



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral



LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

Magistrado Ponente

SL14636-2016

Radicación n.º 51144

Acta 31

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES “COLPENSIONES”**, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín el 28 de octubre de 2010, en el proceso que le promovió **NÉSTOR ENRIQUE SALGADO CARMONA**.

I. ANTECEDENTES

Ante el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Medellín, Néstor Enrique Salgado Carmona demandó al Instituto de Seguros Sociales, para que previos los trámites de un proceso ordinario, fuera condenado a reconocerle la pensión de vejez con las mesadas atrasadas y los intereses moratorios o la indexación.

Fundamentó sus pretensiones en que sumando el tiempo de servicios para entidades estatales, y el tiempo de servicios con cotizaciones al ISS como trabajador dependiente completó más de 1000 semanas de cotización y como nació el 18 de julio de 1935, reunió los requisitos para acceder a la pensión de vejez, prestación que le fue negada por el ISS por medio de las Resoluciones 13633 de 2001, 07841 de 2002 y 07757 de 2005 en razón a que no logró demostrar el vínculo laboral privado entre el 17 de agosto de 1993 y el 30 de enero de 2000.

El ISS se opuso a las pretensiones y admitió que le negó al actor la pensión suplicada por haber sido afiliado al sistema de manera irregular. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación e imposibilidad de condena en costas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Fue proferida el 30 de noviembre de 2009, y con ella el Juzgado Octavo Laboral de Descongestión de Medellín, a más de declarar probada parcialmente la excepción de prescripción desde el 15 de marzo de 2003 hacia atrás, decidió:

*PRIMERO. Se **CONDENA** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES,... a reconocer y pagar al señor la pensión de vejez desde el día 15 de marzo de 2003.*

*SEGUNDO. Se **CONDENA** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES,... a pagar el retroactivo de la pensión de invalidez, calculado por este despacho en TREINTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y UN PESOS M.L. (\$38.648.581).*

*TERCERO. SE **ORDENA** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES,... a reconocer los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 15 de marzo de 2003 de acuerdo a la exigibilidad de cada una de las mesadas que a partir de dicha fecha se causen, a la tasa máxima de interés moratorio vigente al momento en que se efectuó el pago.*

*CUARTO. SE **ORDENA** al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES,... a pagar al señor NESTOR ENRIQUE SALGADO CARMONA a partir del mes de noviembre de 2009, la suma de \$496.900, por concepto de pensión de vejez, la cual se deberá incrementar anualmente de la forma establecida en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.*

III. SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Por apelación de ambas partes el proceso subió al Tribunal Superior de Medellín, corporación que mediante la sentencia recurrida en casación, confirmó el fallo del *a-quo*, modificando los numerales segundo y tercero así:

*SEGUNDO. **CONDENAR** al Instituto de Seguros Sociales a pagar el retroactivo de la pensión de vejez al señor Néstor Enrique Salgado Carmona desde el 18 de mayo de 2002 hasta el 30 de septiembre de 2010, calculado en la suma de cuarenta y nueve millones quinientos setenta y seis mil ochocientos seis pesos (\$49.576.806), a partir del mes de octubre del corriente año la entidad demandada deberá continuar reconociendo y pagando al actor, la pensión de vejez en cada una de las mesadas ordinarias y extraordinarias en un monto igual al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.*

*TERCERO. **CONDENAR** al Instituto de Seguros Sociales a reconocer los intereses moratorios de que trata el artículo 141*

de la Ley 100 de 1993, desde el 18 de mayo de 2002 de acuerdo a la exigibilidad de cada una de las mesadas que a partir de dicha fecha se causen, a la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.

Al referirse al recurso propuesto por la entidad de seguridad social, el Tribunal concluyó que no se presentaba afiliación fraudulenta del señor Salgado y que estaba debidamente probado que él prestó sus servicios personales como empleado de María del Carmen Salgado, razón por la cual, las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en pensiones gozaban de plena validez y debían ser tenidas en cuenta para efectos del reconocimiento de la pensión; agregó que las semanas pagadas extemporáneamente tenían que ser tenidas en cuenta para efectos del cumplimiento del requisito legal para adquirir la pensión, porque el ISS contaba con los mecanismos para recaudar los respectivos intereses moratorios y no le era permitido realizar las imputaciones del pago en la forma en que lo hizo.

Para llegar a esa precisión argumentó:

En lo que respecta a las semanas de cotización sin acreditación del vínculo laboral, la Sala encuentra como hecho a destacar, que el señor Néstor Enrique Salgado Carmona, cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte hasta el 29 de enero de 2000, fecha en la que contaba con más de 60 años de edad, por lo que cumplió los requisitos para pensionarse en vigencia de la Ley 100 de 1993, antes de las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003, -norma que permitió que se realizaran cotizaciones por parte de terceros a favor de afiliados sin relación laboral-, por lo que, para la fecha en que se estructuraron los requisitos para acceder a la prestación se encontraba vigente el Decreto 2665 de 1988, el cual en su artículo 20 preceptuaba que sería motivo de cancelación las afiliaciones realizadas por las personas que no tuviesen

derecho, como sería el caso de las personas que se afiliaran como dependientes sin que mediara una relación laboral.

Por lo tanto, si bien se estableció como causal de cancelación de la afiliación, el no contar con contrato laboral para los que estuviesen inscritos como trabajadores dependientes, la norma no señaló textualmente como consecuencia, que no pudiesen ser tenidas en cuenta semanas que se hubiesen realizado, para el reconocimiento de las prestaciones económicas, aportes que a juicio de esta Colegiatura gozan de plena validez, debido a que la entidad administradora del sistema de seguridad social en pensiones, no se encontraba facultada para aplicar una sanción que no se encuentre expresamente determinada y en segundo lugar, no existe una diferencia entre las prestaciones económicas que reconoce el sistema por afiliaciones de trabajadores dependientes, con personas independientes, por lo que no puede señalarse que la afiliación en este sentido constituya una actividad fraudulenta que faculte la anulación de esas semanas de aportes.

Además de lo anterior, dentro de los testimonios aportados al proceso se demostró que si existió un vínculo laboral entre la señora María del Carmen Salgado con el demandante, debido a que si bien existía parentesco entre empleador y empleado, el actor prestó sus servicios de carácter personal en el establecimiento de comercio "Torti Cream", como administrador, establecimiento que es de propiedad de la señora María del Carmen Salgado quien le pagaba salario y aportes a la seguridad social situación que fue ratificada con las declaraciones del señor Julio César Rendón Varela (Fls. 70-71), la señora María Luisa Macía de Zapata (Fl. 71), y el señor Gabriel Obdulio Arango Palacio (Fl. 72).

De otro lado, el Tribunal, para confirmar la sentencia por encontrar que el actor acreditó los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión, es decir, tener 60 años de edad y haber cotizado 1000 semanas al sistema pensional, dijo:

Para demostrar la cantidad de semanas de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, se adujo copia de la Resolución No. 13633 del 30 de octubre de 2001, expedida por el ISS donde se establece que el actor cuenta con 737 semanas laboradas al sector público, comprendido entre el 19 de enero de 1955 al 16 de diciembre de 1955, en el

Ministerio de Defensa, y entre el 22 de marzo de 1957 hasta el 13 de mayo de 1970, al Municipio de Medellín.

De igual forma, con la demanda se trajo copia de la historia laboral del actor, documento que no fue objetado por el ISS y goza de plena validez probatoria del cual se extrae que el señor Néstor Enrique Salgado, cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte entre el 17 de agosto de 1993 al 31 de diciembre de 1994 un total de 71.71 semanas, y entre el 1º de enero de 1995 al 30 de enero del año 2000, un total de 233 semanas, que suman 305 semanas de aportes al ISS, las cuales sumadas a las 737 semanas de servicios al sector público arrojan un total de 1042, las cuales le otorgan derecho a beneficiarse de la pensión de vejez.

Finalmente, afirmó que: «En lo que respecta a la procedencia de los intereses moratorios, la parte recurrente sustentó la apelación señalando que los mismos no resultan procedentes, al no haberse demostrado los requisitos necesarios para acceder a la pensión de vejez, dejando de lado por esta particular circunstancia, la sustentación que es propia en el recurso de alzada, y como quiera que conjuntamente con la condena principal se impuso el reconocimiento de intereses moratorios, debió cumplir con esta carga procesal, y como pasa por alto esta delicada misión, la Sala se abstiene de pronunciarse sobre el tema...».

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

En la demanda con la que sustenta el recurso pretende que se case la sentencia y que en sede de

instancia se revoque el fallo de primer grado, y en su lugar se le absuelva.

Subsidiariamente, para el caso que no prospere el alcance principal, solicita se case la sentencia y en sede de instancia se revoque el fallo de primer grado y se condene al ISS a pagar la pensión de vejez en forma provisional y hasta tanto sean declaradas incobrables las cotizaciones en mora, absolviéndolo de los intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Propuso cuatro cargos que no fueron replicados y serán resueltos a continuación, en el orden propuesto.

VI. PRIMER CARGO

Acusa la sentencia por interpretación errónea de los artículos 13 y 33 de la Ley 100 de 1993 y aplicación indebida del artículo 141 de la misma Ley.

En la demostración del cargo, transcribe el literal f del artículo 13 y el párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para sostener que:

En Colombia continúan en vigor las normas sobre interpretación de la Ley establecidas desde el siglo antepasado en el Código Civil, conforme a las cuales “cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”, pues sólo es procedente recurrir a la “intención o espíritu” cuando sea necesario “interpretar una expresión oscura de la ley”, conforme textualmente está dicho en su artículo 27.

Otra de las reglas legales para la interpretación por vía de doctrina es la establecida en el artículo 28 del Código civil; precepto legal vigente que le ordena al intérprete entender la ley “en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras”, salvo cuando el legislador haya definido expresamente esas palabras “para ciertas materias”, pues en este caso debe dárseles “su significado legal”.

La simple interpretación gramatical obliga en este caso a tomar en consideración que la conjunción “o” es primordialmente disyuntiva por cuanto al enlazar oraciones o palabras normalmente expresa que “uno de los elementos unidos es, en nuestro pensamiento, el que ha de alcanzar eficacia”, para decirlo siguiendo al respecto las sabias enseñanzas impartidas por un experto gramático como don Manuel Seco, quien en su obra Diccionario de dudas de la Lengua Española así lo explica; y en razón de ser una conjunción disyuntiva “es imposible admitir la existencia de dos (elementos unidos) a la vez”.

...

Dado que la función gramatical de la conjunción “o” es la de separar y desunir, pues se trata de una conjunción disyuntiva y no de una disyunción copulativa, debe concluirse que para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez a las personas cuya situación pensional quedó regulada por el literal f) del artículo 13 y el párrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 se les debe tener en cuenta la suma de las semanas cotizadas “al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado” con anterioridad a la fecha en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993 y también se les debe tener en cuenta para estos mismos efectos “el tiempo de servicios como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio”, pero debe tenérseles en cuenta lo uno o lo otro. Lo que si no se ajusta al tenor literal de los susodichos preceptos legales es una interpretación que desconociendo groseramente el sentido natural y obvio de las palabras y más exactamente del oficio que en el castellano o lengua española cumple una conjunción que plantea una alternativa entre dos cosas por las cuales hay que optar, sin que sea posible admitir la existencia de las dos cosas entre las que se debe escoger, haya permitido concluir que se aviene a la ley acumular a las semanas cotizadas el tiempo de servicio.

El más autorizado de los diccionarios del idioma español – que sin la menor discusión es el diccionario de la Lengua Española- define la palabra disyuntiva como un sustantivo femenino cuyo sentido es el de “alternativa entre dos cosas por una de las cuales hay que optar” y la palabra disyunción la define como “acción y efectos de separar o desunir”.

VII. CONSIDERACIONES

Parte la inconformidad de la recurrente de un único aspecto que está relacionado con la aplicación de los artículos 13 y 33 de la Ley 100 de 1993 para conceder el derecho pensional, por considerar que fueron interpretados erróneamente.

En relación con la interpretación de estas normas, es necesario traer a colación la parte del texto que se considera erróneamente interpretada, que básicamente es la primera norma pues en uno u otro sentido que se la interprete, surge como consecuencia, que se cumplan o no los requisitos de la otra para conceder o negar la prestación pensional solicitada.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sobre las características del sistema pensional, indica en su literal f:

f. Para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes, se tendrán en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el tiempo de servicio. (Subrayas de la Sala).

En principio puede considerarse que le asiste la razón al recurrente en cuanto indicar que la «o» subrayada fuera del texto y que aparece en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 puede tomarse como una disyunción o lo que es lo mismo como una conjunción disyuntiva cuya función gramatical induce a escoger entre un elemento y otro, es

decir, entre la suma de las semanas cotizadas antes de la presente ley al ISS o a una caja de cualquiera de los sectores, público o privado, «o» el tiempo de servicios como servidor público. Lo anterior no significa exclusividad o exclusión porque, perfectamente, existe en relación con esa conjunción la posibilidad de que sean las dos y que la función que cumple la misma sea la de separación, es decir, que deben tenerse en cuenta tanto la suma de semanas cotizadas antes de la presente ley al ISS o a una caja de cualquiera de los sectores público o privado y el tiempo de servicios como servidor público.

Por si sola, esta conjunción del artículo 13 *ibidem* trae problemas en su interpretación pero entraña un sentido natural de acumulación, tal como se demuestra en el texto de la otra norma transcrita, es decir, el artículo 33 de la misma ley, norma que además es posterior. El tema queda aún más claro si nos adentramos en la exposición de motivos del proyecto que luego se convirtió en la Ley 100 de 1993 que contiene el sistema integral de seguridad social que finalmente busca blindar el servicio prestado por un trabajador antes o después de la vigencia de la norma, frente a la eventualidad de quedar desprotegido por el sistema pensional para que le sirva para adquirir ese derecho.

En el artículo 33 no están separados por una conjunción disyuntiva los literales a) y b) que tratan, el uno del número de semanas cotizadas a cualquiera de los dos regímenes del sistema y el otro del tiempo de servicios como

servidor público remunerado, dándole entonces sentido al contenido del artículo 13 ya citado en la dirección de sumar o adicionar semanas y tiempo de servicio sin que se pueda entender que se están duplicando porque sucedieron en tiempos diferentes.

Si lo anterior no fuera suficiente para concluir que el Tribunal no hizo una interpretación errada de las normas, basta con leer esa exposición de motivos, para sacar la misma conclusión. Allí se lee lo siguiente: *«Los actuales afiliados al sistema vigente, y quienes lo hayan sido con anterioridad, tendrán un reconocimiento de sus aportes o tiempo servido, en forma de un bono pensional».*

En relación con esos bonos pensionales que nacieron también para proteger a quienes, antes de la Ley 100 de 1993 habían laborado en ambos sectores, público y privado, agregó: *«Tendrán derecho al bono: 1. Los afiliados que hubieren efectuado cotizaciones al ISS o a las cajas y fondos de previsión del sector público; 2. Los que hubieren prestado servicios como servidores públicos; ...».*

Este último tema ya ha sido decidido por la Sala concluyendo que para efectos de adquirir la pensión de vejez a la luz del artículo 33 de la citada Ley 100, se pueden acumular tiempos en la forma en que lo ordenó el Tribunal, concluyéndose entonces que no hubo error del Juez colegiado en la decisión atacada. En decisión de la Sala con radicado 43767 de octubre 16 de 2012 que cita otros anteriores, donde fueron acusadas como erróneamente

interpretadas las mismas normas, aunque para un tema diferente, cual es la acumulación de tiempos en el régimen de transición, se dijo:

Ahora bien, es innegable que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 sí previó la posibilidad de tener en cuenta las semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; el tiempo de servicio como servidores públicos remunerados o el servicio a empleadores que tienen a su cargo el reconocimiento y pago de su pensión; y el número de semanas cotizadas a cajas del sector privado que tuvieron a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión.

Sobre el otro aspecto traído por el recurrente en el cargo, vale decir, la aplicación indebida del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ninguna demostración realizó el recurrente en contra de lo que expresó el Tribunal al respecto. Además, en el último cargo la Sala hará pronunciamiento sobre el tema.

VIII. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia por aplicación indebida de los artículos 13, 33 y 141 de la Ley 100 de 1993 y por infracción directa de los artículos 12 del Decreto 2665 de 1988, 17 y 22 de la Ley 100 de 1993 y 1, 2, 3, 4, 7, 11, 12 y 39 del Decreto 1406 de 1999.

En la demostración del cargo, comenzó por indicar que los únicos criterios que deben inspirar a los jueces en los litigios en que se debaten derechos de la seguridad social como régimen contributivo, son los principios consagrados en la Constitución y en la ley, tales como la eficiencia, la universalidad, la solidaridad, la integralidad, la unidad, la

participación y la sostenibilidad financiera y que la sentencia de casación con radicado 25996, aunque hizo referencia al régimen de ahorro individual y a una pensión de sobrevivientes, también es aplicable al régimen de prima media y a la pensión de vejez; en ella, dijo, la Corte dejó claramente establecido que el empleador debía asumir la pensión cuando ha pagado tardíamente las cotizaciones pues, de lo contrario, se dejaría sin sanción a quien incumplió su pago.

De otro lado, en relación con la violación directa, por no aplicación, de los artículos 17 literal d y 22 de la ley 100 de 1993 y 1, 2, 3, 4, 7, 11, 12 y 39 del Decreto 1406 de 1999, expresó que de haberlos aplicado, el Tribunal habría concluido que el empleador es el único responsable por el pago de la totalidad de los aportes obligatorios al sistema de seguridad social y que de ninguna de estas normas se desprende que las administradoras, que son simplemente eso, tengan que responder por los riesgos amparados por el sistema, entre los cuales está el de vejez, cuando el empleador incumple sus obligaciones.

Con relación al Artículo 12 del Decreto 2665 de 1988, sobre el cual también se queja el recurrente de que no fue aplicado, norma de la que dice, según la Sentencia de la Sala con radicación 34270 de 2008, se encuentra vigente por expresa disposición del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, expresó que el mismo establece claramente:

...que durante el período en mora en el pago de los aportes, y con la sola salvedad de las prestaciones que ya se hayan causado, el Instituto de Seguros Sociales “queda relevado de la obligación 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 hubiera otorgado si no hubiera existido la mora”.

Finalmente, expresó, que por no haber mora en el pago de las mesadas pensionales porque el ISS no estaba obligado a pagarle la pensión de vejez al señor Salgado «...se impone concluir que fue aplicado indebidamente el artículo 141 de dicha ley al haberlo condenado a pagar intereses de mora».

IX. CONSIDERACIONES

La queja del recurrente tiene un doble objetivo pues primero busca demostrar que cuando el empleador no paga a nombre de su trabajador, las cotizaciones al sistema pensional, es él quien asuma los riesgos generados del sistema, en este caso los correspondientes a la pensión de vejez que se discute y que la mora en el pago de las cotizaciones o de los aportes, igualmente, traslada el riesgo al empleador.

En relación con ese tema el Tribunal simplemente mencionó que según la historia laboral aportada por el ISS había unas semanas sin pagos sin pronunciarse a fondo sobre ello pero si se refirió con extensión a otras semanas que habían sido pagadas extemporáneamente. El Ad quem se limitó a expresar que los períodos pagados

extemporáneamente, es decir, que estuvieron en mora, no podían ser excluidos del total de semanas cotizadas para efectos del cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

En relación con la extemporaneidad, no es cierto lo que indica la recurrente pues es criterio actual y reiterado de la Sala que la extemporaneidad en el pago de los aportes para los trabajadores dependientes, cuya obligación es del empleador, no traslada el riesgo.

En ese orden, debe advertirse desde ya que la razón está del lado del Tribunal, pues el criterio de la Corte, según el cual correspondía a los empleadores morosos en el pago de los aportes, el reconocimiento y pago de las prestaciones causadas, fue variado por esta Corporación en la sentencia de casación del 22 de julio de 2008, radicación 34720, cuyas orientaciones fueron reiteradas posteriormente, y en la que así razonó la Sala:

Las administradoras de pensiones tanto públicas como privadas son elemento estructural del sistema de seguridad social; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones, hoy tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público de la Seguridad Social bajo su “dirección, coordinación y control”, y autoriza su prestación a través de “entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”.

“Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, bajo el entendido de que toda su actividad ha de estar ordenada a cumplir con la finalidad de prestar el servicio público de la seguridad social.

“Ciertamente las administradoras de pensiones como prestadoras del servicio público de pensiones, su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.

“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 el 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 2º y 5º 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 Cobranzas previsto en el Decreto 2665 de 1988, debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se dé 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.

“De esta manera se rectifica una larga tradición jurisprudencial, de no atribuirle responsabilidad a las administradoras de pensiones en el caso de mora del empleador en el pago de cotizaciones a la seguridad social”.

Por consiguiente, partiendo del hecho fáctico admitido, que no puede ser discutido por la vía escogida por el recurrente, que el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no acreditó haber adelantado las gestiones de cobro para recaudar los aportes en mora de la empleadora, la carga prestacional reclamada está a su cargo.

Así entonces, no se equivocó el sentenciador de segundo grado cuando decidió que las semanas laboradas por el señor Salgado, pagadas de forma extemporánea, debían ser tenidas en cuenta como tiempos cotizados para efectos de completar los requisitos para acceder a la pensión de vejez deprecada.

No puede argüirse que la mora en el pago o aun el no pago de la cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema, so pena de negar a quien no es el obligado, el trabajador, la cobertura pensional siendo que él cumplió con su única obligación, la de causar las cotizaciones, dejando en manos del empleador deducírselas, recaudarlas y enviarlas a la administradora, la que cuenta con los mecanismos suficientes para recuperarlas en caso de que no lleguen a sus arcas e, incluso, cobrar intereses moratorios. Sería tan simple como que las administradoras de pensiones no se preocuparan por la mora del pago de las cotizaciones para evadir la responsabilidad en el pago de las prestaciones económicas del sistema dejando entonces desprotegido al trabajador.

Por esas simples razones no prospera el cargo

X. TERCER CARGO

Acusa la violación del mismo grupo normativo propuesto en el primer cargo pero por la vía indirecta por aplicación indebida.

Expresa que el tribunal incurrió en los siguientes errores de hecho que aparecen de manifiesto en los autos:

a). No haber dado por probado, estándolo, que por haber nacido Néstor Enrique Salgado Cardona el 18 de julio de 1935, tenía cumplidos más de 58 años de edad cuando entró en vigencia el sistema de seguridad social integral en materia de pensiones;

b). No haber dado por probado, estándolo, que por haber trabajado Néstor Enrique Salgado Cardona para el Ministerio de Defensa desde el 19 de enero hasta el 16 de diciembre de 1955 y para el Municipio de Medellín desde el 22 de marzo de 1957 hasta el 13 de junio de 1970, su situación pensional quedó regulada por el régimen de pensiones anterior a la Ley 100 de 1993;

c). No haber dado por probado, estándolo, que por haber cumplido más de 58 años de edad cuando entró en vigencia el sistema de seguridad social integral en materia de pensiones, la pensión de vejez que le correspondería a Néstor Enrique Salgado Cardona sería la establecida en el régimen en el cual estuvo afiliado antes de la Ley 100 de 1993; y,

d). Haber dado por probado, sin estarlo, que “se encuentra plenamente establecido que el señor Néstor Enrique Salgado cuenta con 1042 semanas de cotización a los riesgos de invalidez, vejez y muerte” (Folio 156 vto).

Asegura que el Tribunal incurrió en estos errores porque apreció equivocadamente la confesión judicial espontánea contenida en la demanda inicial (Fls. 2 a 6), las

Resoluciones 13633 de 2001 y 7757 de 2005 (Fls. 11 al 17), la partida de bautismo (Fl. 21), la copia de la historia laboral del actor (Fl. 155), la contestación de la demanda y los testimonios de Julio César Rendón Varela, María Luisa Macías de Zapata y Gabriel Obdulio Arango Palacio (Fls. 70 al 72) y no apreció el memorial suscrito por Néstor Salgado Carmona por medio del cual interpuso los recursos correspondientes contra la Resolución 13633 (Fls. 18 a 20) y la confesión judicial provocada al demandante en el interrogatorio de parte que absolvió (Fl. 73).

En la demostración del cargo analizó cada uno de los elementos de prueba denunciados como no apreciados o como apreciados erróneamente.

A la demanda inicial le atribuye el carácter de confesión judicial en relación con el tiempo laborado por el demandante para el sector público, en el Ministerio de Defensa y en el Municipio de Medellín y el tiempo de cotización para el sistema pensional de prima media al cual se afilió el 17 de agosto de 1993 y cotizó hasta el 30 de enero de 2000. Igual deducción saca de la historia laboral presentada con la demanda inicial en la que consta que el 17 de agosto de 1993, la hermana del actor, lo afilió a los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

Considera que se trata de una confesión judicial espontánea porque fue hecha por la abogada, facultada para ello en forma expresa, porque versa sobre hechos que producen consecuencias jurídicas adversas al demandante y favorecen a su contraparte y porque pueden ser probados

fácilmente mediante cualquier medio probatorio. Indica que el Juez colegiado ha debido entonces absolver al ISS de la pensión demandada.

Sobre las Resoluciones emitidas por el ISS expresó que por tratarse de documentos que se presumen auténticos y cuyo contenido es indivisible, mediante ellos se prueba que al actor no le pagaban salario ni le consignaban cesantías, que la hermana del Señor Salgado, su empleadora, no lo afilió a una caja de compensación ni pagó los aportes parafiscales por su trabajador, que éste no cumplía horario de trabajo ni tenía ánimo de permanencia, es decir, que las cotizaciones efectuadas no cumplen con los requisitos del Decreto 2665 de 1998.

En relación con la partida de bautismo del Señor Néstor Enrique Salgado Carmona, dijo que, a más de probar que cumplió 60 años el 18 de julio de 2005, como lo dijo el Tribunal; forzosamente se debe concluir de su contenido que, cuando entró en vigencia el sistema general de pensiones creado por la Ley 100 de 1993, el señor Salgado tenía más de 58 años, es decir, su situación pensional estaba gobernada por el régimen anterior al cual se encontraba afiliado, no por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y, por tanto, debió absolverse al ISS.

Se refirió también a la contestación de la demanda en cuanto que en ella se admitieron algunos hechos que dejaron así de ser objeto del debate judicial. Ellos son la afiliación al actor al ISS el 17 de agosto de 1993, el servicio

prestado para el sector público por el señor Salgado entre 1957 y 1970, su fecha de nacimiento, 18 de julio de 1935 de la que se deduce que cumplió 60 años de edad el mismo día de 1995 y que para la fecha en que entró en vigencia el sistema pensional, tenía más de 58 años y se encontraba afiliado al sistema pensional anterior, es decir, lo que se podía hacer era aplicarle el Acuerdo 049 de 1990 y por consiguiente, absolver al ISS porque el actor no reunió las 1000 semanas de cotización en cualquier época o las 500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad.

Posteriormente, dentro del material probatorio calificado para demandar en casación, se refirió al interrogatorio de parte practicado al actor y al memorial suscrito por este en que, dijo, existe confesión en cuanto que el contrato de trabajo que pregonó, existía entre él y su hermana, fue ficticio al igual que la consecuente afiliación al sistema pensional del ISS.

Finalmente se refirió a la prueba testimonial, de la cual expresó, podía ser analizada por haberse demostrado, con prueba hábil, los errores del Tribunal en su decisión. En relación con los testimonios dijo que, en ningún momento demostraban la existencia del contrato de trabajo entre el señor Salgado y su hermana.

XI. CONSIDERACIONES

En este caso, los tres primeros errores están encaminados a demostrar que al señor Salgado no se le aplica la Ley 100 de 1993 sino la normatividad anterior por encontrarse demostrados los requisitos de ley, y el cuarto pretende que el Tribunal erró al considerar la existencia de una relación subordinada de tipo laboral entre el señor Salgado y su hermana prestándole el servicio para un establecimiento de comercio de su propiedad y como consecuencia haber tenido en cuenta las semanas cotizadas como trabajador dependiente sin serlo.

Frente al primer tema es claro que el ISS, aunque siempre negó el derecho pensional al señor Salgado nunca lo hizo porque no tuviera derecho a la aplicación de las normas contenidas en la Ley 100, bien el artículo 36 que remite al régimen de transición, ora al artículo 33 que contempla los requisitos generales para pensionarse en el régimen general de prima media con prestación definida. Siempre negó el acceso a la prestación basándose en que había una afiliación fraudulenta porque en realidad no había existido relación laboral entre el trabajador y su hermana.

No obstante, la Sala analizará los medios probatorios denunciados como no apreciados o como mal apreciados para concluir que el Tribunal no erró en su apreciación cuando consideró que al señor Salgado se le aplicaba el régimen general de pensiones de que trata la Ley 100 de 1993 y no el régimen anterior.

En relación con el tiempo servido a entidades del sector Público por parte de Néstor Enrique Salgado Carmona, con la fecha de afiliación al sistema de seguridad social y con su fecha de nacimiento, el Tribunal no dejó de apreciar ni apreció erradamente la confesión espontánea del apoderado judicial ni el texto de la demanda ni el de la respuesta entregada por el ISS ni la partida de bautismo. No pudo hacerlo por cuanto, precisamente, basó la decisión de concederle la pensión al actor en ese material enunciado, del que dedujo que había reunido los requisitos del Artículo 33 de la Ley 100 de 1993, vale decir, tenía más de 60 años de edad y había cotizado o servido por más de 1000 semanas. Conclusiones que también se deducen del texto de la Resolución que negó inicialmente la prestación pensional. De esos documentos, bien porque los mencionó expresamente o porque los aceptó tácitamente, se puede llegar a las conclusiones que se acaban de mencionar para decir que el *ad quem* los tuvo en cuenta al momento de decidir. El Tribunal dijo al respecto:

Para demostrar la cantidad de semanas de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, se adujo copia de la Resolución No. 13633 del 30 de octubre de 2001, expedida por el ISS donde se establece que el actor cuenta con 737 semanas laboradas al sector público, comprendido entre el 19 de enero de 1955 al 16 de diciembre de 1955, en el Ministerio de Defensa, y entre el 22 de marzo de 1957 hasta el 13 de mayo de 1970 al Municipio de Medellín.

De igual forma, con la demanda se trajo copia de la historia laboral del actor (folio 22 a 24), documento que no fue objetado por el ISS y goza de plena validez probatoria del cual se extrae que el señor Néstor Enrique Salgado, cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte entre el 17 de agosto de 1993 al 31 de diciembre de 1994.

(...)

Así las cosas, se encuentra plenamente establecido que el señor Néstor Enrique Salgado cuenta con 1042 semanas de cotización a los riesgos de invalidez vejez y muerte, las cuales le otorgan derecho a disfrutar de la pensión de vejez, debiéndose en consecuencia confirmar la sentencia que se revisa enalzada frente al particular.

Tampoco puede deducirse de la fecha de la afiliación al ISS, 17 de agosto de 1993, un error, porque aunque en esa fecha no hubiera empezado a regir para el señor Salgado la Ley 100 de 1993, no tenía cumplido el requisito de la edad y tenía la posibilidad de escoger a cual sistema acogerse.

Ahora bien, si lo que quería el recurrente era decir que el Tribunal se equivocó al aplicar al señor Salgado el Régimen General de pensiones porque él era sujeto de la normatividad anterior, debió enrutar su ataque por la vía directa y no por la que lo hizo.

En cuanto al otro tema, al mencionado en el cuarto error enlistado, es decir, que el señor Salgado no cotizó 1042 semanas al ISS para pensiones, el material probatorio acusado se reduce a las Resoluciones emanadas del ISS por medio de las cuales se le negó la prestación pensional, a los testimonios de Julio César Rendón Varela, María Luisa Macías de Zapata y Gabriel Obdulio Arango Palacio, que se acusaron como mal apreciadas y al memorial suscrito por el demandante por medio del cual interpuso los recursos contra la decisión que se acaba de mencionar y la confesión judicial provocada en el interrogatorio de parte, acusadas por su falta de apreciación. La Sala se referirá a cada uno

de estos medios de prueba para concluir que el cargo no prospera.

Sobre la supuesta confesión judicial provocada, a folios 73 del expediente aparece la declaración del señor Salgado sobre la cual se queja la recurrente por su falta de apreciación. Esta se limitó a dos preguntas: *«Díganos en qué fondo de cesantías estaba afiliado y cotizaba por parte de la razón social “Torti Cream” CONTESTÓ. No recuerdo. PREGUNTA 2. Díganos si la razón social en el año 92 “Torti Cream”, lo tenía afiliado a entidades parafiscales como el SENA, Comfama. CONTESTÓ. No.»*

El recurrente quiere ver allí una confesión del declarante en el sentido que no hubo relación laboral con su hermana por medio del establecimiento de comercio denominado *«torti cream»* pero lo único que se puede concluir de allí es que en una relación que duró varios años, en el año 1992 no estuvo afiliado a una caja de compensación familiar ni al Sena. Si bien es cierto, esa es una obligación de todo empleador para con sus trabajadores, el hecho que no exista esa vinculación al sistema de parafiscalidad, no solo no indica necesariamente la no existencia de la una relación laboral, sino que además la relación para 1992 no existía pues sus extremos temporales estuvieron enmarcados entre los años 1993 y 2000.

Finalmente, en relación con los testimonios, de ellos no puede deducirse la fuerza probatoria que pretende el recurrente. Simplemente no son prueba calificada en la

casación del trabajo, por la restricción de que trata el artículo 7º de la Ley 16 de 1969, porque no son fuente de posibles errores de hecho en la casación del trabajo, salvo que se demuestre el error protuberante con pruebas idóneas para el recurso extraordinario.

XII. CUARTO CARGO

Al igual que en los cargos anteriores, se queja de que la sentencia interpretó erróneamente los artículos 13 y 33 de la Ley 100 de 1993 y aplicó indebidamente el artículo 141 de la misma.

En la demostración del cargo se refiere al alcance subsidiario que le dio a la impugnación remitiéndose a lo dicho en la sentencia CSJ SL, 19 de mayo de 2009, Rad. 35777:

La sala de Casación Laboral no casó la sentencia aduciendo que la entidad no había formulado “un alcance se la impugnación subsidiaria, para que la condena al pago de la pensión de vejez hubiera sido imputa en forma provisional”. Por tal razón aquí he formulado un alcance de la impugnación subsidiario, en el cual pido que sea casado el fallo del tribunal y, en instancia, si no se encuentran razones para revocar la sentencia condenatoria del juzgado, deberá entonces esa sala reemplazar el fallo de primer grado con una sentencia en la que la condena a pagar la pensión de sobrevivientes se imponga en forma provisional y hasta tanto sean declaradas incobrables las cotizaciones en mora.

...

Según la sentencia del 19 de mayo de 2009, hasta tanto no se haya declarado incobrable una deuda, 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 cuando se trate de la pensión de vejez “las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente, hasta tanto no haya declaración sobre su existencia”.

Cambiando lo que haya que cambiar, la precisión respecto de los alcances de la jurisprudencia “sobre las consecuencias (sic) de la falta de diligencia de los administradores de pensiones en el cobro de cotizaciones” debe tomarse en cuenta como un criterio jurisprudencial plenamente aplicable en casos semejantes, pues, al igual que en ese caso ocurrió, en este proceso el Instituto de Seguros Sociales fue condenado a pagar una pensión de vejez, no obstante la mora del respectivo empleador en pagar las cotizaciones correspondientes, ya que para esta sala resulta procedente y cabe aplicar analógicamente la figura prevista en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994 si la prestación reclamada es la pensión de vejez.

Terminó diciendo en relación con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, que:

...la aplicación indebida resulta de la circunstancia de estar concebida dicha norma para los casos en los que el empleador ha cumplido con su obligación de pagar las cotizaciones obligatorias correspondiente al régimen de prima media con prestación definida, tanto los aportes que a él corresponden como los que debe descontar al trabajador a su servicio en el momento de pagarle el salario; razón por la cual en los casos de mora, o de absoluto incumplimiento en el pago de los aportes que deban efectuarse obligatoriamente, es improcedente la condena prevista en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, para así no afectar el equilibrio financiero del sistema y no menoscabar el patrimonio autónomo destinado exclusivamente al pago de las pensiones de vejez y la capitalización de reservas.

XIII. CONSIDERACIONES

Dado que la senda escogida para el ataque es la directa, no es objeto de discusión que el señor Salgado tiene derecho a su pensión de vejez debido a que reunió los requisitos de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 para pensionarse, es decir, tener 60 años de edad y haber cotizado al menos 1000 semanas al sistema, en este caso, 1042; de igual manera, no se debate en el recurso extraordinario que la empleadora del señor Salgado estuvo

en mora de pagar algunas de las semanas cotizadas, así las hubiera cancelado de forma extemporánea pues lo contrario solo se podría demostrar por la vía indirecta.

La queja del recurrente se refiere a que la Sala en la sentencia con radicado 35777 de 2009 fijó los alcances de la jurisprudencia en relación con la vigencia del Decreto 2665 de 1988 que no es otro que el Reglamento General de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos del ISS, al indicar que se encontraba vigente, por aplicación del artículo 31 de la Ley 100 de 1993 en relación con la falta de diligencia de las administradoras de pensiones en el cobro de cotizaciones, por lo que solicitó aplicar de manera analógica el artículo 21 del Decreto 656 de 1994 para que se revocara la sentencia y se concediera pero de manera provisional la pensión hasta tanto se haga la declaración de incobrable de la deuda.

Sobre el particular, en un asunto de similares características al presente, en el que se planteó una argumentación semejante, la Corte, en sentencia SL15167-2015, 4 nov., rad. 44426, cuyas orientaciones han sido reiteradas, así razonó:

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 el alcance subsidiario de la impugnación,

fundamentalmente porque las cotizaciones en mora fueron pagadas por el empleador moroso, junto con los intereses, lo que significa que no es posible que tales cotizaciones sean declaradas como «incobrables.»

En efecto, en este preciso caso no resulta aplicable el criterio jurisprudencial expuesto por la Corte en la sentencia CSJ SL, 19 May 2009, Rad. 35777, traído a colación por la censura, pues 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, de modo que no tiene aplicación el artículo 12 del citado Decreto 2665, ya que los aportes en mora fueron pagados, así haya sido extemporáneamente.

Se sigue de lo anterior, que el cargo en esta parte no prospera.

En cuanto a los intereses moratorios, la Sala recuerda que el Tribunal se abstuvo de pronunciarse sobre el tema, por cuanto no hubo apelación específica en cuanto a la condena impuesta por el a quo por dichos intereses. Sin embargo, nada refutó la censura sobre ese razonamiento del Tribunal, sino que simplemente se limitó a alegar que los aludidos intereses eran procedentes siempre y cuando el empleador ha cumplido con su obligación de pagar las cotizaciones obligatorias al régimen de prima media con prestación definida, mas no como en el caso que acontece en autos, en el las cotizaciones no pagadas deben contabilizarse provisionalmente e igualmente el reconocimiento pensional.

Indica lo dicho, que dejó intacto el verdadero soporte de la sentencia, por lo que tampoco prospera el cargo en esta segunda parte.

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 el Tribunal Superior Medellín el 28 de octubre de 2010, en el proceso que le promovió **NESTOR SALGADO CARMONA** al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES HOY COLPENSIONES**.

Sin costas en el recurso extraordinario.

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

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN
Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

FERNANDO CASTILLO CADENA

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS