



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4



OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL537-2019

Radicación n.º 65813

Acta 005

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **ROSA HELENA ZULUAGA GIRALDO**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 7 de noviembre de 2013, en el proceso que instauró contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN** hoy **COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Rosa Helena Zuluaga Giraldo llamó a juicio al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez, junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios y la indexación.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 27 de octubre de 1943 y cumplió 55 años en la misma fecha de 1998; que en varias ocasiones le solicitó al seguro social el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por cumplir la edad y las semanas cotizadas; que no obstante reunir los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de vejez que solicitó a la accionada en aplicación del régimen de transición, ésta le fue negada por medio de las Resoluciones 012398 de 1999, 015640 de 2008 y 03244 de 2011. La primera vez porque solo contaba con 634 semanas cotizadas y las otras dos porque en la inicial se le había concedido una indemnización sustitutiva de la prestación pensional, que no recibió para continuar cotizando tal como lo informó a la entidad demandada, mediante escrito del 26 de noviembre de 1999.

Sostuvo que, como contaba con más de 1000 semanas cotizadas y tenía 68 años de edad, le asistía el derecho solicitado, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758, de la misma anualidad, en armonía con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que era beneficiaria del régimen de transición, *«régimen que quedo incólume con la expedición de la sentencia C1056 de 2003»*.

Al dar respuesta a la demanda, la parte accionada se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos, dijo que algunos eran ciertos, pero aseguró que la actora no contaba con el mínimo de semanas requerido para ser beneficiaria de la pensión y que algunos de los hechos contenían una pretensión.

En su defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación de reconocer la pensión de vejez con el régimen de transición, petición de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios, improcedencia de la indexación, prescripción, imposibilidad de condena en costas, buena fe.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Adjunto al Veintiuno Laboral del Circuito de Medellín, mediante sentencia del 26 de noviembre de 2012, absolvió al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, resolvió la apelación propuesta por la demandante y mediante sentencia del 7 de noviembre de 2013, confirmó la decisión proferida por el *a quo*.

El tribunal se refirió a las Resoluciones 012398 de 1999, 015640 de 2008 y 032447 de 2011, por las cuales el

ISS negó la pensión de vejez a la señora Zuluaga Giraldo, al no cumplir con los requisitos exigidos por la ley. Dijo que:

Las inconformidades, planteadas por la actora se resuelven así: es necesario primeramente hacer hincapié sobre la carga de la prueba donde le corresponde a la demandante demostrar los supuestos fácticos en los cuales funda su pretensión y a la demandada los hechos en que finca la excepción. Ahora bien teniendo en cuenta que la actora para el primero de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, toda vez que nació el 27 de octubre de 1943 le es aplicables el Decreto 758 de 1990, como beneficiaria del régimen de transición, en el cual el derecho a la pensión de vejez se causa una vez el afiliado, en este caso, mujer 55 años de edad y contar con un mínimo de 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o que acredite 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo.

De los documentos que obran en el expediente como la historia laboral entre los folios 18 a 20 y 162 a 164, de los informes de cotización facturados, entre folios 65 a 69 y de las autoliquidaciones mensuales de folios 70 a 79, esta sala hizo un análisis detallado y encontró que la demandante en los últimos 20 años, cotizó 279.43 semanas, es decir, entre el 27 de octubre de 1978 y los mismos día y mes de 1998.

Así mismo, sólo logró cotizar 976 semanas en toda su vida laboral lo que permite concluir que no logró colmar el requisito exigidos por la norma citada; en cuanto los periodos que alega la demandante que no fueron tenidos en cuenta para el conteo de semanas, como bien se puede observar en el informe de cotización facturados entre folios 65 a 69; todos estos periodos presentan como novedad la anotación de incobrables los cuales según el decreto 2665 de 1988 artículo 75 fue claro en expresar que:

“no serán tenidas en cuenta como cotizadas ni se acumularán para efectos de las prestaciones propias de los seguros sociales las semanas correspondientes a los periodos 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 ISS será descargada contablemente de la estimación cotizaciones de difícil cobro y de la cotización facturada por cobrar”

Del mismo modo la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 34270 de 22 de julio de 2008 expresó que “de conformidad con el estatuto de cobranzas previsto en el decreto 2665 de 1968 debe tener por válidas transitoriamente las cotizaciones hasta tanto no se dé por calificada de incobrable la deuda por aportes y sean declaradas inexistentes.”

Lo anterior permite concluir que los periodos que aduce la demandante, no pueden ser contabilizados para la sumatoria de semanas, toda vez; que cómo se manifiesta son semanas incobrables así las cosas no hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez ni de las pretensiones subsidiarias dado que con lo probado en el proceso no se colman los requisitos mínimos para el otorgamiento de la pretensión; por lo que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la demandante, concedido por el tribunal y admitido por la corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la sala case la sentencia atacada, para que, en sede de instancia, revoque la proferida por el *a quo* y en su lugar acceda a las pretensiones de la demanda.

Con tal propósito formuló un cargo que fue replicado oportunamente.

VI. CARGO ÚNICO

Acusó la sentencia de violar la ley sustancial, por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea de los siguientes artículos: «73 del Decreto 2665 de 1988, 8 del decreto 1642 de 1995, 12, 22, 24 y 31 de la Ley 100 de 1993, 39 del Decreto 1406 de 1999, 2 del Decreto 2633 de 1994, en

relación con los artículos 31, 39, 40, 50, 141 y 142 Ley 100 de 1993. Artículos 42, 48 y 53 de la Constitución Nacional.»

Para el desarrollo del cargo, transcribió apartes de la sentencia de segunda instancia y dijo que, la discrepancia con el tribunal era estrictamente jurídica y que el cargo era propuesto por el submotivo de interpretación errónea porque la decisión se basó en la aplicación de la jurisprudencia en relación con las normas que gobernaban el caso, es decir, las que consagran la mora en el pago de las cotizaciones y determinan a quién le corresponde el desembolso de la prestación en esos eventos, aun cuando la deuda se reflejara como incobrable. Dijo que:

Las razones que llevan a sostener la tesis de que el responsable del pago de la prestación, cuando hay mora en los aportes, así (sic) la deuda se clasifique como incobrables, es la Administradora de Pensiones, son las siguientes:

1.- Porque el asegurado es un tercero en la relación recaudo cobro y pago de los aportes a la seguridad social, y por ello, no puede resultar perjudicado el beneficiario de la prestación de una mora en la que él no participó, porque no era de su resorte.

2.- Porque las Entidades Administradoras de Pensiones, incluido el Instituto de Seguros Sociales, tienen a su favor todos los mecanismos jurídicos expeditos para hacer efectivo el recaudo de los aportes, en defensa de sus patrimonios y con menoscabo de los derechos de todos los causahabientes, pero guardan total parsimonia para cobrarlos y de paso se benefician de su propia culpa.

3.- Porque resulta inequitativo e injusto que ese tercero en la relación sea quien resulte padeciendo la consecuencias (sic) de la conducta torpe y negligente del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, HOY COLPENSIONES, al no cobrar las respectivas cotizaciones, sabiendo, de antemano, las consecuencias que ello tiene para sus afiliados y de paso descargando el reconocimiento de la pensión de vejez en una EMPRESA que, muy seguramente, no va a tener la solvencia suficiente para correr con tan onerosa carga.

4.- Porque si bien admitir que la mora se traslade solamente al empleador es lógico y jurídico, no lo es menos que la condena debe surtirse contra empleador y administradora, de manera solidaria; contra aquella por no pagar y contra ésta por no ejercitar a tiempo las acciones de cobro respectivas, para que sus afiliados y beneficiarios tengan derecho a las prestaciones que el sistema les garantiza con la connotación de irrenunciables (Art. 48 C. N. Artículos 2, 3, 6 y 10 Ley 100 de 1993).

5.- Inclusive, si la ley permite la consignación de los aportes en mora con sus intereses y la considera válida (siempre que la entidad la reciba y no objete el pago), no se ve razón atendible para que no se entienda cubierta la contingencia es esos precisos eventos, dándole, así, un alcance restringido a las disposiciones que gobiernan lo referente al pago de los aportes y a las consecuencias de su pago tardío (decreto 1161 de 194, artículo 11).

6.- Además, si las pensiones se han de reconocer cuando existe mora y la deuda es cobrable, con mucho mayor razón cuando LA DEUDA ES INCOBRABLE, pues en esos eventos queda más de bulto la omisión en el cobro y la diligencia en gestionar los cobros, al punto que dejaron que la deuda se tornara en incobrable.

7.- Por último, la tesis esbozada es tan agible a la juridicidad que el artículo 2 del decreto 2633 de 1994 expresa que "...vencidos los plazos señalados para efectuar las consignaciones respectivas por parte de los empleadores, la entidad administradora, mediante comunicación dirigida al empleador moroso lo requerirá. Si dentro de los quince (15) días siguientes a dicho requerimiento el empleador no se ha pronunciado, se procederá a elaborar la liquidación, la cual prestará mérito ejecutivo de conformidad con y si la Ley lo establecido en el artículo 24 de la ley 100 de 1993..." permite que esa obligación se ejecute con un título ejecutivo tan simple, Lo pertinente es que también permita que la prestación se le reconozca a los beneficiarios con cargo a La Administradora de Pensiones, dada la potestad y facilidad que la misma ley le otorga al Ente gestor de la Seguridad Social para que no vea burlada su acreencia.

Sostuvo, que era evidente el yerro endilgado al tribunal en la interpretación de las disposiciones acusadas, por cuanto no las interpretó de manera sistemática, y extravió su sentido y alcance. Finalmente transcribió en extenso las consideraciones de la sentencia CSJ SL36683, 3 mar. 2010.

VII. RÉPLICA

Dijo que, el tribunal no podía tener en cuenta las semanas que fueron declaradas como incobrables por el Instituto de Seguros Sociales, por lo tanto, la recurrente no cumplía con los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad para acceder al derecho pensional.

VIII. CONSIDERACIONES

El *ad quem* fundamentó su decisión, en que no procedía el reconocimiento de la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, porque la recurrente no acreditó los requisitos exigidos para su cumplimiento, así mismo sostuvo que las cotizaciones que no fueron tenidas en cuenta, presentaban como novedad la anotación de incobrables, y, por lo tanto, no podían aplicarse a la sumatoria de semanas cotizadas, según lo establecido por el Decreto 2665 de 1988 artículo 75.

La censura radicó su inconformidad en que el *ad quem* no le dio el alcance debido a las normas que gobernaban la mora en el pago de las cotizaciones para determinar a quién le correspondía costear la prestación en esos eventos, aun cuando la deuda hubiera sido catalogada como incobrable.

Dada la vía escogida y la falta de discusión sobre ellos en las instancias, los siguientes supuestos fácticos quedaron incólumes: (i) que la recurrente es beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; (ii) que el régimen anterior aplicable es el consagrado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad; (iii) que ella nació el 27 de octubre de 1943 y cumplió 55 años en la misma fecha de 1998 y, iv) que en su historia laboral se reflejan algunas semanas declaradas como incobrables por la entidad.

El problema que le corresponde dilucidar a la sala consiste en determinar si el *ad quem* cometió el error jurídico de considerar que, el Instituto de Seguros Sociales no tenía la obligación de asumir la responsabilidad del empleador que no pagó las cotizaciones declaradas como deuda incobrable y reconocer una prestación con base en ellas.

Pues bien, para resolver esta controversia, precisa la corte que el tribunal incurrió en el yerro jurídico endilgado, toda vez que esa situación no hacía perder el derecho pensional deprecado, por cuanto no pueden trasladársele al asegurado las consecuencias de la omisión del empleador en el pago de los aportes, sin que la entidad Administradora de Pensiones demostrase que realizó el cobro de lo adeudado en debida forma, es decir, como lo ordena el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Esta corporación ha señalado que, para efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el aportante, a fin de

verificar si se cumplen los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, deben tenerse en cuenta las consignadas oportunamente, así como las que se encuentran en mora o las que se pagaron de manera extemporánea, dada la falta de gestión de cobro por parte de la administradora a la que aquel se encuentre afiliado.

Así pues, el trabajador dependiente cumple con su deber de cotizar, realizando la labor para la que fue contratado, y es al empleador, posterior a la afiliación, a quien, de conformidad con lo señalado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, le corresponde realizar el pago a la administradora pensional y de no hacerlo a término, se generan unos intereses moratorios. Así pues, la norma en comento indica:

ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

Por lo tanto, antes de que la administradora de pensiones traslade las consecuencias del no pago de los aportes al afiliado o sus beneficiarios, debe probar que, previamente cumplieron con su obligación de manera diligente, que no es otra sino las correspondientes acciones de cobro, tal y como lo dispone el artículo 24 *ibídem*. Pues es

responsabilidad de aquellas garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados.

ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.

En ese orden, su labor no consiste en el simple recaudo de los aportes, sino que, como administrador de esos recursos, tiene la obligación legal de vigilancia, a fin de que estos se hagan efectivos aun ejerciendo, de ser necesario, las acciones coercitivas pertinentes. Como lo ha establecido esta corporación en la sentencia CSJ SL4539-2018 rememorando la CSJ SL34270, 22 jul. 2008:

Sobre este punto, la Sala desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270 en la que rectificó su criterio, se ha pronunciado de manera reiterada y pacífica, sosteniendo que el incumplimiento de la administradora de pensiones en su deber legal de cobro al empleador moroso, conduce inexorablemente, a que responda por la prestación reclamada, decisión que se ha rememorado recientemente en la CSJ SL3399-2018, en donde se puntualizó:

Sobre la línea jurisprudencial, garantizadora de los derechos de los trabajadores frente a empleadores morosos con el sistema de seguridad social y administradoras de pensiones negligentes en el recaudo de los aportes, la sentencia SL1363-2018 del 11 de abril de 2018, la rememoró así:

“Para responder al requerimiento de la censura, ésta Sala de Casación ratifica, que desde la sentencia CSJ SL 22, jul, 2008, rad. 34270, varió su jurisprudencia respecto a los efectos de la mora del empleador en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Es por ello que a partir de la referida providencia, la Corte estableció que cuando se presente dicha situación, y esto necesariamente impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la respectiva administradora en el deber legal que tiene del cobro, es a ésta última a la que le incumbe el pago de las mismas, a los afiliados o a sus beneficiarios.

También hizo expresa precisión la Corte, para el caso concreto de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que, si estos han cumplido cabalmente con el deber que les asiste frente a la seguridad social, de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que, antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber específico del cobro.”

Tal criterio doctrinal se ha reiterado por esta Sala de manera invariable, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802; CSJ SL8715-2014; CSJ SL14388-2015; CSJ SL15167-2015; CSJ SL16814-2015; CSJ SL14987-2016; CSJ SL17488-2016; CSJ SL13266-2016; CSJ SL2136-2016; CSJ SL15980-2016; CSJ SL4892-2017; y CSJ SL5166-2017, CSJ SL1624-2018 y CSJ SL3550-2018.

Así las cosas, fue errada la decisión del *ad quem*, al concluir que las semanas que se encontraban en mora, declaradas por la institución como incobrables sin que se acreditara gestión de cobro por parte del Instituto de Seguros Sociales, no podían sumarse con aquellas efectivamente cotizadas, error que haría a la administradora de pensiones, responsable del pago de la pensión de vejez reclamada.

En ese orden de ideas, si no hay una gestión de cobro, o en el *sub examine* no existe prueba de haberla realizado, no puede tenerse en cuenta la declaratoria de “*deuda incobrable*” y, por lo tanto, no surte efectos el artículo 75 del Decreto 2665 de 1988.

Por las razones anteriores, prosperan los cargos y el fallo del tribunal será casado en su integridad.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Ahora bien, efectivamente el *ad quem* incurrió en el error endilgado, pero al estudiar la documental allegada al expediente, esto es, las historias laborales y los reportes de semanas cotizadas obrantes entre folios 18 y 20, 70 y 79 y 162 y 164, así como el informe acerca de los periodos indicados como «incobrables» de folios 65 y 69, la sala encuentra una inconsistencia en las fechas de afiliación del empleador «*PANADERIA EL TRIUNFO*»:

A folio 163, en el reporte de semanas cotizadas, aparece como fecha de ingreso con ese empleador el día 1973/02/01 y a folio 65 se indica como primer período incobrable diciembre de 1971, correspondiente a 5 semanas, así mismo, todo el año 1972 tampoco se tuvo en cuenta, conforme al folio 66 y siguientes.

Así pues, para mejor proveer y en aras de resolver dichas inconsistencias, la corte, en sede de instancia ordenará que, se oficie a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que, en un término no mayor a 10 días hábiles, remita, con destino a este expediente, copia de la historia laboral con un registro detallado de todas las novedades y observaciones existentes.

Así mismo, se ordenará oficiar al empleador «*PANADERIA EL TRIUNFO*» para que indique los extremos temporales de la relación laboral que sostuvo con la señora Rosa Helena Zuluaga Giraldo y precise cuándo la afilió al ISS.

IX. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia dictada el siete (7) de noviembre de dos mil trece (2013) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ROSA HELENA ZULUAGA GIRALDO** contra **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN hoy COLPENSIONES**.

Sin costas en el recurso extraordinario.

Para mejor proveer y en aras de resolver dichas inconsistencias, la corte, en sede de instancia ordenará que, se oficie a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que, en un término no mayor a 10 días hábiles, remita, con destino a este expediente, copia de la historia laboral con un registro detallado de todas las novedades y observaciones existentes.

Así mismo, se ordenará oficiar al empleador «*PANADERIA EL TRIUNFO*» para que indique los extremos temporales de la relación laboral que sostuvo con la señora Rosa Helena Zuluaga Giraldo y precise cuándo la afilió al ISS.

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

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ