



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

**MAGISTRADO PONENTE JORGE MAURICIO BURGOS RUÍZ**

**Referencia: Expediente No. 41023**

Acta No. 18

Bogotá, D.C., catorce (14) de junio de dos mil once (2011).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado judicial del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** contra la sentencia de 27 de marzo de 2009, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario laboral promovido contra la entidad recurrente por **LUZMILA REYES** y al cual fue vinculado **MARCO AURELIO RENGIFO**.

## **I.- ANTECEDENTES.-**

1.- LUZMILA REYES demandó al I.S.S., con el fin de que fuera condenado al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, a partir del 17 de octubre de 1997, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como apoyo de su pedimento indicó en lo que interesa al recurso extraordinario, que es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que se puede pensionar de conformidad con los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de ese año. Cumplió 55 años de edad el 17 de octubre de 1997. El Instituto le negó la prestación mediante Resolución N° 900533 del 2004 por no reunir el número mínimo de semanas, pues su empleador Marco Aurelio Rengifo no pagó los meses de junio de 1996, enero a mayo y junio a diciembre de 1996, enero y marzo a junio de 1997, por lo que fue necesario efectuar imputación de pagos conforme a lo dispuesto en el Decreto 1818 de 1996, reduciendo de esta manera el número de semanas cotizadas. Esas semanas en mora deben ser tenidas en cuenta, porque con ellas alcanza 510,13 en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad suficientes para acceder a la pensión que reclama.

2.- El Instituto admitió los hechos, se opuso a las pretensiones y adujo en su defensa que el empleador Marco Aurelio Rengifo está en mora en el pago de varias cotizaciones y esa circunstancia releva al Instituto del pago de las prestaciones de conformidad con el artículo 12 del Decreto 2665 de 1998. Propuso las excepciones de carencia del derecho e inexistencia de la obligación, y la innominada.

El Juzgado vinculó al proceso al empleador Marco Aurelio Rengifo, quien no contestó la demanda (fl. 153).

3.- Mediante sentencia de 4 de julio de 2007 el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Cali condenó al Instituto al pago de la pensión de vejez deprecada y fijó su monto en \$433.700,00 para el 1° de julio de 2007. Impuso por retroactivo pensional entre el 1° de enero de 2004 (porque la desafiliación del sistema se dio el 31 de diciembre de 2003) y el 30 de junio de 2007, la cantidad de \$19'100.900,00; lo gravó con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Al empleador Marco Aurelio Rengifo lo condenó a *"concurrir a la financiación de la pensión de vejez a que se condena, mediante el pago de los intereses, reembolsos y sanciones en general, dispuestas por el Régimen de Seguridad Social en*

*Pensiones, por la mora, pagos insuficientes, cotizaciones extemporáneas y/o no pago de los aportes al sistema, a favor de su entonces subordinada LUZ MILA REYES, conforme la ley y los reglamentos preestablecidos”.*

## **II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL.-**

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, al conocer en segunda instancia en virtud de la apelación interpuesta por el I.S.S. confirmó el fallo del Juzgado.

En lo que interesa a los efectos de la casación, sostuvo el juzgador *Ad quem* que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que su derecho a la pensión de vejez debe ser dilucidado bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 0758 de ese año, que exige en el caso de las mujeres la edad mínima de 55 años y un mínimo de 500 cotizaciones pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1.000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo.

La Historia Laboral de la actora (fls. 145 y siguientes), muestra que contabiliza un total de 903 semanas cotizadas en toda su vida laboral, de las cuales 511 lo fueron dentro de los últimos 20 años anteriores a la edad mínima, esto es,

entre el 17 de octubre de 1977 y el 17 de octubre de 1997 cuando llegó a los 55 años de edad, *"cumpliendo así el requisito contenido en el literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 que le da derecho a la prestación económica por vejez"*.

Dentro de esas semanas el Juzgador contabilizó 69 semanas entre el 23 de enero de 1996 y el 30 de junio de 1997, no obstante que el empleador Marco A. Rengifo presentó mora de los periodos junio de 1996; enero a mayo y julio a diciembre de 1996; y enero y marzo a junio de 1997, y respecto de las cuales el Instituto efectuó imputación de pagos. Se apoyó el Tribunal en la jurisprudencia de esta Sala de 22 de julio de 2008, rad. N° 34270 y concluyó que *"no se puede trasladar en cabeza de la afiliada la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones al sistema, y por tanto, debe el fondo administrador acarrear con la consecuencia de reconocer dichas cotizaciones"*.

### **III.- RECURSO DE CASACIÓN.-**

Interpuesto por el Instituto, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver previo estudio de la demanda del recurso extraordinario. No hubo réplica.

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

Como alcance subsidiario pide adicionar el fallo del Tribunal en el sentido que *"la condena que se impone al Instituto de los Seguros Sociales de pagar la pensión de vejez es provisional, y queda supeditada a que la Entidad no declare incobrable la deuda que por cotizaciones están a cargo del empleador Marco A. Rengifo; por lo que en sede de instancia, habrá de modificar la sentencia de primera instancia con igual pronunciamiento"*.

Con tal fin formula frente a la pretensión principal un cargo, así:

**CARGO PRIMERO.-** La sentencia viola por interpretación errónea *"los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 100 de 1993, 27, 28, 37 y 38 del Decreto 692 de 1994, y 2° y 5° del Decreto 2633 de 1994, lo que dio lugar a la infracción directa del literal I del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y, consecuentemente, a la aplicación indebida del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como también artículo 29 del Decreto 1818 de 1996"*.

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

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

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

*incumplido y no de la administradora de pensiones, que es la interpretación correcta”.*

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

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

Dice que *"la interpretación errónea del Tribunal que alego, que a la postre es la fijada mayoritariamente por la Corte, para asuntos como el que se trata, no puede ni debe tener aplicación, porque, al aludirse a la imputación de pago por cotizaciones, se está admitiendo que el empleador las*

*pagó, pero como lo hizo por fuera de los plazos fijados por la ley, la administradora de pensiones podía y tenía que proceder conforme a lo que dispone el artículo 29 del Decreto 1818 de 1996, lo que implica a su vez, que al ser la pensión pretendida de una característica tan especial, por el número de cotizaciones y el periodo determinado que se exige para ello, un cobro coactivo o pago voluntario, queda por fuera del fijado por la ley para que pueda surgir el derecho a esa prestación”.*

#### **IV.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-**

Para dar respuesta a los planteamientos del casacionista en este cargo, basta remitirse a lo dicho por la Sala en sentencia de 19 de mayo de 2009, expediente 35777 donde se le resolvió un recuso presentado en términos similares, así:

*“ ... en el sub lite no se trata de reconocer pensiones haciendo caso omiso de las cotizaciones, o concediéndolas sin verificar su existencia; lo que acontece es que lo que subyace en la tesis que se controvierte, es la definición de a partir de cuándo existe la cotización, aspecto que ya ha resuelto la Sala cuando señaló: “La cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en*

*el sector público o privado". (Sentencia de 30 de septiembre de 2008, rad. N° 33476).*

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

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

*Como lo ha enseñado la Sala esta previsión normativa consagra un figura pensional excepcional, 'ella es de aplicación restrictiva y expresa' (sentencia de 8 de noviembre de 2006, radicación 27755), que se concede a condición de cumplir con unos requerimientos también especiales, los de la oportunidad de la causación y pago de las cotizaciones, los que expresamente se exigen deben acaecer respecto del lapso de los veinte años anteriores al*

*cumplimiento de la edad mínima; y que dichas cotizaciones sean efectuadas al ISS y no a las Cajas de Previsión Social (Sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 29396).*

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

*"El sistema de seguridad social es un conjunto normativo que se endereza, en lo que aquí nos concierne, a garantizar la 'sostenibilidad' financiera del sistema, imponiendo a los aportantes contribuciones parafiscales, y a las administradoras su gestión integral, a partir del momento en que se causan las cotizaciones, sobre las cuales deben desplegar especial vigilancia, haciendo los requerimientos previstos en el Decreto 2663 de 1994, y emprendiendo las acciones de cobro, en cuya cabeza las radica la ley, además de otorgarles las herramientas idóneas, como el de revestir a sus certificaciones sobre la deuda por cotizaciones, intereses y multas, del valor de*

*título ejecutivo, y para el I.S.S. de adelantar con él un juicio de jurisdicción coactiva.*

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

Adicionalmente a lo anterior, es claro que los reparos que hace el censor no son de recibo, pues la garantía del pago de las prestaciones periódicas que establece el sistema de seguridad social integral en pensiones no recae sobre los empleadores, sino sobre las entidades privadas o públicas en los términos que señale la ley, como perentoriamente lo establece el inciso cuarto del artículo 48 superior.

Concordante con lo dicho, no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el

pago de algunas cotizaciones, con el patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre él, situación que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opción de pagar, ponerse al día y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad social.

Se debe advertir además, que si bien el modelo de seguridad social que se acogió en la Constitución Política de 1991, fue el de aseguramiento, ello no puede llevar a concluir que las reglas de los seguros comerciales se aplican en la solución de los conflictos de seguridad social derivados del no cumplimiento de las obligaciones patronales de aportar al sistema, pues es patente que el trabajador en estos eventos se encuentra en un grado de inferioridad tal que se le dificulta sobremanera el ejercicio cabal de las acciones destinadas a efectivizar los aportes, ya que la responsabilidad de sus aportes está a cargo del empleador, que resulta ser un tercero delegado por ministerio de la ley para realizar tal gestión en nombre del trabajador, amén de realizar los suyos concomitantemente.

Es más, la carga de pagar una pensión de las que otorga el sistema de seguridad social en pensiones al

empleador que está en mora de realizar los aportes, resulta desde el punto de vista financiero desproporcionada, pues es claro que el monto del capital para financiar una pensión es muy grande frente a unas semanas de mora.

Adicional a esto, el argumento de violación al principio de la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social integral planteada por el censor no es del caso, pues se patentiza en el evento de autos que el número de semanas en las que el empleador estaba en mora eran muy pocas frente a las efectivamente cotizadas, y que el sistema tiene las herramientas jurídicas para realizar el cobro de acuerdo con el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, por lo que el sistema no se podría afectar sustancialmente desde el punto de vista financiero por tal mora.

Por las razones anteriores, no prospera el cargo.

Frente al alcance subsidiario, formula el:

**CARGO SEGUNDO:** La sentencia viola por infracción directa *"los artículos 73 y 75 del Decreto 2665 de 1988, en relación con los artículos 22, 23, 24 de la Ley 100 de 1993, 27, 28, 37 y 38 del Decreto 692 de 1994, 2° y 5° del Decreto 2633 de 1994, y 29 del Decreto 1818 de 1996, lo*

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

En la sustentación esgrime el censor que el Tribunal al confirmar el fallo de primera instancia, reconoció la pensión de vejez a la demandante, no obstante admitir mora en el pago de las cotizaciones por parte del empleador Marco A. Rengifo y, por ende no darle efecto a las imputaciones de pago que hizo el ISS, debió haber condenado al pago de esa prestación de forma provisional, supeditada a que se declarara incobrable esa deuda de conformidad con lo expresado por la Corte Suprema de Justicia en fallo de 19 de mayo de 2009, rad. 35777, y al no proceder así desconoció lo dispuesto en los artículos 73, 75 del Decreto 2665 de 1988 y 21 del Decreto 656 de 1994 y, por consiguiente, incurrió en la aplicación indebida de los preceptos legales relacionados en la proposición jurídica de la acusación.

#### **V.- CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-**

En efecto esta Sala de la Corte en el fallo de 19 de mayo de 2009, rad. 35777, consideró:

*“Las cotizaciones causadas consignadas en la historia de la seguridad social como créditos, se han de contabilizar como cotización, aún sea de manera transitoria, hasta tanto la administradora haga efectivo el*

*cobro, caso en el cual la cotización adquiere su valor definitivo, o hasta que acredite ser incobrable, luego de haber gestionado diligentemente su pago al empleador, caso en el cual, la cotización se declara inexistente.*

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

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

*También se tendrán como deudas incobrables, las siguientes:*

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

*“Se ha de indicar que las normas que regulan el proceso de recaudo contenidas en el Decreto 2665 de 1988 mantienen su vigencia, por la remisión que a ella hace el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, y puesto que si bien se*

*han expedido reglamentos sobre afiliaciones, cotizaciones y aportes, no se ha hecho lo propio en materia de cobranzas.*

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

*ARTICULO 75. EFECTOS DE LA DECLARACION DE INCOBRABLE DE UNA DEUDA. No serán tenidas como cotizadas, ni se acumularán para efectos de las prestaciones propias de los Seguros Sociales, las semanas correspondientes a los períodos de mora y respecto a los cuales los valores se declararon incobrables.*

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

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

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

*El reconocimiento que se hace respecto de quien no se ha efectuado el pago completo de las cotizaciones, no puede tener el mismo carácter del que se hace respecto al que el cubrimiento de los aportes fue total. Por ello se acude para la efectiva realización del equilibrio financiero del sistema, a que ese reconocimiento se haga de manera provisional, invocando de manera analógica la figura prevista en el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, que impone a las administradoras del régimen de ahorro individual dicho reconocimiento provisional, en los eventos de incumplimiento del plazo para pronunciarse respecto de una solicitud de pensión o cuando el afiliado no disponga de*

*la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de las obligaciones de la administradora”.*

No obstante lo anterior, estima la Sala que en el *sub lite* no es dable proceder al reconocimiento provisional de la pensión de la actora, pues no se dan los presupuestos del artículo 73 del Decreto 2665 de 1988 o Estatuto de Cobrazas, para que la deuda se tenga como incobrable, puesto que en este mismo proceso hubo condena al empleador moroso cuando el Juzgado en el numeral 5° del fallo que fue confirmado por el Tribunal, impuso al empleador Marco A. Rengifo: *“concurrir a la financiación de la pensión de vejez a que se condena, mediante el pago de los intereses, reembolsos y sanciones en general, dispuestas por el Régimen de Seguridad Social en Pensiones, por la mora, pagos insuficientes, cotizaciones extemporáneas y/o no pago de los aportes al sistema, a favor de su entonces subordinada LUZ MILA REYES, conforme la ley y los reglamentos preestablecidos”.*

Y de conformidad con el literal c) de la norma en cita la deuda es incobrable *“Por pérdida del proceso donde se pretendían hacer valer”*, lo que se insiste no ocurre en este caso.

Por lo demás, en este proceso las cotizaciones en mora fueron canceladas aunque extemporáneamente (fl. 149),

por lo que se dio el procedimiento de imputación de pagos, estando al parecer pendiente los intereses de mora y las sanciones por pago fuera de término. Pero la circunstancia de que las cotizaciones que se encontraban en mora hubieran sido canceladas, así como la condena fulminada al empleador para cubrir la deuda pendiente, impide que en ese caso se trate de una deuda incobrable y que la prestación sea reconocida en forma provisional, como lo pretende el Instituto recurrente, por lo que no puede predicarse infracción directa de los artículos 73 y 75 del Decreto 2665 de 1988.

Así las cosas, no prospera la acusación.

Sin costas en el recurso extraordinario por no haber sido causadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia de 27 de marzo de 2009, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso promovido por **LUZMILA REYES** contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** y al cual fue vinculado **MARCO AURELIO RENGIFO**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**

**ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN      GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA**

**LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS      CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE**

**FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ      CAMILO TARQUINO GALLEGO**