acaecer respecto del lapso de los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima; y que dichas cotizaciones sean efectuadas al ISS y no a las Cajas de Previsión Social

(Sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 29396).

Como en el presente caso no hay discusión en el sentido de que dentro de los veinte años anteriores al cumplimiento de los sesenta años de edad, sólo aparecen pagadas 104,5714 cotizaciones, y que fueron causadas otras 617.1419 semanas que no se han pagado, el juicio sobre la correcta aplicación del literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 al demandante, ha de resolver sobre como se armonizan las exigencias especiales para acceder al derecho, con la responsabilidad de la administradora en no haber gestionado el cobro de las cotizaciones en mora.

El sistema de seguridad social es un conjunto normativo que se endereza, en lo que aquí nos concierne, a garantizar la “sostenibilidad” financiera del sistema, imponiendo a los aportantes contribuciones parafiscales, y a las administradoras su gestión integral, a partir del momento en que se causan las cotizaciones, sobre las cuales deben desplegar especial vigilancia, haciendo los

requerimientos previstos en el Decreto 2663 de 1994, y emprendiendo las acciones de cobro, en cuya cabeza las radica la ley, además de otorgarles las herramientas idóneas, como el de revestir a sus certificaciones sobre la deuda por cotizaciones, intereses y multas, del valor de título ejecutivo, y para el I.S.S. de adelantar con él un juicio de jurisdicción coactiva.

El sistema ha de propender a la efectiva prestación de protección de la seguridad social, no solo contemplando aquel escenario en el que se cumplen cabalmente con todas las obligaciones, sino también cuando el sistema funcione anormalmente y no se sufraguen las cotizaciones causadas por hechos imputables al empleador o a la administradora; la decisión que se tome no puede resultar afectando a quien ha cumplido con lo suyo, al afiliado que generó un crédito a la administradora exigible al empleador, y sin dejar de tener en consideración la “sostenibilidad” financiera del sistema.

Las cotizaciones causadas consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún 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.

La clasificación y declaración formal de la deuda con la seguridad social como incobrable, se ha de cumplir de conformidad con el trámite reglamentario previsto en el Estatuto de Cobrazas, el Decreto 2665 de 1988, que en su artículo 73, dice:

3. Deudas irrecuperables o incobrables. Se considerarán incobrables, las deudas por aportes, intereses y multas que tengan un mora de 25 ciclos o superior, así como las demás deudas cuyo recaudo no hubiere sido posible lograr a pesar de la gestión de cobro adelantada, por insolvencia del deudor, liquidación definitiva o desaparecimiento de la empresa, o por cualquier otra causa similar, de conformidad con el informe rendido por el apoderado del ISS y la evaluación efectuada por el funcionario de cobranzas responsable. Las deudas irrecuperables o incobrables, deberán ser calificadas por el respectivo órgano directivo del ISS, previo concepto del Comité de Cobranzas de la respectiva Seccional o UPNE.

También se tendrán como deudas incobrables, las siguientes:

- a). Las declaradas prescritas por funcionario competente;
- b). Las que hubieren quedado pendientes de cancelar después de liquidada legalmente una empresa, o de haberse cumplido un Concordato, o terminado el proceso de quiebra, siempre y cuando que la empresa finalice sus actividades.
- c). Por pérdida del proceso donde se pretendían hacer valer;
- d). Por muerte o desaparecimiento de hecho del patrono, en los casos en que no opere la sustitución patronal, o no sea cobrable a los herederos o no haya lugar a la declaración de unidad de empresa, o por otra causa similar.
- e). Las que por ley o reglamento sean tenidas como tales.

Se ha de indicar que las normas que regulan el proceso de recaudo contenidas en el Decreto 2665 de 1988 mantienen su vigencia, por la remisión que a ella hace el artículo 31 de la Ley 100 de

1993, y puesto que si bien se han expedido reglamentos sobre afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.

La consecuencia de declarar unas cotizaciones como incobrables la define la misma perceptiva, en los primeros incisos del artículo 75:

ARTICULO 75. EFECTOS DE LA DECLARACION DE INCOBRABLE DE UNA DEUDA.

No serán tenidas como cotizadas, ni se acumularán para efectos de las prestaciones propias de los Seguros Sociales, las semanas correspondientes a los períodos de mora y respecto a los cuales los valores se declararon incobrables.

Cuando una deuda haya sido calificada como "incobrable" por el respectivo órgano directivo del ISS, será descargada contablemente de la "estimación cotizaciones de difícil cobro" y de la "cotización facturada por cobrar".

Así, entonces, la Sala ha de precisar los alcances de su jurisprudencia sobre las consecuencia de la falta de diligencia de las administradoras de pensiones en el cobro de cotizaciones, a falta de esa declaración las cotizaciones siguen gravitando en la contabilidad de las cotizaciones del afiliado, de diferente manera según el riesgo o de la prestación de que se trate.

Para la pensión de vejez las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente, hasta tanto no haya declaración sobre su inexistencia.

El reconocimiento que se hace respecto de quien no se ha efectuado el pago completo de las cotizaciones, no puede tener el mismo carácter del que se hace respecto al que el cubrimiento de los aportes fue total. Por ello se acude para la efectiva realización del equilibrio financiero del sistema, a que ese reconocimiento 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 pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones de la administradora.

No obstante la precisión doctrinara anterior, en el presente caso el cargo no puede salir avante, pues se advierte que no hubo manifestación de la entidad demandada recurrente en el sentido de formular un alcance de la impugnación subsidiario, para que la condena al pago de la prestación de vejez le hubiera sido impuesta en forma provisional.

Así las cosas, no prospera la acusación.

Sin costas en el recurso extraordinario en virtud de la precisión doctrinaria efectuada.

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 de 15 de febrero de 2008, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso promovido por CRISTÓBAL GARCÍA LÓPEZ contra el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y al cual fue llamado en garantía PEDRO NEL NIETO DUQUE.

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

Eduardo López Villegas

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN
MENDOZA

GUSTAVO JOSÉ GNECCO

Luis Javier Osorio López

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGÓ

ISAURA VARGAS DÍAZ

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación No. 35.777

Magistrado Ponente: EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS.

Ref: CRISTÓBAL GARCÍA LÓPEZ VS. INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTRO.

Con mi acostumbrado respeto, y de acuerdo con lo manifestado en Sala, debo discrepar de la decisión en cuanto a atribuir la responsabilidad del cubrimiento de las prestaciones económicas y asistenciales de la Seguridad Social a la administradora del sistema, por no probar que agotó todas las acciones de cobro de las respectivas cotizaciones contra el empleador que incurrió en mora en su pago; criterio que consigné y mantengo, en el salvamento de voto de la sentencia de 22 de julio de 2008, radicación 34270, en el que exprese:

” (...) 1ª) Como bien es sabido, nuestro sistema de seguridad social es de carácter contributivo y, por ello, a diferencia de lo que ocurre con los sistemas de seguridad social de naturaleza 'asistencial', de ocurrencia exótica, en los cuales, con indiferencia de la aportación empresarial que a él se haga, desde la misma constitución de la relación de afiliación las necesidades de la persona se satisfacen con la contribución de un todo representado por el Estado --'todos' desde el concepto de un Estado solidario--, en éste la financiación de las prestaciones se soporta, principalmente, en las cotizaciones efectuadas por el empleador con aportes suyos y del trabajador, cuyo fundamento reposa en la responsabilidad que compete a éste frente a las distintas necesidades de sus trabajadores, y a la solidaridad que del segundo se espera frente al sistema.

Aun cuando no es posible predicar una sinalgamaticidad o reciprocidad absoluta entre cotizaciones y prestaciones, es lo cierto que en nuestro sistema de seguridad social, éstas no son ni más ni menos que el instrumento mediante el cual se hacen posibles los medios de protección que prevé el mismo sistema.

En nuestro Sistema de Seguridad Social Integral, la obligación de aportación económica del empresario y el trabajador a través de la correspondiente cotización, amén de justificarse por la necesidad de mantener y acrecentar la fuente de recursos que le permiten al sistema operar satisfactoriamente, se explica jurídicamente por la 'previa' responsabilidad que la ley impone al empleador respecto de la satisfacción de las necesidades de seguridad y protección de sus trabajadores, así como a éstos la de compartir dicha obligación, pues en últimas son sus directos beneficiados.

Ahora bien, el empleador, directo responsable de la cotización al sistema como 'aportante', y en nuestro caso también único responsable de la cotización por ser quien está a cargo del descuento que debe hacer para tales efectos al ingreso del trabajador, está llamado por la ley a responder por la protección del trabajador cuando quiera que el incumplimiento del período de cotización previo a la causación del derecho le es imputable, pues en ese caso no se produce una verdadera asunción de la responsabilidad por parte de la gestora o administradora del sistema, por mantenerse en la órbita contractual laboral la obligación genérica de protección patronal, que en el caso de los trabajadores particulares recuerda explícitamente el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo.

2ª) Las prestaciones de la seguridad social no son resultado 'automático' de los eventos que legalmente les dan origen, pues están sometidas al cumplimiento de períodos de cotización mínimos 'previos', no siendo posible que el sistema de seguridad social asuma la protección del beneficiario, sino en tanto y en cuanto ese período mínimo haya sido plenamente satisfecho. Ello explica que si no está cumplido el período de cotización mínimo, por ejemplo, por no haberse trabajado durante él, o por lo que es conocido como 'afiliación simbólica', o por la mora en el pago de la cotización, no se causa la protección que prevé el sistema, entendiéndose que no se le ha trasladado a éste la responsabilidad de la protección allí prevista.

Y si ello es así, como ciertamente en mi criterio lo es, no es dable hacer una 'ficción' de períodos mínimos de cotización con el mero hecho de la afiliación del trabajador al sistema. Es que la afiliación al sistema de seguridad social, en nuestro caso, no es causa suficiente de la protección que en él se prevé, dado que, insisto, frente a todas y cada una de las prestaciones económicas o asistenciales allí contempladas, salvo las que tienen ver con el riesgo profesional que por su propia naturaleza surgen casi ipso facto al momento de la afiliación del trabajador, debe surtirse previamente un período, así sea exiguo, de tiempo de trabajo y de contribución económica. Exigencias que están respaldadas, ya se ha dicho, por su ineludible carácter contributivo y solidario.

Por otro lado, es palmar que la afiliación no puede confundirse con la cotización, pues en tanto aquella, en un sistema de seguridad social contributivo, como se repite es el nuestro, no opera ope legis, sino que constituye una obligación legal de constituir la relación jurídica de la seguridad social la cual puede o no darse en atención a la voluntad de los obligados, con los efectos que en tal caso el legislador prevé; la cotización, desde un punto de vista jurídico, constituye una relación jurídica obligacional que impone a los sujetos que la integran una serie de cargas y responsabilidades que dan nacimiento en el tiempo a derechos como las prestaciones sociales y asistenciales, de suerte que, esas cargas y responsabilidades no pueden ser eludidas so pena de no dar lugar a los derechos que de cumplirse en debida forma podrían dar lugar. Es decir, la cotización, como contrapartida y contribución al sistema de seguridad social, al lado de algunas específicas exigencias legales en cada caso, es la única fuente que puede dar nacimiento al derecho frente al sistema de seguridad social, sin que pueda en manera alguna eludirse, so

pretexto de razones o situaciones atribuibles a un sujeto de la relación jurídica distinto a su original deudor.

3ª) No es válidamente sostenible la afirmación de que la mera afiliación al sistema de seguridad social, a espaldas del cumplimiento efectivo de la obligación de cotización, le traslada a aquél la responsabilidad de protección que en un primer lugar, y en atención a los derechos, deberes, cargas y obligaciones del vínculo laboral, cabe es al empleador.

De aceptarse como ahora se hace por la Sala tal planteamiento, resulta deleznable la exigencia de la cotización al sistema de seguridad social y, en consecuencia, se llega a la inapropiada conclusión de que en el nuestro, con indiferencia del marco normativo trazado desde la regla jurídica constitucional que lo concibe como un servicio público obligatorio (artículo 48 C.P.) a cuyas prestaciones se accede previo cumplimiento de las cotizaciones o el capital necesario para ello (Acto Legislativo 01 de 2005), y de las normas legales y reglamentarias que lo desarrollan como un sistema de seguridad social contributivo, las obligaciones de protección y seguridad patronal de que trata el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo han desaparecido, o por lo menos se han menguado hasta una mínima expresión para mí nada comprensible.

En efecto, hasta ahora no había discusión en que al empleador incumbían unas obligaciones genéricas de protección y seguridad para con el trabajador, y correlativamente a ellas al trabajador se exigían las de obediencia y fidelidad. Obligaciones del primero que en buena parte se tradujeron al entrar a regir el Sistema de Seguridad Social Integral de la Ley 100 de 1993, en las de afiliación y cotización, pero que en modo alguno y a mi manera de ver le liberaron de aquellas, muchísimo menos cuando no cumple el supuesto que permite al sistema subrogarlo en la responsabilidad de protección.

De tal manera que si sigue el argumento que permite liberar al empleador de sus obligaciones de seguridad y protección, por no haberse acreditado en el proceso que se le persiguió a objeto de recaudar forzosamente la cotización, cabe preguntarse en qué quedan entonces las obligaciones recíprocas del trabajador. En otros términos, si el incumplimiento de la obligación de cotización que asiste al empleador no genera en cabeza de éste la responsabilidad de asumir las prestaciones que con ella se pretendían asegurar, sino que se trasladan al ente de seguridad social por no haberlo compelido a su pago, resulta por lo menos gaseoso responder en qué estado quedan las obligaciones de fidelidad y obediencia del trabajador.

Una respuesta que pretenda mantener al trabajador sus obligaciones de obediencia y fidelidad, en tanto libera al empleador de las de protección y seguridad que le competen, desquicia la debida proporcionalidad y armonía que a esta clase de relación jurídica la ley y el mismo sentido común imponen.

4ª) Las acciones de cobro de cotizaciones previstas en nuestro sistema de seguridad social no son las que arbitran al sujeto responsable de la protección al trabajador, para de esa forma poder concluirse que si se ejercen lo es el empleador y si no ocurre ello lo es el administrador, pues la responsabilidad de la protección no recae primeramente sobre la entidad de seguridad social, sino sobre el empleador y en quienes según la ley actúan con él solidariamente.

El empleador responde directamente al trabajador de la obligación de protección. Y sus codeudores solidarios responden de igual manera en diferentes eventos, para los cuales valga citar el del beneficiario de la obra, el subcontratista de trabajo y el mismo sustituto patronal. Y sólo indirectamente a través del ente administrador de seguridad social.

No puede invertirse el orden de responsabilidad con el sólo argumento del ejercicio o no de acciones de cobro de la cotización. De esa suerte puede darse paso a tesis nada queridas en materia de responsabilidad laboral como las que atrás se acaban de enunciar.

Tampoco pude olvidarse que las acciones de cobro a que alude el fallo del cual disiento, parten del incumplimiento del empleador en su relación jurídica con el sistema de seguridad social, luego, entonces, para cuando la acción de cobro se ejercita no se está ante la necesidad de prevenir un perjuicio sino ante la de repararlo. Así, en mi parecer, no es lógico atribuir al sistema de seguridad social la responsabilidad de la protección del trabajador y el consecuente pago o reconocimiento de las prestaciones a las cuales éste tendría derecho, cuando quiera que, por una parte, su directo responsable se encuentra en estado de incumplimiento y, por otra, la acción de cobro tiene un propósito meramente recaudatorio, no resarcitorio ni de reembolso. Seguir ese discurso conduce a liberar al empleador incumplido de la obligación genérica de protección que le corresponde, e imponer una responsabilidad al sistema de seguridad social que de acuerdo a las disposiciones jurídicas sólo surge en cuanto se dan los presupuestos de afiliación y cotización exigidas para cada específico evento por el legislador.

5ª) Bastante dicen las normas constitucionales y legales sobre la previa necesidad de la cotización al sistema de seguridad social para dar lugar a las prestaciones que de allí se desprenden.

Amén de que el artículo 48 de la Constitución Política define que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, en sujeción a los principios de 'eficiencia', 'universalidad' y 'solidaridad', el artículo 365 de la misma obra señala que ese servicio público está sometido al régimen jurídico que fije la ley; y éste régimen, principalmente en la Ley 100 de 1993 y las que le siguieron (verbigracia, leyes 789 de 2002 y 797 de 2003), apunta a la ineludible 'sostenibilidad financiera' y 'viabilidad económica' del sistema, así como al carácter obligatorio y en ese sentido vinculante de las cotizaciones, imponiendo, para citar apenas un ejemplo próximo, la 'independencia' de las obligaciones legales del empleador aportante con el sistema de los 'requerimientos' que al respecto le pudiere hacer la entidad administradora (artículo 17 del Decreto 1406 de 1999), lo cual traduce, inequívocamente, que al empleador incumplido no lo libera de sus obligaciones de seguridad y protección y, por supuesto, del pago de las prestaciones debidas ante la ocurrencia de cualquiera de los riesgos que allí se contemplan, el hecho de no haber sido 'requerido' a efectos de cumplir sus obligaciones legales con el sistema.

En los anteriores términos, sumados a los expresados por la Corte en múltiples fallos para sostener el criterio que ahora se modifica, y para no hacer más extenuante este escrito, dejo consignado mi salvamento de voto a la decisión comentada”.

Fecha ut supra,

ISAURA VARGAS DIAZ



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

