



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1



DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

Magistrada ponente

SL1329-2019

Radicación n.º 64319

Acta 12

Bogotá, D. C., diez (10) de abril de dos mil diecinueve (2019).

La Corte decide el recurso de casación interpuesto por **ESTHER FARIDE ROJAS DE GIL**, contra la sentencia proferida por la Sala Civil – Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, el 21 de agosto de 2013 en el proceso ordinario laboral que instauró contra el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN hoy COLPENSIONES**.

I. ANTECEDENTES

Esther Faride Rojas de Gil promovió demanda ordinaria laboral para que se declare que es beneficiaria del régimen de transición y que tiene derecho a la pensión de vejez por cumplir los requisitos de edad y número de semanas exigido por el artículo 12 del Decreto 758 de 1990. Como consecuencia, solicitó que se condene a la entidad accionada al reconocimiento y pago de esta prestación pensional a partir del 11 de diciembre de 1994, las mesadas pensionales ordinarias y adicionales, indexación, intereses moratorios a partir de enero de 1995 y las costas procesales.

Como soporte de sus pretensiones manifestó que nació el 11 de diciembre de 1939, que al 1 de abril de 1994 tenía 54 años de edad, fue afiliada al ISS antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 y que prestó sus servicios personales en el Departamento del Cesar por un tiempo total de 10 años, 10 meses y 9 días que equivale a 558,43 semanas. Informó que en el último reporte de semanas cotizadas en pensiones únicamente se registraban 472,86 semanas, pues el demandado había dejado de cobrar 85,57, a pesar de haber sido requerido por la demandante. Finalmente indicó que presentó reclamación administrativa el 16 de enero de 2012 «(folios 12 a 15)», sin que hubiese recibido respuesta.

El Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones por considerar que la accionante no cumplía los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990. En cuanto a los hechos, aceptó la

fecha de nacimiento y edad de la demandante, el tiempo de servicios prestados al Departamento del Cesar, la densidad de cotizaciones registrada en el reporte expedido por el ISS y la reclamación administrativa; los demás hechos los negó.

En su defensa explicó que, aunque la actora acreditaba el requisito de edad, no reunía la densidad de semanas exigidas para obtener el derecho pensional reclamado, pues tan solo cuenta con 472,86 semanas sufragadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima. Por esta razón, no era procedente acceder a las súplicas de la demanda inicial. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación pretendida, carencia del derecho, falta de causa y cobro de lo no debido y prescripción de mesadas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Valledupar, mediante sentencia proferida el 9 de octubre de 2012, absolvió a la demandada, pues negó la pensión de vejez a la actora y en su lugar ordenó consultar la decisión con el superior y condenar en costas a la parte demandante.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Civil - Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, al resolver el recurso de

apelación presentado por la parte actora, mediante sentencia proferida el 21 de agosto del 2013, confirmó la decisión de primera instancia y condenó en costas a la apelante.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal fijó como problema jurídico, determinar si se debía tener en cuenta el tiempo de servicios prestado por la actora en la Gobernación del Cesar, para acceder a la pensión de vejez. Preciso que no existía discusión sobre la condición de beneficiaria del régimen de transición de la demandante, ya que tenía cumplidos más de 35 años de edad al 1 de abril de 1994, pues según su registro civil, nació el 11 de diciembre de 1939.

En ese orden, adujo que, al ser beneficiaria de la transición, su derecho pensional podía ser definido a la luz del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, que establece como requisitos, acreditar *i)* 55 años de edad si es mujer y *ii)* 500 semanas cotizadas en los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas sufragadas en cualquier tiempo.

Afirmó que el primer requisito estaba cumplido ya que nació el 11 de diciembre de 1939 (f.º 6), por lo que al momento de presentar la demanda el 21 de febrero de 2012, tenía más de 70 años de edad. Sin embargo, la segunda exigencia que era el aspecto realmente controvertido, esto es, la densidad de cotizaciones, no estaba cumplido.

Explicó que en el reporte de semanas cotizadas expedido por el ISS visto a folio 8, se certificaba que entre los años 1981 y 1990 la actora cotizó un total de 472,86 semanas por medio de la «*Gobernación Administración*», es decir, menos de las 500 semanas exigidas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Agregó que tampoco cumplía con las 1.000 semanas sufragadas en cualquier tiempo, pues aunque el documento visible a folios 9 y 10, expedido por el ISS permitía comprobar que pertenecía al régimen subsidiario de pensiones y que estuvo afiliada desde noviembre de 1998 hasta diciembre del 2001, también establecen que la demandante no realizó el pago del porcentaje de las cotizaciones que le correspondían, por tanto, los valores del subsidio fueron devueltos al fondo de solidaridad, perdiendo el beneficio de acuerdo con el literal d) del artículo 24 del Decreto 3771 de 2007. Aclaró que, por tratarse de una trabajadora independiente, contrario a lo que se dice en el recurso, la administradora de pensiones no tenía la obligación de realizar el cobro coactivo, pues la demandante es la «*única directa obligada*» a efectuar tales pagos. Respaldó esta consideración en la sentencia CSJ SL 21 feb. 2012 rad. 36648.

Aseguró que para obtener la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, tampoco podía contabilizarse el tiempo de servicio laborado por la actora y certificado por la Gobernación del Cesar en el documento visto a folio 11, tal como lo pretende, porque esta disposición no permite el cómputo de tiempo servido en entidades

públicas con las semanas efectivamente cotizadas al ISS. Aclara que en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, era posible tener en cuenta las semanas cotizadas en los dos regímenes del sistema de pensiones, sin embargo, para ello, el afiliado debe someterse íntegramente a las disposiciones del sistema, sin que pueda acudir a la transición. Esta consideración la apoyó en la sentencia CSJ SL 16 oct. 2012 sin indicar el número de radicación.

Señaló que, teniendo en cuenta lo anterior, no era posible acceder a la pretensión pensional de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 y tampoco en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, pues en virtud de ésta última disposición legal, se debe acreditar un mínimo de 1000 semanas de cotización en cualquier tiempo, y en el caso de la demandante, al sumar el tiempo laborado a favor de la Gobernación del Cesar, según documento de folio 11 y no cotizado al ISS, con las semanas aportadas a esa administradora, tan solo se obtiene un total de 555,13 semanas.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

El recurso fue interpuesto por la demandante, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

La recurrente pretende que la Corte case la sentencia del Colegiado, para que, en sede de instancia, revoque la decisión de primer grado y en su lugar, acceda a las pretensiones de la demanda inicial.

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación, los cuales fueron objeto de réplica. Los tres cargos se estudiarán de manera conjunta, pues, aunque se dirigen por sendas diferentes, lo cierto es que acusan similar elenco normativo, su argumentación se complementa, y en esencia persiguen el mismo fin, esto es, reprochar la falta de cobro coactivo de semanas laboradas por la actora, pero no cotizadas por su empleador.

VI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia, por vía directa, en la modalidad de aplicación indebida del *«artículo 33 de la Ley 100 de 1993, proceder con el que se infringen los artículos 2, 3, 6, 10, 13, 15 y 24 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 9, 13, 14 y 21 del C.S.T y artículos 2, 29, 48, 49, 53 y 241 de la Constitución Política»*.

En la demostración del cargo, sustenta que el Tribunal dio aplicación al artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en el entendido que se había solicitado tener en cuenta tiempos servidos no cotizados al ISS para completar la densidad de aportes para acceder a la pensión de vejez. Sin embargo, contrario a lo concluido por el Tribunal, lo pretendido por la

actora se funda en las acciones de cobro que el ISS ha debido adelantar con ocasión del incumplimiento del único empleador, con quien laboró desde el 15 de noviembre de 1979 hasta el 24 de septiembre de 1990, tiempo equivalente a 10 años, 10 meses y 9 días. Con base en ello, persigue que la diferencia en semanas de cotización, no canceladas por la empleadora, se tengan como válidas para efectos de contabilizar de los aportes requeridos por el literal b) del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, para el caso concreto, 500 semanas entre el 11 de diciembre de 1974 y el 11 de diciembre de 1994.

Indica que en la sentencia de segunda instancia no se verificó que el demandado hubiese ejercido las acciones de cobro tendientes a lograr el recaudo de las cotizaciones adeudadas y correspondientes al periodo que le fue indicado en la reclamación administrativa. Tampoco hay prueba de que se hubiesen adelantado labores de investigación dirigidas a comprobar la veracidad de las peticiones relacionadas con el cobro de aportes en mora. Por tanto, concluye que la norma que debió aplicarse para definir este asunto es el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y no el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

VII. RÉPLICA

El Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, presentó réplica conjunta a los tres cargos, y manifestó que aunque se endilga una serie de equivocaciones al Colegiado,

en la demostración de las acusaciones no se hace referencia a ninguna de ellas. Así, no se explica en qué consistió la aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 ni la infracción directa del artículo 12 del Decreto 758 de 1990, tampoco se expone cómo debió actuar el Tribunal para no incurrir en los errores plantados. Además de esta imprecisión, la censura no ataca con exactitud los pilares de la sentencia de segundo grado, situación que conlleva que la demostración del recurso extraordinario se asimile más a un alegato de instancia.

De otro lado, afirmó que en este caso no se discute que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, sin embargo, no acredita la densidad de cotizaciones requeridas por el Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión allí prevista, dado que no cuenta con 1000 semanas de aportes, y en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, solamente reúne 472.86. También precisa que en virtud del mencionado Acuerdo del ISS, no es dable sumar tiempos prestados en el sector público con cotizaciones a dicha entidad.

VIII. CARGO SEGUNDO

Acusa la sentencia, por vía directa, en la modalidad de infracción directa, de las siguientes normas:

artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en armonía con los artículos 1, 13, 14, 15, 43, 70, 73, 74, 75, 77, 79, 87, 88 y 100 del Decreto 2665 de 1988, artículos 1, 2, y 5 del Decreto 2633 de 1994, artículos 1 y 13 del Decreto 1161 de 1994, artículos 21, 26, 36, párrafo del artículo 41 y artículo 42 Decreto 326 de 1996,

artículos 7, 8, 27 y 32 del Decreto 1818 de 1996, artículo 41 Decreto 1406 1999, artículos 13 y 14 del Decreto 692 de 1994, modificados por el artículo 1º del Decreto 1161 de 1994, con lo cual se infringen directamente los artículos 9, 13, 14 y 21 del C.S.T artículos 2, 3, 6, 10, 13, 15, 24 y 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con los artículos 2, 29, 48, 49, 53 y 241 de la Constitución Política.

En la demostración del cargo, asegura que el Tribunal no tuvo en cuenta que *«el ingreso de un aportante o de un afiliado, tendrá efectos para la entidad administradora que haga parte del sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral e inclusive desde el mismo día en que inicia la relación laboral»*, tal como lo establecen las normas acusadas. Por esta omisión, el Tribunal resolvió el asunto con base en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Agrega que el Colegiado tampoco aplicó los reglamentos de cobro del ISS, normas que detallan las obligaciones sujetas a este proceder, los métodos y procedimientos aplicables, los funcionarios y dependencias encargadas de tal labor, y las consecuencias jurídicas de la omisión de cobrar, *«tal y como puede constatarse en las normas señaladas como infringidas en el cargo»*. Además, afirma que no es cierto que la actora hubiese prestado servicios personales a empleadores públicos y privados, como lo estableció el Tribunal, pues de ello no existe evidencia en el proceso. Tampoco se acreditó que existiese una caja, fondo o entidad de seguridad social diferente al Instituto de Seguros Sociales, a la cual la demandante hubiera realizado aportes, sin que la constancia laboral expedida por la Gobernación del Cesar, *«se constituya en bono o prueba de cotizaciones»* a otra entidad.

Afirma que el Consorcio Prosperar era el encargado de administrar el régimen subsidiado en pensiones, entidad con la cual la actora, no tuvo ningún tipo de vínculo laboral ni le prestó servicios personales, por lo que la recurrente desconoce el motivo por el cual dicha entidad se registra como empleador en el reporte de semanas cotizadas, salvo de que se trate de un error atribuible al ISS. Indica que lo pretendido por la actora no fue que se contabilizara tiempos no cotizados al ISS, sino que se ejercieran las acciones de cobro por el empleador moroso (Gobernación del Cesar) con lo cual alcanzaría el número mínimo de semanas exigidas para el reconocimiento de la pensión en los términos del artículo 12 del Decreto 758 de 1990.

Lo anterior como quiera que el tiempo laborado con la Gobernación del Cesar se enmarca dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima requerida por el literal b) del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, o que le permite acceder a la pensión reclamada, pero el juez de la alzada concluyó que correspondía a un total de «559.13» semanas.

IX. RÉPLICA

Dado que la accionada se opuso de manera conjunta a los tres cargos, la Sala se remite a lo reseñado con antelación.

X. CARGO TERCERO

Acusa la sentencia impugnada, por la vía indirecta, «*en la modalidad de error de hecho*», por infringir los artículos 9, 10, 13, 14, 19 y 21 del CST, en concordancia con «*el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 y del Acuerdo 049 del mismo año*» los artículos 2, 25, 29, 48, 49 y 53 de la Constitución Política, 60 del CPTSS y 174, 177, 187 y 197 del CPC.

Afirma que el Tribunal incurrió en una valoración errada de los documentos allegados a folios 8 a 11 del expediente, y dejó de apreciar la reclamación administrativa visible a folios 12 y 13, los numerales 5 a 10 de los hechos de la demanda inicial, y la contestación de la demandada a los mismos.

Endilga al Colegiado los siguientes errores de hecho:

- A. *La sentencia vilipendiada, NO tiene demostrado, estándolo, que el único empleador a quien la actora prestó servicios personales subordinados fue la Gobernación del Departamento del Cesar.*
- B. *La sentencia rebatida, tiene por demostrado, sin estarlo, que el Consorcio Prosperar fungió como empleador de la actora.*
- C. *La sentencia trasgredida, tiene por demostrado sin estarlo, que la actora pidió que el Instituto de Seguros Sociales, adelantara el cobro coactivo de las cotizaciones en mora, al Consorcio Prosperar.*
- D. *La sentencia aborrecida, no tiene por demostrado, estándolo, que la actora cotizó en forma exclusiva al Instituto de Seguros Sociales.*
- E. *La sentencia cuya legalidad se cuestiona NO tiene por demostrado, estándolo, que la actora le solicitó al Instituto demandado, que ejerciera acciones de cobro ante la Gobernación del Cesar, a fin de obtener el pago de las cotizaciones en mora.*

En la demostración del cargo, asegura que el Colegiado no tuvo en cuenta los numerales 5 a 9 del capítulo de hechos y omisiones de la demanda, los cuales informan lo siguiente:

5. Mi mandante prestó servicios personales en el Departamento del Cesar (folio 11)

6. El tiempo total de servicios fue de 10 años, 10 meses y 9 días (folio 11)

7. El tiempo total de servicios equivale a 558,43 semanas (folio 11)

8. En el último reporte de semanas cotizadas en pensiones únicamente se contabilizan 472,86 semanas (folio 8).

9. El Instituto demandado ha dejado de cobrar 85,57 semanas cotizadas en pensiones pese a haber sido requerido por el accionante folio (12 y 13.)

Al dar respuesta a estos hechos, la demandada aceptó los indicados en los numerales 5 y 6, circunstancia que no observó el Colegiado.

Explica que a folio 8 del expediente se aportó el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por el ISS, en el cual se informa que entre el 1 de septiembre de 1981 y el 23 de septiembre de 1990, la demandante cotizó exclusivamente con el empleador «*Gobernación Administración*», 472,86 semanas. Así mismo, en los folios 9 y 10, se registran cero cotizaciones con el Consorcio Prosperar, quien figura erróneamente como empleador por los periodos de noviembre de 1998 a diciembre de 2001. Estas pruebas fueron valoradas de manera equivocada, pues el Colegiado derivó de ellas que el mencionado Consorcio fungió como empleador de la actora, cuando la única que ostentó tal calidad fue la Gobernación.

Señala que a folio 11 del plenario, se aportó constancia laboral expedida por el Director de Relaciones Laborales de la Gobernación del Cesar, en la que se da cuenta que la actora laboró para dicha entidad en calidad de ecónoma del restaurante escolar de Pailitas, desde el 15 de noviembre de 1979 hasta el 24 de septiembre de 1990.

Además, afirma que en los fundamentos de hecho del documento visto a folio 12 y 13, se indicó:

- 1. Que mi mandante prestó servicios al empleador Gobernación del Cesar de manera ininterrumpida desde el 15 de noviembre de 1979 hasta el 24 de septiembre de 1990.*
- 2. Que mi mandante trabajó para dicho empleador un total de 10 años, 10 meses y 9 días, equivalentes a 558,42 semanas, todas comprendidas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima.*

Y agrega que el numeral 5 de las pretensiones visibles a folio 13 del expediente, tiene el siguiente contenido:

Quinto: Ejercer las acciones para el cobro de los aportes de las semanas comprendidas desde el 15 de noviembre de 1979 hasta el 31 de agosto de 1981, a la Gobernación del Cesar.

Finalmente, indica que la petición de cobro de aportes que realizó la actora ante el ISS, se refiere exclusivamente al único empleador Gobernación del Cesar, por ende, el Tribunal apreció erradamente la solicitud vista a folio 13 del expediente, cuando concluyó que la reclamación de cobro coactivo de cotizaciones en mora se realizó respecto del Consorcio Prosperar. De haberse entendido correctamente el contenido de esta prueba, la decisión hubiese sido diferente.

XI. RÉPLICA

Como se indicó, la parte demandada presentó oposición conjunta a las acusaciones de la recurrente, por tanto, la Sala se remite a lo señalado frente al primer cargo.

XII. CONSIDERACIONES

En la decisión impugnada, el Tribunal consideró que, a pesar de ser beneficiaria del régimen de transición, la demandante no cumplió el requisito de densidad de cotizaciones mínimas exigidas en el régimen pensional anterior, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, pues solamente cuenta con 472.86 semanas.

Aclaró que para definir este requisito no es posible tener en cuenta el tiempo de servicio público no cotizado, certificado por la Gobernación del Cesar, porque el mencionado acuerdo solo permite sumar semanas efectivamente aportadas, y tampoco el tiempo registrado en la historia laboral en el régimen subsidiado a través del Consorcio Prosperar, dado que la actora no efectuó el pago del porcentaje del aporte que le correspondía y por ello, el valor del subsidio fue devuelto al fondo de solidaridad; sin que sea posible iniciar acciones de cobro contra la demandante como trabajadora independiente.

Desde el punto de vista fáctico, la censura discute que el Tribunal no hubiese tenido en cuenta: *a)* que su único

empleador fue la Gobernación del Cesar y no el Consorcio Prosperar, y que, por ende, respecto de éste último no se solicitó adelantar un cobro coactivo y *b)* que la actora solicitó al ISS que adelantara las acciones de cobro respectivas por el tiempo laborado, pero no cotizado por el mencionado ente territorial. Estas circunstancias, aduce, cobran relevancia, pues de haberse tenido en cuenta las semanas de aportes adeudadas, el sentenciador habría accedido a las pretensiones de la demanda inicial.

Así, pasa la Sala a estudiar la procedencia de cada uno de los cuestionamientos formulados.

1.El primer reproche planteado por la censura resulta desenfocado, pues como se indicó, el Colegiado no se refirió al cobro coactivo de aportes respecto del Consorcio Prosperar como empleador, pues no le otorgó esta condición patronal y menos aún señaló que así lo hubiese solicitado la demandante. Solamente precisó que no se habían efectuado los aportes en debida forma y que, por ser trabajadora independiente, no era dable ejercer acciones de cobro contra la accionante.

En ese orden, la censura no observa que su planteamiento coincide con el del Tribunal, en cuanto a que su empleadora fue la Gobernación del Cesar, quien efectuó las respectivas cotizaciones, hechos que se corroboran con el contenido de las piezas procesales y pruebas denunciadas.

Así, es cierto que en los hechos 5 y 6 de la demanda

inicial, la parte actora manifestó:

5. Mi mandante prestó servicios personales en el Departamento del Cesar (folio 11).

6. El tiempo total de servicios fue de 10 años, 10 meses y 9 días (folio 11).

Estos supuestos fueron admitidos por el ISS en la contestación de la demanda, como se advierte a folios 20 a 22, y aunque el Colegiado no se refirió a estas piezas procesales para derivar quien fungió como empleador, lo cierto es que sí dio por acreditado el mencionado tiempo de servicios con la Gobernación del Cesar, al referirse al lapso de labores certificado en documento visto de folio 11, que corresponde a una constancia expedida por el Director de Relaciones Laborales del Departamento del Cesar – Gobernación, en la que se indica que la actora laboró con dicho ente territorial durante 10 años, 10 meses y 9 días, desde el 15 de noviembre de 1979 hasta el 24 de septiembre de 1990.

De igual manera se establece en la historia laboral o reporte de semanas cotizadas en pensiones al ISS vista de folio 8 del expediente, que la demandante cotizó con el empleador «Gobernación» del 1 de septiembre de 1981 al 23 de septiembre de 1990, hecho que así fue establecido por el juez de la alzada, por lo que no existe equivocación en la valoración probatoria efectuada en este punto, incluso, los hechos que alega ahora la censura con base en estas

pruebas, son los mismos que dio por establecidos el Tribunal.

De otro lado, el «*detalle de pagos efectuados a partir de 1995*» que hace parte de la historia laboral expedida por el ISS (f.º 9 y 10), registra que para los ciclos noviembre de 1998 a diciembre de 2001, existió una vinculación de la actora al sistema pensional a través del Consorcio Prosperar, y se señala como observación que el «*valor del subsidio fue devuelto al Estado*», es decir, se colige que se trató de una inscripción por medio del régimen subsidiado en pensiones que estuvo a cargo de dicho Consorcio, pero que finalmente no se hicieron efectivos los aportes por la causal esgrimida por el ISS, esto es, porque el subsidio se retornó a la respectiva entidad. Estos fueron los hechos que el Tribunal derivó de esta prueba, razón por la cual no existe yerro alguno en su apreciación, sin que se hubiese entendido que el mencionado Consorcio Prosperar en verdad fungiera como empleador de la demandante.

Debe precisarse que, como se advirtió en decisión CSJ SL 4689-2018, devoluciones como la advertida por el Tribunal, encuentran justificación en el literal f) del artículo 1º del Decreto 2414 de 1998, que modificó el artículo 9º del Decreto 1858 de 1995, el cual señala:

ARTÍCULO 1º. Modificar el artículo 9o. del Decreto 1858 de 1995, el cual quedará así: Artículo 9º. Pérdida del Subsidio. El afiliado perderá su condición de beneficiario del régimen subsidiado en cualquiera de los siguientes eventos:

[...]

f) Cuando se demuestre que en cualquier tiempo el afiliado se ha beneficiado del subsidio suministrando datos falsos, o que se

encuentra afiliado a un fondo de pensiones voluntarias, o cuando adquiere capacidad económica para pagar la totalidad del aporte. En los eventos previstos en este literal, y sin perjuicio de las demás sanciones a que haya lugar, el beneficiario perderá la totalidad de los recursos aportados por el Fondo de Solidaridad Pensional, durante el tiempo en el cual permaneció afiliado sin el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario del subsidio. Los aportes efectuados por el fondo deberán serle devueltos a la administradora de dicho fondo, junto con los correspondientes rendimientos financieros, dentro de los treinta días siguientes a la pérdida del subsidio. Los aportes efectuados por la persona que perdió el subsidio, le serán devueltos junto con sus rendimientos financieros, como si nunca hubiese cotizado al sistema (Subraya la Sala).

2. En cuanto al segundo cuestionamiento de la recurrente, referido a su discusión y solicitud de cobro coactivo del tiempo laborado, pero no cotizado con la Gobernación del Cesar, la Sala encuentra que, en verdad, en los hechos 7 a 9 de la demanda inicial, la demandante afirmó lo siguiente, refiriéndose a dicho empleador:

7. El tiempo total de servicios equivale a 558,43 semanas (folio 11)

8. En el último reporte de semanas cotizadas en pensiones únicamente se contabilizan 472,86 semanas (folio 8).

9. El Instituto demandado ha dejado de cobrar 85,57 semanas cotizadas en pensiones pese a haber sido requerido por el accionante folio (12 y 13.)

Es decir, cuestionó la existencia de semanas de cotización adeudadas por la referida entidad territorial.

Este hecho también se deriva del documento de folio 12 y 13 del expediente, que corresponde a una petición presentada por la actora a través de apoderado judicial, ante el Jefe del Departamento de Pensiones del ISS – seccional Santander. Allí solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez e intereses moratorios, y en el numeral 5º de las

pretensiones, reclamó a la entidad, adelantar las acciones de cobro a la Gobernación del Cesar, por los aportes correspondientes al periodo del 15 de noviembre de 1979 al 31 de agosto de 1981 (f.º 13). Como sustento de reclamo afirmó que laboró para esa entidad desde el 15 de noviembre de 1979 hasta el 24 de septiembre de 1990, esto es, un total de 558.42 semanas, sin embargo, el reporte de cotizaciones del ISS solo registra 472.86 semanas, «*quedando pendiente por cancelar 85,56 semanas*» (f.º 12).

Aunque esta prueba no cuenta con sello u otra constancia de recibido por parte de su destinatario, y que solo se adjunta como soporte de ello una constancia de entrega de «*documentos*» emitida por la empresa de correo (f.º 14 y 15), lo cierto es que, al contestar la demanda, el ISS admitió que en verdad le fue presentada dicha reclamación administrativa visible a folios 12 a 15.

Así las cosas, en estricto sentido, el hecho que informa esta reclamación, no fue tenido en cuenta por el Tribunal, pues en relación con el tiempo de servicios públicos prestados a la Gobernación del Cesar, al que se refiere la accionante en esta prueba, se limitó a señalar que no lo podía contabilizar para efectos de determinar la densidad de cotizaciones exigida por el Acuerdo 049 de 1990, porque el régimen allí previsto no lo permitía, dado que únicamente admite sumar semanas efectivamente aportadas. Sin embargo, no tuvo en cuenta que la accionante solicitó que el periodo del 15 de noviembre de 1979 al 31 de agosto de 1981, laborado con el referido ente territorial, que en su sentir

corresponde a 85.56 semanas, debía incluirse como cotizaciones en mora del empleador, de ahí que solicitara su cobro coactivo.

Siendo ello así, la Sala encuentra acreditada la omisión endilgada por la censura al Colegiado, empero, ello no constituye un error protuberante y ostensible que conlleve la casación de la decisión impugnada. Lo anterior, como quiera que de las pruebas denunciadas, y en especial, la constancia laboral (f.º 11) y la historia laboral (f.º 8), se evidencia que el reclamo de cobro coactivo formulado por la actora, lo es respecto de tiempo servido por el cual no existió afiliación al sistema pensional, por tanto, no es dable predicar mora del empleador por dicho lapso, y por ende, tampoco exigirle a la administradora demandada que adelantara las respectivas gestiones de cobro e incluyera dicho periodo en la densidad de cotizaciones para efectos de acceder a la pensión de vejez.

En efecto, a folio 11 del expediente, el director de Relaciones Laborales del Departamento del Cesar – Gobernación, certifica que Faride Rojas de Gil, prestó sus servicios a la referida entidad en calidad de Ecónoma del Restaurante Escolar de Pailitas, dependiente de la Secretaría de Educación, desde el 15 de noviembre de 1979 hasta el 24 de septiembre de 1990, para un total de 10 años, 10 meses y 9 días.

Sin embargo, en la historia laboral o reporte de cotizaciones emitido por el ISS (f.º 8), se registra que, durante su vida laboral, la actora solamente estuvo vinculada al

sistema pensional desde el 1 de septiembre de 1981 hasta el 23 de septiembre de 1990, lapso en el que cotizó 472.86 semanas con este empleador, sin que se dé cuenta de una afiliación o inscripción al régimen pensional administrado por el ISS, en fecha anterior. De hecho, la fecha de afiliación allí registrada «01/11/1998» resulta inconsistente con el momento en que se inició el pago de aportes (1 de septiembre de 1981).

En todo caso, este reporte de cotizaciones no permite evidenciar que el empleador de la demandante hubiese efectuado la afiliación al sistema pensional a partir de la fecha en que, certifica, inició la relación laboral, sino solamente a partir del 1 de septiembre de 1981. Por esta razón, el tiempo reclamado por la actora, del 15 de noviembre de 1979 al 31 de agosto de 1981, no corresponde a un lapso en que exista mora en el pago de aportes, sino omisión en la afiliación oportuna por parte del empleador, lo cual no puede ser imputable al ISS, pues no tenía manera de efectuar el cobro de aportes por tiempos en que no existió la inscripción respectiva.

Por esta razón, el reproche jurídico de la censura, referido a la aplicación de las consecuencias sobre mora patronal en el pago de aportes respecto de la entidad administradora de pensiones, esto es, contabilizar el tiempo adeudado por el empleador por no haber ejercido las acciones de cobro, es una consideración errada, esto es, creer que existió mora y no falta de afiliación, ya que cuando se presenta esta última, no es dable exigirle al ISS que realice

las gestiones de cobro coactivo.

En este caso, quedó establecido que el empleador solamente efectuó la afiliación de la actora al sistema de pensiones el 1 de septiembre de 1981, pues la historia laboral no da cuenta de una vinculación anterior por parte de la Gobernación del Cesar, por tanto, el ISS no tenía facultad de reclamar el pago de aportes por tiempos anteriores, cuando el empleador no había cumplido su deber de inscripción de su trabajadora y por ende desconocía su pertenencia al sistema pensional. Debe recordarse que es el hecho de la afiliación el que genera el deber de pagar cotizaciones, tal como lo expuso esta Corporación en sentencia CSJ SL 9 de sep. 2009, rad. 35211, reiterada en las sentencias CSJ SL16086-2015 y CSJ SL4521-2018, al precisar lo siguiente:

Claro que la afiliación y la cotización, si bien hacen parte de la relación jurídica de seguridad social y, por consiguiente, con estrechas vinculaciones y recíprocas influencias, son conceptos jurídicos distintos, que no es dable confundirlos, y que están llamados a producir secuelas totalmente diferentes en el mundo del derecho.

La afiliación es la puerta de acceso al sistema de seguridad social y constituye la fuente de los derechos y obligaciones que ofrece o impone aquél.

De tal suerte que la pertenencia al sistema de seguridad social está determinada por la afiliación y en ésta encuentran venero todos los derechos y obligaciones, consagrados a favor y a cargo de los afiliados y de las administradoras o entes gestores.

Nadie puede predicar pertenencia al sistema de seguridad social, mientras no medie su afiliación; y ningún derecho o ninguna obligación de los previstos en dicho sistema se causa a su cargo sin la afiliación.

La cotización, por su parte, es una de las obligaciones que emanan de la pertenencia al sistema de seguridad social, que, como ya se explicó, deriva, justamente, de la afiliación.

Mientras que la afiliación ofrece una pertenencia permanente al sistema, ganada merced a una primera inscripción, la cotización es una obligación eventual que nace bajo un determinado supuesto, como lo es la ejecución de una actividad en el mundo del trabajo o el despliegue de una actividad económica.

A partir de esa distinción, brota espontánea una conclusión: la afiliación al sistema de seguridad social, en ningún caso, se pierde o se suspende porque se dejen de causar cotizaciones o éstas no se cubran efectivamente.

Así surge de lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, que al regular la permanencia de la afiliación, dispone: “La afiliación al sistema general de pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado. Dicha afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones”.

Conviene resaltar que los beneficios o prestaciones que ofrece el sistema reclaman la afiliación al mismo, desde luego, que ella establece la pertenencia a éste, y, además, comporta la generación de la obligación de pago de las cotizaciones. Es decir, afiliación y cotización determinan el acceso a las prestaciones o a los beneficios. (subraya la Sala)

Así las cosas, solamente desde la afiliación del trabajador al sistema pensional se genera la obligación patronal de pagar las respectivas cotizaciones, y por tanto, solo desde ese momento es dable exigirle a la administradora que vigile el cumplimiento de tal deber y ejerza las acciones de cobro, de ser necesario, antes no.

Siendo ello así, se equivoca la recurrente al endilgarle responsabilidad al ISS por el no cobro coactivo de las cotizaciones correspondientes al periodo laborado del 15 de noviembre de 1979 al 31 de agosto de 1981, dado que estaba imposibilitada para ejercer tal gestión en razón a que la actora no estaba inscrita para dicho lapso al régimen

pensional que administra la demandada.

Finalmente, se debe precisar que la Sala no desconoce que la obligación de afiliación al sistema general de pensiones surge desde el momento mismo en que inicia el contrato de trabajo en el sector particular o la vinculación como servidor público, en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, tal como lo alega la censura en la segunda acusación. Sin embargo, el cumplimiento de este deber no recae en entidades administradoras de pensiones como la demandada, cuya responsabilidad es la que se debate en este proceso, sino en el empleador, quien debe realizar la respectiva inscripción, para que se generen los derechos y deberes de las entidades que conforman el sistema general de pensiones.

Por las anteriores razones, los cargos no prosperan y la sentencia se mantiene incólume.

Las costas en el recurso extraordinario estarán a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de cuatro millones de pesos (\$4.000.000), que se incluirá en la liquidación que se practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

XIII. 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 dictada el 21 de agosto de 2013 por la Sala Civil –

Familia - Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **ESTHER FARIDE ROJAS DE GIL** en contra del **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** hoy **COLPENSIONES**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

ERNESTO FORERO VARGAS