



República de Colombia  
**Corte Suprema de Justicia**

Sala de Casación Laboral  
Sala de Descongestión N.º 1



**DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA**

**Magistrada ponente**

**SL234-2020**

**Radicación n.º 65104**

**Acta 03**

Bogotá, D. C., cinco (5) de febrero de dos mil veinte (2020).

La Corte decide los recursos de casación interpuestos por **ING ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** hoy **PROTECCIÓN S.A.** y la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**, contra la sentencia proferida por el Tribunal Regional de Descongestión con sede en el Distrito Judicial de Santa Marta, el 30 de abril de 2013, en el proceso ordinario laboral que instauró **VIMAR SÁNCHEZ DÍAZ** contra la recurrente, trámite dentro del cual fue llamada en garantía la compañía inicialmente mencionada.

## I. ANTECEDENTES

Vimar Sánchez Díaz llamó a juicio a ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A, con el fin de que se declare que tiene derecho a la pensión de invalidez y, en consecuencia, se reconozca el retroactivo pensional a partir del 18 de julio de 2008, la indemnización de perjuicios, la sanción moratoria, la indexación, lo que resulte *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones en que estuvo afiliado como cotizante al sistema general de pensiones a través de ING pensiones y cesantías desde septiembre de 1994 hasta noviembre de 2010; que fue diagnosticado con «*astrocitoma difuso variante protoplasmática grado II suprafrontal*», por lo cual Seguros Bolívar S.A. emitió un dictamen de pérdida de capacidad laboral del 66.14%, con fecha de estructuración de 18 de julio de 2008, el cual impugnó.

Indicó que la Junta Regional de Calificación de Invalidez a través de dictamen No. 163110 del 26 de agosto de 2010, determinó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 68.14%; que reclamó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pero la demandada la negó, con fundamento en que no cumplía con las 50 semanas exigidas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez ni el requisito de fidelidad.

Explicó que en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez estuvo afiliado al

sistema de pensiones a través de la administradora demandada y al sistema de salud como cotizante dependiente y que su empleador era el señor Francisco Ricaurte Herrera Fuentes; que en dicho interregno se presentaron unos «*vacíos laborales*» por mora del empleador.

Sostuvo respecto de la fidelidad al sistema, que la Corte Constitucional declaró la inexequibilidad del mismo por resultar regresivo, por lo cual, únicamente puede exigirse una cotización de 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez (f.º 1 a 5).

Al dar respuesta a la demanda, ING Pensiones y Cesantías se opuso a las pretensiones de la demanda porque carecían de fundamento legal, contractual y reglamentario.

Frente a los hechos, únicamente aceptó la impugnación del dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por Seguros Bolívar S.A., así como que la decisión emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena; frente a los demás dijo no ser ciertos.

En su defensa adujo que el actor no cumplió el requisito de tener 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez ni el requisito de fidelidad. Para sustentar lo anterior, sostuvo que en sus archivos existía una novedad de retiro de la empresa Trilladora la Unión Francisco Ricaurte Herrera Fuente desde el 28 de febrero de 1996 y que la declaratoria de inexequibilidad del requisito de fidelidad no era aplicable al

caso, por ser posterior a la data de estructuración de la invalidez.

En su defensa propuso como excepciones las de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, inexistencia de causa para pedir, cobro de lo no debido, compensación, nulidad, buena fe y cualquier otra excepción y/o excepciones perentorias que se demuestren dentro del proceso (f.º 51 a 60).

Mediante auto del 28 de julio de 2011, el juzgado de conocimiento ordenó el llamamiento en garantía de Seguros Bolívar S.A. (f.º 142).

Al dar respuesta a la demanda, la mencionada aseguradora se opuso a la prosperidad de las pretensiones por no cumplir con los requisitos de ley. Aceptó la existencia de los dictámenes emitidos en donde se fijó la pérdida de la capacidad laboral del actor y la negativa de la administradora a otorgar la pensión; frente a los restantes hechos, dijo no ser ciertos o no tener tal calidad. En su defensa propuso como excepciones de fondo las de incumplimiento de los requisitos para ser titular de la pensión de invalidez y prescripción (f.º 154 a 159).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado Laboral de Descongestión de Santa Marta, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 21 de mayo de 2012, resolvió:

**PRIMERO:** Condénese a **ING PENSIONES Y CESANTIAS**, a pagarle al señor **VIMAR SÁNCHEZ DÍAZ**, pensión de invalidez de origen común en un monto igual al Salario Mínimo a partir del 18 de julio de 2008, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

La mesada pensional del año 2012 se fija en la suma de \$566.700.

**SEGUNDO:** Condénese a la demandada a pagar por concepto de retroactivo pensional causado desde el 18 de julio de 2008 al 31 de mayo de 2012 la suma de VEINTISIETE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS (\$27.282.480), sobre esta suma páguese intereses moratorios desde el 17 de agosto de 2008.

**TERCERO:** Absuélvase de las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva.

**CUARTO:** Costas a cargo de la parte demandada (f.º 209 a 232).

### **III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**

La Sala Laboral del Tribunal Regional de Descongestión con sede en el Distrito Judicial de Santa Marta, mediante fallo del 30 de abril de 2013, al resolver los recursos de apelación formulados por la demandada y la llamada en garantía, resolvió:

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la Sentencia de fecha 21 de mayo de 2011, dictada por el Juzgado Laboral de Circuito de Descongestión de Santa Marta, en lo atinente a que la condena por los intereses moratorios es a partir del 17 de octubre de 2010 hasta cuando se verifique el pago, y no a partir del 17 de agosto de 2008, como condenó la juez de primera instancia. Quedando incólume las demás condenas en dicho numeral.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral tercero de la Sentencia de fecha 21 de mayo de 2011, y en su lugar se condena a la **COMPAÑÍA SEGUROS BOLIVAR S.A.**, al pago de la suma adicional requerida para financiar el capital necesario para el pago de invalidez causada a favor del demandante **VIMAR SÁNCHEZ DÍAZ**, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: CONFIRMAR** los numerales primero y cuarto de la sentencia en mención, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**CUARTO: COSTAS.** Sin costas en esta instancia, por no haberse producido. (f.º 2 a 17).

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal planteó como problema jurídico determinar si el demandante tenía derecho o no al reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común, si los intereses moratorios y costas estaban ajustados a los preceptos legales, y si se debía incluir a Seguros Bolívar en la parte resolutive de la sentencia.

Fijó como hecho no controvertido la fecha de estructuración de la invalidez del demandante ocurrida el día 18 de julio de 2008, fijada a través de Medicina Laboral. Luego de ello, citó la normatividad aplicable al caso, esto es, la Ley 860 de 2003, vigente para ese entonces, específicamente el artículo 1º que modificó el 39 de la Ley 100 de 1993, e indicó que el requisito de fidelidad estaba vigente para el 18 de julio de 2008, fecha de estructuración de la invalidez.

Aludió a lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-428 de 2009, en la cual se retiró del ordenamiento jurídico aquel requisito debido a su rigurosidad normativa y por contrariar el principio de progresividad consagrado en el inciso tercero del artículo 48 Superior. En virtud de lo anterior, señaló que la norma era evidentemente regresiva, lo que facultaba a los jueces para

inaplicarlo conforme a lo previsto en el artículo 4 de la Constitución Política; apoyó su postura en providencias emitidas por esta Corporación y por la Corte Constitucional en sede de tutela.

Sostuvo que acorde con el dictamen proferido por el Grupo interdisciplinario de calificación de la Compañía Seguros Bolívar S.A. y el de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena, se determinó que el actor tenía una pérdida de la capacidad laboral del 68,14% estructurada a partir del 18 de julio de 2008.

Indicó que las documentales de folios 33 a 39 del expediente permitían determinar que el actor estaba realizando aportes dentro del sistema de seguridad social integral, porque aparecía los aportes pagados en salud, pero no los efectuados en pensión, en la medida que la demandada alegaba que el actor no se encontraba activo haciendo los aportes en materia pensional.

En tal sentido precisó que:

*[...] si bien es cierto que la entidad demandada ING PENSIONES Y CESANTÍAS aportó una certificación obrante a folio 90 en donde manifiesta que el demandante fue afiliado desde el año 1994 y retirado del sistema en febrero de 1996, no demostró que el empleador, en este caso, TRILLADORA LA UNIÓN – FRANCISCO RICAURTE HERRERA FUENTES, lo haya desafiliado a dicha entidad; más aún, cuando a folios 91 a 93 del plenario se evidencia y ratifica que el señor SÁNCHEZ DÍAZ, se encontraba activo dentro del sistema de seguridad social en pensiones, y por demás laborando para dicha entidad durante la fecha en que le fue estructurada la invalidez. Reforzando lo anterior, se tiene que en la respuesta de la solicitud de la pensión de invalidez otorgada*

*por ING PENSIONES Y CESANTÍAS al demandante, en nada manifiesta que éste se encontraba desafiliado, antes por el contrario explicó que no reunía los requisitos de fidelidad al sistema, por lo tanto no era beneficiario del derecho a la prestación económica (folios 30 a 32 del expediente).*

Acorde con lo anterior, precisó que al no existir discusión en que el demandante dentro de los tres años anteriores a la configuración de la invalidez (del 18 de julio de 2005 al 18 de julio de 2008) se encontraba «trabajando» para la mencionada empresa, y que existía una mora en el pago de los aportes a pensión por parte del empleador, era la AFP demandada quien debía realizar los cobros respectivos, acorde con la Ley 100 de 1993, por lo cual, al no hacerlo era viable el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Frente a los intereses moratorios, con apoyo en la sentencia CSJ SL, 30 oct. 2012, rad. 44662, determinó que eran viables luego del vencimiento del término legal para reconocer la prestación, por lo que al adquirir el derecho a la pensión de invalidez el 18 de julio de 2008 y efectuada la solicitud de reconocimiento el 17 de junio de 2010, los cuatro meses empezaban a contar desde esta última fecha, es decir que se hacían exigibles desde el 17 de octubre de 2010, condenándose al pago de los intereses moratorios desde el 18 de octubre de 2010.

Para finalizar, indicó que como en la parte considerativa de la decisión de primera instancia, se ordenó la condena a cargo de la compañía aseguradora por la suma adicional requerida para financiar el capital necesario para el pago de la pensión de invalidez, lo que omitió incluir el *a quo* en la

parte resolutive, consideró viable modificar la decisión en tal sentido.

#### **IV. RECURSO DE CASACIÓN FORMULADO POR ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.**

El recurso fue interpuesto por ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., hoy Protección S.A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

#### **V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

La referida administradora pretende que la Corte case la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, se revoque el fallo del *a quo* y, en su lugar, sea absuelta de todas las pretensiones.

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, el cual no fue objeto de réplica.

#### **VI. CARGO ÚNICO**

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial por la *vía directa*, en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 4, 48 y 53 de la Constitución Política; por «*infracción directa del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y del artículo 1 de la CP, por aplicación indebida de los artículos 17, 22, 24,*

*38, 39, 68, 70, 141 de la ley 100 de 1993, 16 del C.S.T., 230 de la Constitución».*

En la demostración del cargo, menciona que el Tribunal al fundamentar su decisión en el artículo 4 de la Constitución y expresar que el juez debe invocar la excepción de inconstitucionalidad cuando considere que una norma es contraria a la Constitución, se atribuye facultades que la ley no le concede, pues le da un efecto retroactivo a la decisión de la Corte Constitucional, corporación que no hizo uso de dicha facultad.

Indica que, si ya había un pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la exequibilidad de una disposición, no puede concebirse que los jueces individualmente decidan en forma contraria, cuando la referida Corporación emitió su decisión el 1 de julio de 2009, sin imponer efectos retroactivos, por lo que estos son solamente a futuro. En ese orden, sostiene que el caso debe abordarse conforme el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 original, es decir, el Tribunal debió exigir el cumplimiento de la fidelidad al sistema, requisito no cumplido por el demandante.

Explica que la seguridad social busca que el sistema subsista con la finalidad de proteger a sus afiliados, esto con el fin de explicar que la solvencia del sistema no puede arriesgarse por un solo individuo, pues se estaría ante la violación de los artículos 1 y 48 de la Constitución.

Aduce, de otra parte, que ninguna norma les exige a las entidades de seguridad social, que ejerzan acciones de cobro para exonerarse de dicho pago cuando es por incumplimiento del pago de los aportes necesarios y exigidos por la ley. Precisa que, si bien el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 consagra las acciones de cobro, no impone tales gestiones para que la mora en el pago de los aportes por parte del empleador se configure.

Explica que aquella acción de cobro que les fue otorgada a los entes de seguridad social, no le impone la obligación de utilizarla o que se les pueda sancionar por no hacer uso de la misma, pues es solo culpa de su empleador y es él quien debe responder por su conducta. Por lo anterior, estima, la AFP no puede ser responsable del incumplimiento del deudor.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En esencia, la censura le endilga al Tribunal desconocer el requisito de fidelidad previsto en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y que no existe norma que le exija a las administradoras del sistema pensional, a las entidades de seguridad social adelantar las acciones de cobro para exonerarse del pago de la prestación. El primero de los reparos es sustentado en que la decisión de la Corte Constitucional que declaró la inexecutable del mismo no tuvo efectos retroactivos y, el segundo, en que al no existir norma que les exija a las administradoras del sistema pensional, adelantar las acciones de cobro, pues en su

criterio el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 no prevé que el cobro sea un requisito para la configuración de la mora, no se le debió endilgar la responsabilidad deprecada por el *ad quem*.

Con fundamento en los anteriores reproches, la Sala abordará el análisis de los temas mencionados y que dice, fueron abordados por el juez colegiado con error. Así:

#### Requisito de fidelidad

Pues bien, esta Corporación frente al primer tema sometido a su consideración, en sentencias CSJ SL 8 may. 2012, rad. 41832, y CSJ SL 10 jul. 2010, rad. 42423, (pensión de invalidez), y luego, en providencias CSJ SL, 20 jun. 2012. rad. 42540 y CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 42501, (pensión de sobrevivientes), cambió su criterio para señalar que el requisito de fidelidad incorporado en las reformas pensionales (Ley 797 y Ley 860 de 2003) del Sistema General de Pensiones, impuso una evidente condición regresiva en relación con lo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993. Por lo anterior, consideró que los juzgadores tienen el deber de abstenerse de aplicar esa exigencia, por resultar abiertamente incompatible con los contenidos materiales de la Carta Política, especialmente con el principio de progresividad y no regresividad.

Tal decisión no implica darle efectos retroactivos a la sentencia C-428 de 2009, sino, más bien constituye una expresión del deber de los jueces de inaplicar en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad (artículo 4 de la

Constitución) las normas legales que sean manifiestamente contrarias e incompatibles con los valores de la Constitución Política.

Sobre el particular y al referirse al aludido requisito de fidelidad y el principio de progresividad, la Sala en sentencia CSJ SL, 8 may. 2012, rad. 41832, señaló respecto de la pensión de invalidez:

*1.- Es cierto que en casos similares al presente, la Corporación ha exigido en relación con la pensión de invalidez, el cumplimiento del porcentaje de fidelidad de cotizaciones al sistema durante el lapso en que tuvo vigor ese requisito, esto es entre la entrada en vigencia del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y la sentencia que lo declaró parcialmente inexecutable, la C-428 de 2009, con apoyo en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 o Estatutaria de la Administración de Justicia, en cuanto el juez constitucional en la parte resolutive no previó que esa decisión tuviese efectos retroactivos. Al no haber modulado la Corte Constitucional los efectos del fallo al realizar el control abstracto, se entendió que durante el periodo en que tuvo vigor la exigencia de fidelidad de cotizaciones al sistema, estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad y su aplicación en ese interregno resultaba obligatoria.*

*No obstante lo anterior, la nueva composición de la Sala, por mayoría de sus miembros, en sentencia de 20 de junio de 2012 rad. N° 42540, frente a una prestación de sobrevivientes, pero cuyos argumentos resultan aquí plenamente aplicables, varió su criterio en lo referente a los efectos que debe surtir la declaratoria de inexecutable de una determinada disposición en materia de seguridad social, que haya impuesto un requisito que el juez de la Carta encuentra contrario a preceptos superiores por ser abiertamente regresivo.*

*En esos eventos y ante la existencia de una previsión legal que desconoce el principio de progresividad el cual irradia las prestaciones de la seguridad social, el juzgador para lograr la efectividad de los postulados que rigen la materia y valores caros a un estado social de derecho consagrados en nuestra Constitución Política, especialmente en los artículos 48 y 53, y que encuentran sustento también en la regulación internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los tratados sobre el tema ratificados por el Estado Colombiano los cuales prevalecen sobre el orden interno, debe abstenerse de aplicar la disposición regresiva aún frente a situaciones consolidadas antes*

*de la declaratoria de inexecutable, en las hipótesis en que ella se constituya en un obstáculo para la realización de la garantía pensional máxime en casos como la pensión de invalidez, en que se trata de proteger a una población en circunstancias de vulnerabilidad y que amerita especial protección. Lo anterior significa que no se está disponiendo su inaplicabilidad general, pues frente a quienes la norma no resulte regresiva y consoliden el derecho durante el tiempo que tuvo vigor debe surtir plenos efectos.*

*Este cambio de postura va en armonía con lo dispuesto recientemente en la sentencia de 8 de mayo de 2012, Rad. N° 35319, en que esta Sala asentó que en aquellos casos en que el afiliado ya había cumplido los requisitos previstos en una disposición para que se le cubriera una de las contingencias a cargo de la seguridad social, la ley nueva no puede hacer más gravosa su situación en el sentido de exigirle unas condiciones superiores a las ya satisfechas, para acceder a la prestación correspondiente.*

*[...]*

*Es con fundamento en los criterios precedentes, que en el sub lite, no puede exigirse al demandante para efectos de la pensión de invalidez, el cumplimiento del requisito de fidelidad de cotizaciones al sistema del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, no obstante que la pérdida de capacidad laboral se estructuró estando en vigor tal exigencia, por cuanto dicha previsión fue a todas luces regresiva como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-428 de 2009.*

*Asentó la Alta Corporación:*

*“... puede decirse que el costo social que apareja la modificación introducida por el requisito de fidelidad incluido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 es mayor que beneficio que reportaría para la colectividad. En efecto, como se expuso anteriormente, implica la exclusión de determinadas situaciones previamente protegidas, a través de un requisito que no conduce realmente a la realización de los propósitos perseguidos por la norma.*

*“Las anteriores consideraciones llevan a concluir que el requisito de fidelidad contemplado en la norma analizada, tanto en su numeral 1° como en el 2°, deben ser declarados inexecutable puesto que no se logró desvirtuar la presunción de regresividad y justificar la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma”.*

En ese orden, la decisión del Tribunal está acorde con este criterio, que ha sido reiterado en múltiples sentencias,

entre otras, CSJ SL17484-2014, CSJ SL9182-2014, CSJ SL4346-2015, CSJ SL7099-2015, CSJ SL 5671-2016, CSJ SL6317-2016, CSJ SL6326-2016, CSJ SL9250-2016, CSJ SL12207-2016, CSJ SL12489-2016, CSJ SL1087-2017, CSJ SL1096-2017, CSJ SL1818-2018, CSJ SL2446-2018, CSJ SL3273-2018, CSJ SL5320-2018, CSJ SL1376-2019 y CSJ SL2157-2019.

Por demás, esta Corporación de cara al principio de sostenibilidad ya se ha manifestado en el sentido de precisar que tal y como lo manifestó la Corte Constitucional en providencia C-428/09 al declarar la inexecutable del requisito contemplado en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, la exigencia de a fidelidad al sistema *«a pesar de poder tener un fin constitucional legítimo, en tanto busca asegurar la estabilidad financiera del sistema mediante la cultura de afiliación y disminución del fraude, [...] no es conducente para la realización de dichos fines [...]»* (SL9250-2016 SL2157-2019 y CSJ SL1359-2019)

En ese orden, es claro para la Sala que el juez de apelaciones no cometió el yerro endilgado al inaplicar el requisito de fidelidad previsto por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

#### Deber de cobro de las administradoras de los aportes en mora

En este tópico, debe señalarse que la Corte de forma pacífica y reiterada ha señalado que las administradoras de

fondo de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse esta obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la normativa aplicable.

En torno a ese tema, la jurisprudencia de esta Sala en sentencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 34270, arguyó que cuando el empleador omite su deber de pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y ello impide que los afiliados accedan a las prestaciones legales, si la administradora no cumplió con las gestiones de cobro respectivas ante el empleador, debe asumir el reconocimiento de la prestación. Criterio que ha sido reiterado pacíficamente, entre otras, en sentencias CSJ SL, 6 feb. 2013, rad. 45173, CSJ SL907-2013, CSJ SL 5429-2014, CSJ SL 4818-2015, CSJ SL 8082-2015, CSJ SL 16814-2015, CSJ SL 6469-2016 y CSJ SL 4952-2016.

La Sala enseñó en aquella:

*Esta Sala de la Corte Suprema de Justicia recientemente en sentencia de 22 de julio de 2008, rad. N° 34270, varió su jurisprudencia sobre los efectos de la mora patronal y estableció el criterio de que cuando se presente omisión por parte del empleador en el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios.*

*Precisó la Corte para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido 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 de cobro.*

Los siguientes son los términos de la sentencia referida:

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

*“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, ubicadas en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de gestoras de la seguridad social, actividad que por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*“Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.*

*“Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.*

*“El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.*

*“Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.*

*“Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que éste no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado”* (subraya fuera del texto original).

En tal dirección, la responsabilidad endilgada a la recurrente sí parte del mandato contenido en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, el que les impone a las administradoras de pensiones la obligación de efectuar los cobros a los empleadores morosos, con lo que se les asigna la carga de velar por la efectividad de los derechos de los afiliados, por lo que ante el incumplimiento de su gestión de cobro, deben asumir el pago de la prestación.

Como se advierte, el Colegiado no incurrió en yerro jurídico al estimar que era dable sumar las semanas en mora por el empleador Trilladora La Unión – Francisco Ricaurte Herrera Fuentes, al encontrar que la administradora

recurrente incumplió la gestión de cobro oportuno de la cual era responsable.

Por las razones expuestas, el juez de alzada no cometió los yerros jurídicos endilgados, por lo que el cargo no está llamado a prosperar.

### **VIII. RECURSO DE CASACIÓN COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

El recurso fue interpuesto por la Compañía de Seguros Bolívar S.A., concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, por lo que se procede a resolver.

### **IX. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN**

Pretende la parte recurrente:

*[...] con el primer cargo de este recurso la CASACIÓN de la sentencia de segundo grado. En sede de instancia, que se revoque el fallo de primer grado y se denieguen las pretensiones de la demanda.*

*Con el segundo y tercer cargo, se pretende la CASACIÓN PARCIAL de la sentencia en su numeral segundo y la confirmación del fallo de primera instancia.*

Con tal propósito formula tres cargos, por la causal primera de casación, frente a los cuales sólo formuló réplica ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A. respecto de los cargos segundo y tercero, los que serán estudiados de

manera conjunta después del primero.

## **X. CARGO PRIMERO**

Acusa al Tribunal de violar la ley sustancial por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida, de los artículos 39 (modificado por el artículo 1 de la ley 860 de 2003), 40, y 24 de la ley 100 de 1993.

Señala como errores evidentes de hecho:

- 1. No dar por demostrado estándolo, que el señor Vimar Sánchez Díaz fue retirado del Sistema General de Pensiones desde el 28 de febrero de 1996.*
- 2. Dar por demostrado, sin estarlo, que el señor Vimar Sánchez Díaz, cotizó al Sistema General de Pensiones desde el 28 de febrero de 1996 hasta el 1º de septiembre de 2008.*
- 3. No dar por demostrado estándolo, que el señor Vimar Sánchez Díaz, posterior al retiro del Sistema General de Pensiones por parte de su empleador, reportó su afiliación al sistema en calidad de trabajador independiente desde el 1º de septiembre de 2008.*
- 4. Dar por demostrado, sin estarlo, que el señor Vimar Sánchez Díaz estaba afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones para la fecha en que le fue estructurada la invalidez.*
- 5. Dar por demostrado, sin estarlo, que el señor Vimar Sánchez Díaz estaba cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral, con base en las cotizaciones que realizó al Sistema General de Salud.*

Como pruebas mal apreciadas:

- Certificación de ING Pensiones y Cesantías, en la que se informan las novedades de retiro e ingreso al Sistema General de Pensiones del señor Vimar Sánchez Díaz (folios 90).*
- Certificación de ING Pensiones y Cesantías S.A., del 5 de septiembre de 2011, en la cual informa que el estado actual del afiliado Vimar Sánchez es activo. (folio 91).*
- Certificación de ING Pensiones y Cesantías S.A., de 1º de julio de 2010 (folio 92).*
- Certificación de ING Pensiones y Cesantías S.A., de 17 de junio de 2010. (folio 93).*

- *Certificación de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la que aparecen, las cotizaciones del señor Vimar Sánchez Díaz desde junio de 2003. (folios 33 a 35)*
- *Comunicación DPB – 4179-10 de 2 de noviembre de 2010, que corresponde a la definición de pensión de invalidez No. 15242 (folios 30 a 32).*

Y como pruebas no apreciadas:

*Comunicación de fecha 27 de mayo de 2010, obrante a folio 96, en la que el demandante confiesa que desde el 26 de abril de 2008 se encuentra desempleado y que no ha podido trabajar o ejercer alguna actividad comercial debido a su enfermedad.*

En la demostración del cargo expresa que de las pruebas obrantes en el expediente se concluye que al demandante se le desvinculó del sistema de pensiones antes de producirse la invalidez, en consecuencia, estuvo un tiempo desafiado del sistema de pensiones y que posteriormente se afilió como independiente.

Indica que la certificación obrante a folio 92, pone en evidencia que el actor estuvo afiliado a la administradora desde el 1 de septiembre de 1994, pero no da cuenta de que desde esta fecha estuviese afiliado ininterrumpidamente, pues solo informa de la vinculación inicial al fondo. Agrega que la certificación obrante a folio 90 demuestra que el actor fue retirado del sistema el día 28 de septiembre de 1996, la cual fue interpretada equivocadamente por el fallador.

Aduce que la no afiliación constituye una negación indefinida, la cual le traslada la carga de la prueba al actor, quien no la cumplió demostrando que si estuvo afiliado durante todo el tiempo; a pesar de ello, «*el Fondo de Pensiones, como entidad encargada de llevar el registro,*

*expidió la certificación correspondiente, que merece todo el valor probatorio». No obstante lo anterior, el Tribunal concluyó que la desafiliación no se probó, basándose en pruebas que contradicen la inferencia del colegiado.*

Para demostrar lo anterior, afirma que en el documento de folio 91 en donde *«la demandada certificó, para la fecha de expedición de tal documento, el estado del señor Vimar Sánchez como afiliado era ACTIVO»*, pero el Tribunal no tuvo en cuenta que tal calidad se predicaba para septiembre de 2011 y no para julio de 2008. Así, se equivocó el fallador al dar por sentado que la certificación emitida en el año 2011 demostraba que el actor permaneció *«afiliado ininterrumpidamente»* durante todos los años anteriores.

Manifiesta que en el documento de folio 96, el demandante confiesa que estuvo desempleado desde abril de 2008 y hasta, por lo menos, la suscripción del mismo (27 de mayo de 2010), con lo que se demuestra que durante ese tiempo no se pudo emplear o que ejerciera una actividad comercial a causa de enfermedad y, por ende, no pudo estar afiliado al sistema de forma ininterrumpida.

Dice que conforme a la certificación de folio 92, se evidencia que el accionante presentó una solicitud de vinculación a ING Pensiones y Cesantías para afiliarse nuevamente, la que, contrario a lo concluido por el Colegiado, no demuestra que se encontraba afiliado al sistema y laborando para la Trilladora La Unión. Agrega que el documento de folio 93, solamente prueba que al primero de

septiembre de 1994 estaba vinculado a dicha AFP y con un salario de \$ 4.092.041 y no lo afirmado por el Tribunal, esto es, que el demandante inicial estaba «afiliado» para la fecha de la estructuración del estado de invalidez.

En ese orden de ideas, según el recurrente, de haberse apreciado de forma acertada las pruebas antes citadas y explicadas, la conclusión hubiera sido diferente, pues al haber estado un tiempo «desafiliado», no logró cumplir con los requisitos exigidos por la ley para acceder a la pensión.

Arguye que la certificación de aportes a salud de folio 33 a 35, dan cuenta de los aportes efectuados a este subsistema, lo que es diferente a haberlos realizado en pensiones y estar afiliado al mismo. Sostiene que para la fecha en que se pagaron esos aportes, era posible que los empleadores solo afiliaran a los trabajadores a salud, pero no al de pensiones.

Respecto del documento de folio 36, aduce que tampoco demuestra que el afiliado estuviera aportando al sistema, pues en tal documento solo consta el pago a pensión a Colmena entre el 27 de julio de 1995 y el 21 de marzo de 2000, cuando la invalidez se estructuró el 18 de julio de 2008.

De otra parte, sostiene que el documento de folio 37, tampoco demuestra los aportes al sistema de seguridad social integral en el periodo necesario para acceder a la pensión, pues en tal prueba consta que el actor cotizó a ING

desde septiembre de 2008 hasta octubre 2010, esto es, después de estructurarse la invalidez. En cuanto a la prueba de folio 38 y 39, sostiene que solo muestra la afiliación entre el 3 de agosto de 1993 y el 31 de agosto de 1994, más no en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Frente a la respuesta a la solicitud de la pensión de invalidez (f.º 30 a 32), dice que la entidad demandada nunca expresó en la misma que el convocante se encontrara desafiliado en la fecha de estructuración de la invalidez, pues lo que señaló fue que se le había negado exclusivamente por no cumplir con el requisito de fidelidad. Para corroborar lo anterior, dice que en la comunicación DBP-4179-10 del 2 de noviembre del 2010, se le informó al demandante que se le negaba la solicitud de pensión de invalidez en razón a que no cumplió con el requisito de tiempo cotizado, por no realizar las cotizaciones durante ese lapso y, adicionalmente, no cumplir con el requisito de fidelidad.

Por último, sostiene que la conclusión del Tribunal sobre la existencia de mora patronal surge de una suposición, cuando las pruebas lo que demuestran es que hubo un retiro del sistema en el año 1996, por lo que, el fondo no tenía cómo saber que el empleador estaba omitiendo realizar las cotizaciones, por lo cual no puede aplicarse el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, pues la mora necesita que

la persona hubiera estado afiliada.

## **XI. RÉPLICA**

La administradora de fondos de pensiones y cesantías Protección S.A. manifestó que *«comparte en su integridad las glosas a la decisión del ad quem que se plasman en el primer ataque»*.

## **XII. CONSIDERACIONES**

El Tribunal estimó que al no existir discusión en cuanto a que el actor, en los tres años anteriores a la configuración de la invalidez (18 de julio de 2005 al 18 de julio de 2008), estaba trabajando para La Trilladora la Unión – Francisco Ricaurte Herrera Fuentes y que existía mora en el pago de los aportes a pensión por parte del empleador, era ING quien debía realizar los cobros respectivos a dicho empleador, por lo cual, al no hacerlo, debía responder por la prestación de invalidez por la inclusión en la contabilización de semanas por aquellos periodos en mora.

La recurrente controvierte tal decisión, en esencia, porque considera que existió una errada valoración y falta de apreciación de los medios probatorios, de los cuales emergía que el actor fue retirado del sistema por su empleador desde el 28 de febrero de 1996 y volvió a afiliarse como trabajador independiente desde el 1 de septiembre de 2008. A partir de lo anterior, pretende derivar que no era dable predicar la mora del empleador, la responsabilidad de la AFP por no

llevar a cabo gestiones de cobro y, por ende, que no se consolidó la prestación por invalidez.

Previo a abordar en análisis de los elementos probatorios denunciados en el cargo, la Sala, en razón de los argumentos expuestos por la censura en punto a que erró el Tribunal al dar por demostrado que el actor estaba «afiliado» al momento de la estructuración de la invalidez y dado que a lo largo de la demostración alude a que existió yerro al pasar por alto que el actor dejó de ser afiliado desde febrero de 1996, la Sala estima pertinente efectuar la siguiente precisión conceptual respecto de la condición de afiliado y cotizante.

*La afiliación «se refiere a la vinculación al sistema general de pensiones y tiene lugar por una sola vez, solo que, dependiendo del pago de cotizaciones, tal afiliación puede ser activa o inactiva»; por su parte las cotizaciones, corresponden al pago efectivo y periódico de aportes (CSJ SL1085-2018).*

Por tanto, una persona puede estar afiliada al sistema de pensiones, pero sin realizar aportes para el momento de la estructuración de la invalidez, esto es, con afiliación inactiva, dicho en otras palabras, el hecho de que una persona no se encuentre realizando aportes al sistema de pensiones no implica que haya dejado de ser afiliado, pues simplemente adquiere la condición de afiliado inactivo. Así, una cosa es la afiliación y otra la condición de cotizante activo, pues una persona puede estar afiliada al sistema,

pero para el momento de la estructuración con afiliación inactiva, por no estar efectuando aportes.

Aclarado lo anterior, la Sala procederá a analizar las probanzas denunciadas, bajo el entendido de que, pese a las imprecisiones en los términos usados por la censura, lo que se pretende demostrar es que el actor estuvo como afiliado inactivo desde el 1 de marzo de 1998 - con ocasión de la novedad de retiro efectuada por el empleador Francisco Ricaurte Herrera - hasta el 1 de septiembre de 2008 - calenda en la que el actor empezó a efectuar aportes como independiente:

-Certificación de ING Pensiones y Cesantías sobre novedades de retiro e ingreso al Sistema General de Pensiones (f.º 90)

Este documento corresponde a una certificación expedida por el abogado senior de cobro jurídico unidad monetarios de ING Pensiones y Cesantías, el 5 de septiembre de 2011, en donde informa que el actor está afiliado a dicho fondo desde el 1 de septiembre de 1994 e indica que las «*relaciones laborales*» que registran en el sistema son:

<b>EMPRESA</b>	<b>NIT</b>	<b>INGRESO</b>	<b>RETIRO</b>	<b>ESTADO DE LA RELACIÓN</b>
TRILLADORA LA UNION-FRANCISCO RICAUTE HERRERA FUENTES	1.757.029	19940831	19960228	INACTIVA
VIMAR SANCHEZ DIAZ	85.466.532	20080901		INACTIVA

Asimismo, en tal documento se señala que «*No se evidencian en AS400 relaciones diferentes con los empleadores antes mencionados, ni con otros empleadores*», y que dicha certificación «*se expide por solicitud expresa de la gerencia jurídica*» (subrayado fuera del texto).

La censura acusa al Tribunal de apreciar erradamente este documento, en la medida que el mismo da cuenta de que el actor fue retirado del sistema el día 28 de febrero de 1996 por el empleador, lo cual no resulta acertado, pues tal prueba no deja en evidencia la existencia de novedades de retiro en el sistema de pensiones, menos aún que La Trilladora la Unión- Francisco Ricaurte Herrera le hubiera informado a la AFP del retiro o del cese de las cotizaciones a pensión desde el 28 febrero de 1996, como lo pretende derivar el casacionista.

En efecto, el referido medio probatorio lo que certifica son las relaciones laborales del actor, que únicamente aparecían en el sistema «AS400» de la administradora de pensiones, de ahí que en la última columna se señale el «*estado de la relación*», esto es, la laboral, más no el estado de la cotización ni menos aún la calidad de afiliado activo o inactivo.

En tales condiciones, el documento no logra demostrar lo que persigue la censura, esto es, que el empleador reportó la novedad de retiro al subsistema de pensiones, de la cual se derivara que la AFP no tenía el deber de efectuar las

acciones de cobro y, por ende, la improcedencia de la pensión de invalidez por no contar con las semanas requeridas en los tres años anteriores a la estructuración del estado. Por lo anterior, se mantiene intacta la conclusión fáctica del Tribunal, según la cual, no hay prueba que acredite que el empleador hubiera pasado novedad de retiro de sistema de pensiones por culminación de la relación laboral.

Es más, pese a la que la administradora del fondo de pensiones desde la contestación a la demanda inaugural manifestó que en sus archivos reposaba una novedad de retiro de la empresa Trilladora la Unión Francisco Ricaurte Herrera Fuente desde el 28 de febrero de 1996, y si la Sala con holgura pudiera revisar el material probatorio encontraría que no se allegó elemento que acreditara tal reporte supuestamente emitido por el empleador; además, como se verá más adelante, obran otros medios de convicción que no evidencian el registro de tal novedad en la historia laboral pero sí la mora del empleador en el interregno de los tres años antes de la estructuración de la invalidez.

Así las cosas, esta certificación en cuestión no logra alterar los postulados sobre los cuales se edificó la decisión del Colegiado en punto a que, ante la existencia de una relación laboral entre el actor y la Trilladora La Unión – Francisco Ricaurte Herrera Fuentes y la ausencia de prueba que acreditara la novedad de retiro del sistema, era clara la configuración de la mora del empleador y, por ende, la responsabilidad de la AFP al no acreditar las gestiones de

cobro de los aportes adeudados.

-Historia Laboral de la AFP e ISS

La historia laboral reportada del ISS (f.º 38 y 39) informa que el actor fue afiliado a dicho instituto el 3 de agosto de 1993, por parte del empleador «*FRANCISCO RICAURTE HERRERA*», así mismo, que éste efectuó aportes desde esta fecha hasta el 31 de agosto de 1994.

Tal y como lo menciona la censura, la historia del ISS solo muestra la afiliación entre el 3 de agosto de 1993 y el 31 de agosto de 1994. En tales condiciones, tal medio probatorio no contribuye para efectos de acreditar si se cumplieron o no las cotizaciones necesarias para acceder a la pensión de invalidez, menos aún para determinar si se reportó una novedad del retiro del sistema en el año 1998– momento para el cual ya se había trasladado a la AFP– y, por ende, la eventual inexistencia de la mora patronal.

De otra parte, en lo atinente a la historia laboral reportada por la administradora del fondo de pensiones, ésta da cuenta de que el empleador Trilladora la Unión realizó pagos desde septiembre de 1994 hasta febrero de 1996 y, con posterioridad aparecen aportes efectuados como independiente desde septiembre de 2008 hasta noviembre de 2010 (f.º 35 y 36).

Como se observa, la historia laboral de la administradora del fondo de pensiones tampoco muestra la

existencia de alguna novedad efectuada por empleador Francisco Ricaurte Herrera ni realizada por la Trilladora La Unión-Francisco Ricaurte Herrera, pues lo que informa es que este empleador únicamente pagó los aportes hasta el mes de febrero de 1996, sin que ilustre acerca de si esta circunstancia obedeció a mora patronal o a alguna novedad de retiro.

Ahora, si bien el cuestionado reporte no da cuenta de que se hubieran efectuado aportes en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez (18 de julio de 2008 - 18 de julio de 2005), ya que aparecen cotizaciones canceladas desde septiembre de 1994 hasta febrero de 1996 y, luego, desde septiembre de 2008 hasta noviembre de 2010, lo cierto es que ello obedece, precisamente, a la existencia de mora patronal - fenómeno que implica que pese a existir obligación del empleador de cancelar los aportes con ocasión de la relación laboral no lo hace-, razón por la cual en el interregno señalado no se advierten pagos efectivos realizados por el empleador.

- Análisis de cobertura y fidelidad realizado por ING

Este documento aparece un cuadro que refleja las cotizaciones realizadas en los tres años anteriores a estructuración de la invalidez (del 18 de julio de 2005 al 18 de julio de 2008) con resultado de «0,00» semanas cotizadas en dicho interregno. Asimismo, se lee que, por lo menos, desde julio de 2005 hasta marzo de 2008 existe «*deuda del*

*empleador»* (f.º 73).

Así, esta prueba lo único que hace es ratificar la decisión del Tribunal en punto a que existía mora patronal, por lo menos, desde julio de 2005 hasta marzo de 2008, dado que es el propio reporte elaborado por la administradora de pensiones – con el cual ésta determinó si el actor cumplía los requisitos para acceder a la pensión reclamada-, el que informa claramente sobre el incumplimiento del pago de los aportes por parte del empleador. En tales condiciones, el medio probatorio no aporta a los fines del recurso, pues, por el contrario, su contenido evidencia la existencia de la mora del empleador en el pago de los aportes a pensión y, por ende, soporta la decisión del Tribunal en tal aspecto fáctico.

Este hecho, sumado a la falta de acreditación de las gestiones de cobro, lleva a que los periodos en mora deban sumarse como cotizaciones efectivamente pagadas, ante el incumplimiento del deber de la AFP, lo que genera la consolidación del derecho pensional a favor del afiliado por superar las 50 semanas requeridas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, acorde con lo previsto por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

- Certificaciones de ING Pensiones y Cesantías S.A. del 5 de septiembre de 2011, 17 de junio y 1 de julio de 2010 (f.º 91 a 93)

A folio 91 aparece certificación expedida el 5 de septiembre de 2011 por el coordinador de afiliados y

traslados ING, en donde se indica que el actor «*diligenció una solicitud de vinculación al fondo de pensiones obligatorias como trasladado de régimen el día 31 de agosto de 1994*», y que la fecha en que fue incorporado a esa administradora fue el 1 de septiembre de dicho año. Asimismo, se certifica que el «*estado actual del afiliado es ACTIVO*».

De otra parte, se denuncia la certificación de ING Pensiones y Cesantías S.A. del 1º de julio de 2010 (f.º 92), la cual fue expedida el 1 de julio de 2010 por el coordinador de afiliaciones y traslados de la mencionada AFP, en donde consta que el convocante fue incorporado a esa administradora el 1 de septiembre de dicho año.

En similar sentido aparece la certificación de ING Pensiones y Cesantías S.A. del 17 de junio de 2010, expedida por la gerente de servicios de tal entidad, en la cual se indica que el promotor del proceso está vinculado desde el 1 de septiembre de 1994 y que presenta un saldo de \$4.092.041 (f.º 93).

La censura cuestiona que el Tribunal hubiera derivado de estos documentos que el actor estuvo afiliado ininterrumpidamente a la AFP desde febrero de 1996 hasta la fecha en que se estructuró su estado de invalidez.

Al respecto, la Sala advierte que el Tribunal, luego de precisar que no se demostró que el empleador hubiera desafiliado al trabajador en febrero de 1996, indicó que ello estaba ratificado con las aludidas constancias en donde

aparecía que el convocante se encontraba activo dentro del sistema de seguridad social, lo que en verdad no fue acertado, en la medida que los referidos documentos solo dan cuenta de la vinculación inicial del accionante a la administradora de pensiones demandada así como de la condición de afiliado activo para la data en que se expidieron; sin embargo, de tales medios probatorios no emergía si el señor Sánchez Díaz era afiliado activo o inactivo para febrero de 1996, tampoco para la data en que se estructuró la invalidez (18 de julio de 2008) ni menos aún durante el tiempo transcurrido entre tales fechas.

Tal y como se precisó en páginas anteriores, una persona puede estar afiliada al sistema de pensiones, pero sin realizar aportes, esto es, con afiliación inactiva. Así, en verdad, de las probanzas referidas no emergía si tuvo la condición de afiliado activo o inactivo desde febrero de 1996 hasta julio de 2008.

Pese a que la apreciación del Tribunal sobre tales documentos no fue la más acertada, lo cierto es que cualquier imprecisión en que haya incurrido, en la medida que los mismos solo daban cuenta de forma general de la fecha en que el actor se vinculó al régimen de ahorro individual y su condición para la data en que fueron expedidas, más no de su calidad afiliado activo en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, no configura un error de hecho que logre el quebrantamiento la decisión cuestionada. Se afirma lo anterior, en la medida que, en concordancia con lo que se concluyó de las pruebas atrás

analizadas, existió mora patronal en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, con lo cual el demandante cumple la densidad de semanas necesarias para acceder al derecho pensional reclamado, lo que mantiene intacta la concesión del mismo.

- Certificación de aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud desde junio de 2003 (folios 33 a 35).

Esta prueba corresponde a la certificación emitida por el auxiliar operativo de Saludcoop EPS el día 23 de junio de 2011, en la cual se certifica que el actor se afilió como cotizante desde el 1 de junio de 2000, en donde se reseñan los aportes a salud desde junio de 2003 hasta mayo de 2011. De esta prueba se deriva que desde junio de 2003 hasta abril de 2007 los aportes a salud se efectuaron por el empleador «Francisco Ricaurte Herrera Fuentes» y, posteriormente, desde julio de 2008 hasta mayo de 2011 fueron realizados por el demandante.

Frente a esta prueba, la censura alude que solo demuestra los aportes efectuados a salud, cosa diferente a efectuar aportes a pensiones y estar afiliado a este subsistema.

El Colegiado al referirse a este medio probatorio manifestó que el mismo «permite establecer a este Cuerpo Colegiado, que el demandante VIMAR SANCHEZ se encontraba realizando aportes dentro del sistema de

*seguridad social integral, toda vez que aparecen los aportes realizados en salud, pero no así los realizados en pensión toda vez que se alega por parte de la entidad demandada que el señor SÁNCHEZ DÍAZ, no se encontraba activo realizando los aportes en materia pensional».*

En sentido estricto, el Tribunal no derivó de esta prueba que empleador Francisco Ricaurte Herrera Fuentes hubiera efectuado aportes a pensión ni menos que el actor fuera afiliado activo en sistema de pensiones, pues lo único que concluyó de la misma, fue que aparecían los aportes en salud, que es de lo que en verdad da cuenta.

Así, contrario a lo manifestado por la recurrente, no aparece una valoración errada por parte del Tribunal al analizar la mencionada prueba, en la medida que, en modo alguno, estimó que con la misma se demostraba lo que alega la censura.

Por lo expuesto, no se advierte yerro de la valoración del mencionado medio probatorio, como quiera que lo que derivó el Tribunal del mismo corresponde a lo que de él emerge.

- Comunicación DPB-4179-10 de 2 de noviembre de 2010, que corresponde a la definición de pensión de invalidez No. 15242 (f.º 30 a 32)

A través de la comunicación enunciada, la directora del área previsional de la AFP demandada, le informa al promotor del proceso, en respuesta a la solicitud de la

pensión de invalidez, que la niega y habilita la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual. Para el efecto y luego de señalar que *«la afiliación que suscribió al fondo obligatorio, surtió efectos y estaba en vigencia para la fecha de estructuración de la invalidez»*, fundamentó la negativa de la pensión reclamada en dos razones, a saber: que *«no cumplió con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que no realizó cotizaciones al sistema durante este lapso»* y, de otra parte, que no cumplió con el requisito de fidelidad al sistema (f.º 30 a 32).

Frente a este punto, la censura alega que la referida misiva lo único que demuestra es que la AFP informó que la pensión de invalidez se negaba porque no se efectuaron cotizaciones en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez y al no cumplir con el requisito de fidelidad, por lo cual, señala que fue errado que el Tribunal coligiera que al no indicarse en dicha comunicación que el actor era afiliado inactivo, se entendía que era afiliado activo en el sistema de pensiones.

Al respecto, la Sala advierte que, tal y como lo señala la censura, la comunicación DPB-4179-10 de 2 de noviembre de 2010 da cuenta de que la prestación por invalidez fue negada por no contar con 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez y no cumplir con la fidelidad necesaria para el efecto. Ahora bien, el Tribunal indicó que en dicho documento la AFP no manifestó que el actor estaba *«desafiliado»*, lo cual es cierto,

pues, por el contrario, dijo que la afiliación surtió efectos y estaba en vigencia para la fecha de estructuración de la invalidez.

Así, en estricto sentido, la Sala no advierte que al analizar el mencionado documento el juez de alzada hubiera incurrido en un yerro con el carácter de ostensible y protuberante.

- Comunicación de fecha 27 de mayo de 2010 (folio 96)

Mediante comunicación del 27 de mayo de 2010, el demandante le manifiesta a la AFP demandada que se encuentra «desempleado desde la fecha 26 de abril de 2008», así como que «debido a la gravedad» de la enfermedad que padecía no se ha podido emplear, y que al ser de «escasos recursos económicos» no ha podido realizar ninguna actividad comercial.

Al respecto, la censura le endilga al Tribunal haber dejado de apreciar dicha prueba, en la cual, en su criterio, el actor aceptó que desde el 26 de abril de 2008 se encuentra desempleado y que no ha podido trabajar o ejercer alguna actividad comercial debido a su enfermedad, de lo cual desliga la inexistencia de la mora patronal.

Al revisar tal documento, la Corte encuentra que en verdad como lo manifiesta la censura, el actor informó el 27 de mayo de 2010 que no laboraba desde el 26 de abril de 2008, prueba que no fue tomada en cuenta en la decisión

recurrida; sin embargo, tal manifestación no tiene ninguna trascendencia o incidencia que logre quebrar el fallo controvertido en la medida que ello, a lo sumo, solo daría cuenta de que no podía existir mora patronal desde el 26 de abril de 2008.

Se afirma lo anterior porque tal circunstancia no logra afectar que en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez (18 de julio de 2005 – 18 de julio de 2008) acreditó más de 50 semanas, pues acorde con el análisis de cobertura y fidelidad efectuado por la AFP demandada, se advertiría mora patronal, por lo menos, desde julio de 2005 hasta marzo de 2008 (f.º 73), con lo cual supera con amplitud la densidad requerida.

Por lo anterior, al no haberse demostrado un yerro fáctico con carácter ostensible y protuberante, no hay lugar al quebrantamiento del fallo recurrido.

### **XIII. CARGO SEGUNDO**

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial por la vía directa, en la modalidad de aplicación indebida del artículo 4 del Decreto 565 de 1994.

En la demostración del cargo, aduce que en el hipotético caso de que el Tribunal concluya que efectivamente el actor estaba afiliado al fondo en el momento en que se estructuró el estado de invalidez y que por tal razón, es el fondo quien debe responder por no haberse efectuado oportunamente el

cobro de los aportes a pensión, debe casarse la sentencia de segundo grado, dado que aplicó de forma indebida el artículo 4 de Decreto 565 de 1994, en razón a que la responsabilidad que consagra por los perjuicios que cause dicha situación a sus afiliados, está a cargo de la administradora del fondo de pensiones y no de la aseguradora.

En igual sentido, expresa que cuando la pensión se deriva por culpa del fondo y no del cumplimiento de los requisitos por parte del afiliado, es exclusivamente aquel quien está obligado a responder, pues el seguro previsional tiene como objeto financiar las sumas necesarias adicionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, solo cuando se haya cumplido con todos los requisitos exigidos por la ley.

#### **XIV. RÉPLICA**

La administradora del fondo de pensiones aduce que el cargo carece de requisitos técnicos, así: el Tribunal nunca fundó el pago de perjuicios en la culpa de la administradora de fondos de pensiones, por lo que ni siquiera aplicó el artículo 4 del Decreto 565 de 1994; el cargo va encaminado a proponer una forma de entender tal disposición, por lo que debió acudir a la interpretación errónea; por último, que cuando se acude a la aplicación indebida por vía directa, se entiende que existe un error al escoger el precepto que sirve para la situación debatida, por lo que se debe indicar el precepto que a su entender ha debido ser utilizado, lo cual

no hizo la recurrente.

Respecto a las razones de orden conceptual, aduce que la acusación no puede prosperar, en razón a que la decisión tomada por los falladores fue ajustada a todas las disposiciones legales aplicables al caso referentes a la condena impuesta a la llamada en garantía, pues al existir una póliza que asegure el pago del capital necesario para la financiación de la pensión de invalidez, una vez proferida la condena, la aseguradora debe responder.

#### **XV. CARGO TERCERO**

Acusa la sentencia de violar la ley sustancial por la vía indirecta, en la modalidad de aplicación indebida del artículo 70 de la ley 100 de 1993.

Dice que el Tribunal incurrió en los siguientes errores:

- *No dar por demostrado, estándolo, que el afiliado no cotizó las semanas exigidas por la ley para obtener el derecho a la pensión.*
- *Dar por demostrado, sin estarlo, que la póliza provisional expedida por mi representada amparaba la culpa del fondo de pensiones.*
- *Dar por demostrado, sin estarlo, que la póliza previsual expedida por mi representada financiaba en cualquier caso la pensión.*

Indica que el Tribunal no tuvo en cuenta la póliza previsual (f.º 114 a 125), ni el análisis de cobertura de fidelidad (f.º 73), pues de lo contrario hubiera resuelto que el demandante no cumplía con los requisitos exigidos por la ley para obtener la pensión de invalidez, y que dicha prestación

no se encontraba amparada por la póliza expedida por la aseguradora.

En cuanto a la póliza, señala que de haberse valorado hubiera concluido que la aseguradora se obligaba a pagar la suma para financiar la prestación, pero solo si el afiliado cumplía con los requisitos exigidos por la ley para ello, no obstante, como se prueba en folio 73 del cuaderno principal, el demandante no las cumplió.

En ese orden de ideas, dice, se debe establecer la distinción entre el tipo de riesgo que asume la aseguradora, pues en este caso se trata de cubrir el reconocimiento de la pensión por cumplimiento de los requisitos de ley, y no el proveniente de actuaciones negligentes del fondo. De ahí, estima que se aplicó indebidamente el artículo 70 de la Ley 100 de 1993, imponiéndosele una condena que no tenía contractualmente por qué asumir.

## **XVI. RÉPLICA**

La AFP demandada se opone al cargo porque estimar que la cobertura de la póliza va dirigida al afiliado es equivocado, ya que, en realidad, es una cobertura a favor del fondo de pensiones en los casos que proceda la condena al pago de la pensión, como lo es en este caso la de invalidez, por lo que es la aseguradora quien debe asumir el faltante para la financiación de la pensión. Resalta igualmente que dentro del anterior supuesto, y si era el que cuestionaba el recurrente, su acusación sería de orden jurídico, por lo que

habría escogido una vía errada para fundamentar su censura.

Para finalizar, señala que una vez que se imparte condena por concepto de la pensión, se genera el riesgo para la administradora, el cual debe ser cubierto por la póliza.

## **XVII. CONSIDERACIONES**

Como se recordará, el Colegiado modificó el numeral tercero de la decisión de primer grado, para en su lugar, condenar a la aseguradora al pago de la suma adicional requerida para financiar la pensión de invalidez. Lo anterior lo soportó en que en la parte considerativa de la sentencia de primer grado se ordenó la condena a cargo de la compañía aseguradora por la suma adicional necesaria para financiar la prestación, pues el *a quo* omitió incluirlo en la parte resolutive. De lo anterior, colige la Sala, que el Tribunal hizo suyos los argumentos que expuso el *a quo* frente a esta temática, que lo condujeron precisamente a incluirlo en la parte resolutive.

Sin embargo, frente a este aspecto, el Tribunal no pudo cometer el yerro jurídico del que se le acusa, esto es, aplicar indebidamente el artículo 4 del Decreto 565 de 1994, pues su actuación se limitó a consignar en la parte resolutive la decisión que había anunciado previamente el *a quo* frente a la responsabilidad de la compañía aseguradora, razón por la cual, no estudió específicamente el Decreto aludido. Tampoco hizo referencia a que el juez de primer grado la

hubiera analizado.

Ahora bien, con independencia del contenido de la póliza previsional y de cara a la responsabilidad que se cuestiona, tal y como ya lo ha precisado la Corte, los contratos entre las administradoras de pensiones y las compañías aseguradoras, con sujeción a la Ley 100 de 1993, son verdaderos seguros previsionales propios de la seguridad social y no de naturaleza comercial (CSJ SL, 15 oct. 2008, rad. 30519), de ahí que, la responsabilidad de éstas se produce, si en juicio, se acredita la obligación pensional en cabeza de la AFP.

En tal sentido se explicó en providencia CSJ SL7895-2015:

*[...] Y es que resulta obligatoria la contratación de ese tipo de seguros en el sistema de ahorro individual, porque a diferencia de lo que sucede en el régimen de prima media con prestación definida -donde los recursos ingresan a un fondo común-, la cuenta de cada afiliado está conformada por los aportes efectuados por éste y sus rendimientos, de ahí que cuando éstos resultan insuficientes para financiar la prestación, el faltante será provisto por la compañía aseguradora con la que se haya contratado el seguro.*

*Así las cosas, resulta claro que tal cobertura es automática, pues si se condena a la AFP al pago de la prestación periódica, a la Aseguradora, por ministerio de la Ley, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes (Subrayado fuera del texto).*

Entonces, si la cobertura de los seguros previsionales en el sistema de seguridad social es automática, cuando se condena a la administradora del fondo de pensiones, como aconteció en este caso, a la aseguradora, por mandato legal, se

le extienden sus efectos en calidad de garante, razón por la cual deber asumir los valores adicionales que sean necesarios.

En ese orden, como quiera que el Tribunal encontró cumplidos los requisitos legales para la causación del derecho pensional, y evidenció la responsabilidad de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING, hoy Protección S.A., de reconocerlo y pagarlo, la compañía aseguradora, por ministerio legal debe asumir la suma adicional que resulte necesaria para financiar esa prestación.

Por último, se precisa que el documento denominado análisis de cobertura de fidelidad, ya fue analizado al resolver el cargo primero, en la medida que con el mismo se pretendía demostrar la ausencia del cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Por lo anterior, los cargos no prosperan, por lo que no se casará la decisión de segunda instancia.

Sin costas en el recurso formulado por la AFP demandada. Las costas del recurso interpuesto por la Aseguradora Compañía de Seguros Bolívar S.A. estarán a cargo de ésta y a favor de la AFP opositora por cuanto la acusación no tuvo éxito y hubo réplica. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$8.480.000 a favor de la AFP demandada, las que se incluirán en la liquidación que se

practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

## **XVIII. DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia proferida por el Tribunal Regional de Descongestión con sede en el Distrito Judicial de Santa Marta, el 30 de abril de 2013, en el proceso que instauró **VIMAR SÁNCHEZ DÍAZ** contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. ING PENSIONES Y CESANTÍAS**, hoy **PROTECCIÓN S.A.**, trámite dentro del cual fue llamada en garantía la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.**

Las 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**