



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

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO
Magistrada ponente

SL15718-2015
Radicación n.º 48381
Acta 37

Bogotá, D. C., veinte (20) de octubre de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por **GILBERTO RAFAEL PADILLA CARRILLO** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 27 de mayo de 2010, en el proceso que el recurrente le instauró al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Gilberto Rafael Padilla Carrillo llamó a juicio al I.S.S. a fin de que fuera condenado a pagarle la pensión de vejez a

partir del 1º de septiembre de 2004, fecha en que cumplió los 60 años de edad, junto con las mesadas adicionales e incrementos de ley, retroactivo pensional, indexación, lo que halle demostrado *ultra o extra petita* y las costas del proceso. Subsidiariamente, solicitó la reliquidación de la indemnización sustitutiva.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que nació el 1º de septiembre de 1944, que es beneficiario del régimen de transición previsto en el art. 36 de la L. 100/1993, porque al 1º de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad.

Que no obstante contar con más de 805 semanas, el ISS mediante resolución no. 003447 del 28 de marzo de 2007, le negó la pensión de vejez a la cual tiene derecho conforme al art. 12 del A. 049/1990 aprobado por el D. 758 de ese mismo año, otorgándole a cambio la indemnización sustitutiva en cuantía de \$4.423.721.

Afirmó que el 4 de junio de 2007 agotó la reclamación administrativa, sin que a la fecha hubiese pronunciamiento alguno por parte de la demandada (fls. 2 a 5).

La accionada aceptó los hechos referidos al nacimiento del actor, la solicitud pensional y el otorgamiento de la indemnización sustitutiva, la cual dijo, se le concedió «*por no reunir los requisitos de ley para tener derecho a lo reclamado*». Se opuso a las pretensiones y en su defensa formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del

derecho reclamado, falta de causa para demandar y prescripción (fls. 18 a 20).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante fallo de 2 de octubre de 2009, absolvió a la demandada de la pretensión principal referida al reconocimiento pensional. Accedió a la pretensión subsidiaria de reliquidación de la indemnización sustitutiva, cuya diferencia fijó en cuantía de \$6.835.257, y condenó a la demandada a las costas procesales.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la parte demandante, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en sentencia de 27 de mayo de 2010, revocó la decisión de primer grado y, en su lugar, condenó al ISS a pagarle a Gilberto Rafael Padilla Carrillo, a partir del 1º de septiembre de 2006, la pensión de vejez «*en cuantía no inferior al salario mínimo mensual legal vigente*», las mesadas adicionales debidamente indexadas y la indexación.

Autorizó al demandado a debitar de la condena impuesta, las sumas canceladas por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y le impuso las costas de la alzada.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró que Padilla Carrillo tiene derecho a la pensión de vejez prevista por el art. 12 del A. 049/1990 aprobado por el D. 758 de ese mismo año, pues es beneficiario del régimen de transición y cuenta con un total de 1.408.85 semanas, incluidas las que están en mora por parte del empleador «LIZCANO & GUTIÉRREZ LTDA», y dado que al plenario no se halla acreditado que adelantó «*gestiones orientadas al cobro de las cotizaciones en mora e intereses, ni de otra parte, se ha catalogado la deuda del citado empleador como incobrable*».

Respecto a lo cual, acotó:

(...) estos aportes en deuda deben tenerse en cuenta para efectos de computar la totalidad de semanas cotizadas por el actor, teniendo en cuenta que cumplió con su deber ante el sistema de seguridad social, como es causar la cotización de sus servicios personales al empleador LIZCANO & GUTIERREZ (sic) LTDA, razón por la cual le asiste al recurrente frente al reparo que hace con relación a la mora patronal.

Luego de apoyar su decisión en la sentencia CSJ SL, 22 jun. 2008, rad. 34270, concluyó que el actor tiene derecho a la pensión de vejez a partir del 1º de diciembre de 2006, día siguiente a la última cotización.

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 el recurrente que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, confirme la de primer grado.

En subsidio, procura que se case la sentencia recurrida, para que *«en instancia, revocado el del juzgado 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 tal propósito presenta tres cargos, que no fueron replicados, que la Sala procede a resolver.

VI. CARGO PRIMERO

Está formulado en los siguientes términos:

Para la violación final de las normas sustantivas sirvió de medio la violación del artículo 29 de la Constitución Política, los artículos 25 y 31 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, también aplicados indebidamente, pues dichas normas procesales regulan formas propias del juicio que debieron haber sido observadas para juzgar al Instituto de Seguros Sociales, en acatamiento del mandato constitucional de garantizar el derecho al debido proceso judicial.

Expresa que dicha violación se dio a causa de haber incurrido en los siguientes errores de hecho:

- a) No haber dado por probado, estándolo, que lo aducido en la demanda inicial para que sirviera de fundamento a las pretensiones de Gilberto Rafael Padilla Carrillo fue el hecho de haber cotizado al Instituto de Seguros Sociales “...durante*

muchos años por los conceptos de invalidez, vejez y muerte I.V.M. (Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida), un monto superior a las 805 semanas al sistema general de pensiones” (fl. 2);

- b) no haber dado por probado, estándolo, que en la contestación de la demanda el Instituto de Seguros Sociales adujo como razón de defensa el no haber sido pagadas un mínimo de 500 semanas de cotización en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida;*
- c) no haber dado por probado, estándolo, que Gilberto Rafael padilla Carrillo reclamó la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y declaró su imposibilidad de seguir cotizando en el seguro de invalidez, vejez y muerte;*
- d) no haber dado por probado, estándolo, que en el escrito con el cual se sustentó la apelación no se controvertió la consideración que sirvió de fundamento a la decisión absolutoria del juzgado, según la cual del total de 805 semanas cotizadas únicamente fueron pagadas 360 semanas dentro de “los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad”(folio 118); y*
- e) no haber dado por probado, estándolo, que “la mora en que pudo haber incurrido uno de los empleadores del actor al momento de cancelar las cotizaciones en pensión que fueron causadas durante la relación laboral” (folio 143) no es uno de los hechos y omisiones aducidos para que sirvieran de fundamento a la pensión de vejez pretendida por Gilberto Rafael Padilla Carillo.*

Expresa que dicha violación se dio a causa de no haber apreciado correctamente la demanda (fls. 2 a 5); la resolución no. 3447 (fls. 6 a 7); la contestación a la demanda (fls. 18 a 20); el recurso de apelación (fls. 123 a 125) y la documental allegada por la demandada (fl. 144).

En síntesis, en la demostración del cargo manifiesta que el Tribunal apreció equivocadamente las documentales enlistadas, porque si bien es cierto al sustentar la apelación se alegó la mora de uno de los empleadores del demandante, la misma resulta extemporánea dado que no

fue materia de los hechos o de las omisiones aducidas en la demanda para que sirvieran de fundamento a las pretensiones de Gilberto Rafael Padilla Carrillo.

Aduce que en virtud de que el fallo de primer grado acertadamente concluyó que el actor contaba con 805 semanas, de las cuales 360 correspondían a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, la apelación *«sólo resultaba procedente, y es lo que ha debido hacer el abogado que elaboró el escrito [de apelación], controvertir dicha conclusión por haber sido ella el fundamento de la decisión judicial recurrida; pero sin introducir al debate judicial un hecho que no fue oportunamente aducido como causa petendi de lo pretendido por el actor»*; mas como en el escrito de apelación se introdujo un hecho nuevo -mora patronal- y el Tribunal le dio prosperidad, evidente resulta que incurrió en los yerros señalados en el cargo, lo cual acarrea la violación de los arts. 25 y 66A del C.P.L. y S.S., 305 del C.P.C. y 29 de la C.P.

VII. CONSIDERACIONES

Debe resolver la Sala, si erró o no el Tribunal al proferir la condena impugnada, pese a que el actor, en su demanda inicial, no fundamentó sus pedimentos en la mora del empleador.

Al punto es de señalar que de conformidad con los arts. 229 de la C.P. y 2º de la L. 270/1996, es un derecho de los ciudadanos el acceso a la administración de justicia, cuyo fin esencial es lograr que los asociados vean

solucionados efectivamente los conflictos que hayan puesto a consideración de la jurisdicción, labor que deben realizar los jueces conforme al ordenamiento jurídico del cual son conocedores, conforme lo establece el art. 230 de la C.P.

Lo anterior significa que, en procura de materializar el derecho a la justicia, los jueces no se encuentran atados a los argumentos esbozados por las partes sino al tema o materia objeto del litigio, porque conocedores del Derecho, con miras a resolver los asuntos que les sean planteados en la demanda, en su contestación o en el recurso de apelación, deben investigar y aplicar las normas que según su saber y ciencia estimen que regulan el caso *-iura novit curia-* aún con prescindencia de las invocadas por partes.

Pues bien, en ese orden, la demanda que dio inicio al presente asunto (fls. 2 a 5) da cuenta que Padilla Carrillo pretende que se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto por el art. 36 de la L. 100/1993 y, en virtud de ello, a la pensión de vejez prevista en el A. 049/1990 aprobada por el D. 758 de ese mismo año, para cuyo fundamento fáctico aduce que *«durante muchos años»* cotizó *«un monto superior a las 805 semanas»*, que fueron las que tuvo en cuenta el I.S.S. para negarle la pensión y, en su lugar, otorgarle la indemnización sustitutiva.

Por su parte el ISS al oponerse a lo pretendido por el accionante, adujo en la contestación de la demanda que Padilla Carrillo no acreditó los requisitos señalados en la citada norma, porque de *«un total de 805 semanas válidamente*

cotizadas, de las cuales 500 semanas no corresponden a los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida tal como lo consagra la norma antes transcrita».

De modo que del análisis de la esas dos piezas procesales -demanda y contestación-, concluye la Sala que el verdadero punto de disenso entre las partes lo constituye el número de semanas cotizadas, pues mientras que el demandante afirma que tiene acreditadas «más» de 805 semanas cotizadas, el ISS sostiene que las aportadas son únicamente 805.

Sobre la anterior base se trabó la *litis* y se surtió el debate probatorio que concluyó en la primera instancia con sentencia absolutoria, frente a la cual el demandante formuló la alzada (fls. 123 a 125), cuyos fundamentos cimentó en la documental emanada de la Vicepresidencia de Pensiones del I.S.S. (fl. 82), en el que consta que la *«patronal 17013700099 de la razón social LIZCANO Y GUTIÉRREZ, figura en deuda desde 1981/0831 hasta 1993/06/30, por lo tanto este tiempo no se le suma al total de semanas cotizadas para pensión»*, con el fin de señalar que contrario a lo afirmado por el ISS, esas semanas en mora deben contabilizarse a efectos de reconocer la pensión reclamada, porque el trabajador no puede asumir las consecuencias en la omisión de su pago por parte del empleador, máxime que el demandado omitió su deber legal de efectuar las correspondientes acciones de cobro.

Y fue bajo esa perspectiva, conforme a lo reglado en el art. 66A del CPL y SS, que el Tribunal abordó el tema sometido a su consideración a partir del cual concluyó que dada la mora del empleador, aceptada por el ISS, durante el lapso señalado en la citada documental, el demandante sí acreditó la densidad de semanas exigidas en el art. 12 del A. 049/1990 aprobado por el D. 758 de ese mismo año, tal y como lo ha reiterado la jurisprudencia de esta Sala.

En esas condiciones, concluye la Corte, que el *ad quem* no apreció erróneamente el contenido de las citadas piezas procesales y no vulneró la consonancia exigida en las normas que regulan el recurso de alzada.

Por lo expuesto, el cargo no prospera.

VIII. CARGO SEGUNDO

Expresa que el Tribunal aplicó indebidamente el art. 12 del A. 049/1990 aprobado por el D. 758 de la misma anualidad, lo cual condujo a la infracción directa de los arts. 17 y 22 de la L. 100/1993, 39 del D. 1406/1999, que a su vez llevó a la interpretación errónea del art. 24 *ibídem*.

En la demostración del cargo, luego de referirse a los principios que gobiernan el sistema de seguridad social integral, aduce:

Para mí tengo que el Tribunal no sabe del criterio expresado por la Sala de Casación laboral en sentencia de 14 de junio de 2006 [rad. 25996], pues si bien aquí Gilberto Rafael Padilla Carrillo pretende le sea reconocida la pensión de vejez, y no la pensión de sobrevivientes, mutatis mutandis, la jurisprudencia según la cual el empleador debe hacerse cargo de la pensión si no ha pagado las cotizaciones al fondo de pensiones, o si las ha pagado tardíamente, es aplicable en este asunto.

Luego, acude al art. 22 de la L. 100/1993, para señalar que conforme a su mandato, el empleador es el obligado al pago de las cotizaciones al sistema durante la vigencia de la relación laboral, de modo que si no las cancela es también el directamente responsable de cubrir los riesgos propios del sistema.

Así, concluye que no se puede admitir el pago extemporáneo de las cotizaciones, *«que está probado no se efectuaron dentro del lapso de los 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años de edad por parte de Gilberto Rafael Padilla Carrillo»,* porque conforme a la jurisprudencia de esta Sala -CSJ SL, 14 jun. 2006, rad. 25996-, *«se desquiciaría (sic) los presupuestos ontológicos de la contingencia, y por ende la seguridad social colombiana actual».*

IX. CONSIDERACIONES

Frente al tema que plantea la censura, en múltiples ocasiones ha enseñado la Sala, que el artículo 2º de la L. 797/2003 que modificó el 13 de la L. 100/1993, 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 acreditan las cotizaciones exigidas, se podrá acceder a la pensión.

Ello es así, en criterio de la Corte, porque tal y como lo adoctrinó en CSJ SL, 30 sep. 2008, rad. 33476, reiterada entre otras en sentencias 42086 y 44190 de 2012, la cotización se origina «*con la actividad como trabajador, independiente o dependiente*». En otras palabras, los aportes al sistema son consecuencia inmediata de la prestación del servicio en cuyo pago y recaudo, tienen obligación empleadores y administradoras.

No se trata, como lo sugiere la censura, que la Corte avale el reconocimiento y pago de pensiones a cargo, en este caso del Instituto demandado, desconociendo la obligación del empleador de efectuar las cotizaciones, pues a la conclusión que cuestiona el recurrente, ha llegado la Corporación por el ejercicio hermenéutico de las normas que armónicamente integran el sistema e imponen obligaciones a empleadores y administradoras, para garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores, así como para garantizar el equilibrio financiero del sistema en el que insoslayablemente tienen interés estas últimas, no solo para efectivizar su funcionamiento en beneficio propio, sino además y como valor o principio supremo, para garantizar a sus afiliados el pago de las prestaciones a su cargo. Por ello, se impone a las administradoras de pensiones la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su cancelación o de su pago oportuno.

Para el cumplimiento de esa gestión, el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes, desde el momento mismo en que se causa la cotización, para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas y, para el caso específico del I.S.S., la facultad de adelantar un juicio de jurisdicción coactiva.

Es por lo anterior, que esta Sala de la Corte ha reiterado, que concurriendo las obligaciones antedichas en empleadores (pago de aportes) y administradoras (cobro de aportes en mora), su incumplimiento no puede afectar al afiliado, que habiendo cumplido con lo propio, esto es, trabajo y cotización descontada por su empleador, se vea abocado a no percibir el derecho pensional por razones no atribuibles a él.

En este orden de ideas, no se configura la violación de la normativa señalada en la proposición jurídica y, en consecuencia, el cargo no prospera.

X. CARGO TERCERO

Expresa que el Tribunal interpretó erróneamente el art. 12 del A. 049/1990 aprobado por el D. 758 de ese mismo año y los arts. 22 y 24 de la L. 100/1993.

Comienza por transcribir apartes de la sentencia CSJ SL, 19 may. 2009, rad. 35777, para afirmar que la Sala

sostuvo que la consecuencia de la falta de diligencia de las administradoras en el cobro de cotizaciones en mora, consiste en que seguirán gravitando en la contabilidad de las del afiliado, y que cuando se trate de la pensión de vejez *«las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente, hasta tanto no haya declarado sobre su existencia (sic)»*.

Aduce que como el empleador es el exclusivamente responsable del pago de aportes al sistema de pensiones, incluidos los que corresponden al trabajador, con fundamento en la citada sentencia, el reconocimiento de la pensión de vejez cuando existe mora del empleador, *«no puede tener el mismo carácter del que se hace respecto al que el cubrimiento de los aportes fue total»* y que *«a fin de preservar el equilibrio financiero del sistema, debe igualmente acudir de manera analógica a la figura prevista en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, o sea, se debe reconocer de manera provisional la prestación hasta tanto se haga la declaración de ser incobrable la deuda»*.

XI. CONSIDERACIONES

En esencia, lo que la censura pretende es que conforme al alcance subsidiario de la impugnación, la condena al pago de la pensión de vejez se profiera en *«forma provisional y hasta tanto sean declaradas incobrables las cotizaciones en mora»*. Ello, a partir de lo adoctrinado por esta Sala en la Sentencia CSJ SL, 19 may. 2009, rad. 35777, que a su vez remite al D. 2665/1988 y, por analogía, al D. 656/1994.

En criterio de la Sala, no le asiste razón al recurrente por diversas razones.

Una, porque si bien es cierto la Corte en la sentencia referida afirmó que para la pensión de vejez, *«las cotizaciones existentes no pagadas se han de contar provisionalmente, hasta tanto no haya declaración sobre su inexistencia»*, también lo es que en la misma providencia señaló que esa declaración o acreditación de deuda *«incobrable»* y por tanto *inexistente*, quedaba condicionada a una gestión diligente de cobro ante el correspondiente empleador.

En el *sub lite*, indiscutiblemente esa condición no se cumplió porque: así lo admitió la demandada en las instancias, no lo discute en casación dada la orientación del ataque, y porque así lo estableció el Tribunal al señalar que Lizcano y Gutiérrez Ltda. *«tiene una deuda patronal desde 1980/09/01-1993/06/30»*, sin que al plenario obre prueba que acredite que el ISS -en el transcurso de más de tres décadas- adelantara *«gestiones orientadas al cobro de las cotizaciones en mora e intereses, (...)»*, lo cual, por demás, se corrobora con la documental emanada de la misma demandada en la que consta, que el *«patronal 17013700099 de la razón social LIZCANO Y GUTIÉRREZ LTDA, figura en deuda desde 1981/08/31 hasta 1993/06/30»*. (fl. 82).

Otra, porque el derecho pensional que judicialmente se establece tiene carácter definitivo, dado que el *ad quem* dio por probado que Padilla Carrillo cuenta con un total de 1.408.85 semanas, -incluidas las que están en mora por parte del empleador- ya *«que cumplió con su deber ante el sistema de seguridad social, como es causar la cotización con la prestación de sus servicios personales al empleador LIZCANO & GUTIÉRREZ LTDA»*. (fls. 145 a 146). Con otras palabras, la cotización se causa y con ella el

derecho «*en razón de que el afiliado prestó el servicio*», tal y como lo dijera la Sala la sentencia CSL -35211 de 9 de septiembre de 2009.

Lo anterior significa, en síntesis, que dada la negligencia del ISS frente a las acciones de cobro que tenía a su alcance y que el accionante causó su derecho, la demandada ya no tendrá la posibilidad de obtener la declaratoria de deuda «*incobrable*».

En esas condiciones, concluye la Corte, que no incurrió el *ad quem* en los yerros jurídicos que le endilga la censura, toda vez el actor acreditó los requisitos de edad y semanas de cotización exigidas en el A. 049/1990 que lo hacen acreedor de la pensión de vejez deprecada y, por contera, no podrá imponerse el pago de la pensión en forma provisional, conforme a lo solicitado en el alcance subsidiario de la impugnación.

Para finalizar, bien precisa la Sala, que la decisión no discrimina entre empleadores cumplidores del deber ante el sistema de seguridad social y quienes no lo son, porque los primeros siempre tendrá protegido su capital humano y de trabajo, al paso que los segundos, estarán expuestos a acciones de cobro, imposición de sanciones e intereses y, en particulares circunstancias, a acciones judiciales de carácter penal.

Tampoco atenta contra el equilibrio financiero del sistema, porque el deber insoslayable de las administradoras de pensiones, es hacer uso oportuno y diligente de las

herramientas de cobro que les confiere el ordenamiento jurídico para garantizar su viabilidad y hacer efectivos principios propios de la seguridad social.

Como no hubo réplica, sin costas en casación.

XII. 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, el 27 de mayo de 2010, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **GILBERTO RAFAEL PADILLA CARRILLO** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES**.

Sin costas en casación.

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

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidenta de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS