



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL3133-2019

Radicación n.º 64619

Acta 025

Bogotá, D. C., treinta (30) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Decide la sala el recurso de casación interpuesto por **ÁLVARO ÁNGEL OTAVO HERRERA** contra la sentencia proferida por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira, el 26 de julio de 2013, en el proceso promovido en contra de **BBVA HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A.**

I. ANTECEDENTES

Álvaro Ángel Otavo Herrera demandó a BBVA Horizonte Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S.A., pretendiendo que se le condenara al

reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 17 de septiembre de 2005, los intereses moratorios y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, adujo que estaba afiliado a la AFP demandada desde el 26 de julio de 1995; que se le calificó por medicina laboral de la AFP con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de origen común del 58.52%, con fecha de estructuración del 17 de septiembre de 2005; que en el año 2006 elevó solicitud pensional ante la AFP, la cual se le negó mediante la comunicación CJB-06-12436 del 17 de febrero de 2006, bajo el argumento de que no cumplió con las 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la estructuración de su invalidez, ya que solo tenía 40 semanas; que en el año 2006 promovió un proceso ordinario laboral, pretendiendo la declaratoria de un contrato de trabajo con Wilson de Jesús Suárez Parra, Carlos Alberto Osorio Herrera y la Cooperativa de Trabajo Asociado Empleamos CTA, el cual culminó con sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira del 23 de abril de 2009, en la que se revocó la providencia de primer grado, y en su lugar se declaró la existencia del contrato de trabajo con Wilson de Jesús Suárez Parra, a quien condenó al pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, causadas entre el 1º de enero de 2003 y el 30 de septiembre de 2004.

Señaló que dentro del ejecutivo que presentó a continuación del ordinario, la AFP mediante oficio del 20 de

octubre de 2009, informó, que su empleador debía cancelar la suma de \$2.830.299, por los aportes objeto de condena, con sus respectivos intereses; que mediante consignación realizada el 1º de julio de 2011, el empleador Wilson de Jesús Suárez, le canceló a la AFP la suma de \$3.964.644, como pago de aportes a pensión, desde el 1º de enero de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2004; que mediante escrito del 24 de agosto de 2011, volvió a solicitar la pensión de invalidez a la AFP, la cual se le negó de nuevo mediante oficio EPTR 113339 del 6 de octubre de 2011, bajo el argumento de que solo cotizó 40,14 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración, señalando además, que los aportes efectuados en el año 2011 para el período comprendido entre el 1º de enero de 2003 y el 30 de septiembre de 2004, fueron realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez; y que a las 40,14 semanas reconocidas por la AFP dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de la estructuración, debe sumársele las 90 semanas cotizadas con sus respectivos intereses de mora, efectuadas en cumplimiento de decisión judicial, realizadas por el empleador Wilson de Jesús Suárez Parra.

BBVA Horizonte Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S.A. al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación del señor Otavo Herrera, su invalidez, la solicitud pensional elevada por él, la negativa del fondo a reconocerle la misma y el pago efectuado por el señor Suárez Parra en cumplimiento de una orden judicial. Sostuvo que el pago de los aportes correspondientes al período comprendido entre enero de

2003 y septiembre de 2004, se hizo el 1º de julio de 2011, es decir, 4 años y 8 meses con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez, por ello, no pueden trasladársele los perjuicios ocasionados, sino que deben ser directamente asumidos por el empleador moroso.

En su defensa formuló las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo y falta de causa en las pretensiones de la demanda; responsabilidad de un tercero; buena fe; y, prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira mediante sentencia del 10 de septiembre de 2012, declaró que le asistía derecho al demandante a la pensión de invalidez a partir del 17 de septiembre de 2005, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente; condenó a la AFP demandada, a pagarle por retroactivo pensional causado entre el 17 de septiembre de 2005 y el 31 de agosto de 2012 la suma de \$46.701.417, así como a continuar pagándole una mesada pensional a partir del mes de septiembre de 2012, y hacia el futuro; los intereses moratorios; y, las costas del proceso.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira a través de sentencia del 26 de

julio de 2013, al resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, revocó la providencia de primer grado, y en su lugar la absolvió de las pretensiones del libelo introductorio, y condenó al demandante a pagar las costas del proceso.

Indicó que los problemas jurídicos se orientaban a determinar, si para efectos prestacionales existe alguna diferencia entre la no afiliación al sistema pensional y la mora en el pago de los aportes pensionales; y, si en los casos de falta de afiliación, el fondo de pensiones estaba obligado o no, a reconocer la pensión de invalidez cuando el empleador realizó el pago de los aportes una vez estructurada la invalidez.

Señaló que respecto de la diferencia entre la no afiliación al sistema pensional y la mora en el pago de los aportes pensionales, se pronunció esta corporación en la sentencia CSJ SL 35211, 9 de sept. 2009; de la cual transcribió apartes.

Afirmó que bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando se está frente a la no afiliación del trabajador al sistema pensional por parte del empleador, las obligaciones que en materia pensional derivan de esa obligación, y que de haberse efectuado el registro, corresponderían al ISS o a las administradoras de pensiones en general, deben ser asumidas por el empleador incumplido, cuya conducta genera la pérdida del derecho del trabajador.

Dijo que el tema referente a los aportes cancelados luego de ocurrir la estructuración de la invalidez en eventos de falta de afiliación, también fue abordado por esta corporación, quien ha expuesto, que en los casos en que la afiliación no se consolidó por no haberse realizado aporte alguno al sistema, los ciclos que se cancelen con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, carecen de validez, por lo tanto, es el empleador quien debe asumir las obligaciones derivadas de dicha omisión; al respecto transcribió apartes de la sentencia CSJ SL 33137, 14 sep. 2010.

Adujo que de acuerdo con las pruebas arrimadas al proceso, la afiliación del demandante se realizó el 26 de julio de 1995 (f.º 168), registrando como empleador a Luis Hernando Barco Arenas, quien según los reportes efectuó pagos hasta el ciclo de mayo de 1999 (f.º 133 y 134), reportando mora en los ciclos de marzo de los años 1995 y 1996; que con posterioridad a dicha afiliación no se volvieron a presentar novedades, hasta octubre de 2004, cuando se registró como empleadora a la Cooperativa de Trabajo Asociado (f.º 134), a través de la cual se realizaron aportes hasta julio de 2005; y que en el proceso promovido por el demandante en contra de William de Jesús Suárez Parra, se ordenó el pago de los aportes del 1º de enero de 2003 al 30 de septiembre de 2004, debido a que los posteriores fueron cancelados por la cooperativa, desde octubre de 2004 (f.º 22 y 42).

Sostuvo que en el período en que se ordenó el pago de

los referidos aportes, no se había hecho registro de afiliación por el señor Suárez Parra, esto es, no había mora en el pago de los aportes, de manera que ningún derecho u obligación podía trasladarse directa o independientemente al fondo accionado, porque la primera situación hace responsable al empleador por el cumplimiento de las prestaciones que otorgaría el sistema de encontrarse afiliado, dado que fue quien omitió realizar oportunamente el registro de su trabajador, sin que ese incumplimiento pueda derivar en responsabilidad de la administradora.

Agregó que lo anterior surge con independencia de que el fondo de pensiones ante el requerimiento del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, hubiere liquidado el valor de los aportes y de los intereses moratorios del período comprendido entre el 1º de enero de 2003 y el 30 de septiembre de 2004 (f.º 94), pues ello obedeció a la orden judicial dada dentro del proceso ejecutivo laboral que buscaba el cumplimiento de la sentencia, en la cual se le ordenó al señor Suárez Parra, el pago de dichos aportes; y que el hecho de que el fondo haya recibido dicho pago después de haberse estructurado la invalidez, no lo convierte en el obligado a reconocer la prestación, pues los aportes efectuados sin mediar afiliación, o no haberse consolidado ésta, no pueden servir para reconocer la prestación del riesgo que ya se había estructurado.

Advirtió que lo anterior no significa, que deban devolverse los aportes referidos, o que éstos no puedan hacer parte de la cuenta individual del actor, pues de acuerdo con

el art. 33 de la Ley 100 de 1993, sirven para acceder a la pensión de vejez, riesgo que está pendiente de consolidarse.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que se case la sentencia del tribunal, y que en sede de instancia «[...] se confirme la proferida por el JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE PEREIRA, dictada el pasado 10 de septiembre de 2012 y una vez convertida en sede de instancia, proceda a revocar la decisión de LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA, el día 26 de julio de 2013 [...]».

Con tal propósito, por la causal primera de casación laboral, formuló dos cargos que fueron objeto de réplica, los cuales se resolverán en forma conjunta por acusar similar proposición jurídica y perseguir el mismo fin.

VI. CARGO PRIMERO

Acusó la sentencia de violar por la vía directa, las siguientes disposiciones:

[...] por falta de aplicación de los artículos 38 de la ley 100 de 1993; artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003; artículos 6º numeral 1º, 10 y 272 de la Ley 100 de 1993; Artículo 259 del Código Sustantivo del Trabajo

y de la Seguridad Social; todo en armonía con los artículos 48 y 53 de la constitución (sic) Política a consecuencia de aplicación indebida del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 MODIFICADO por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003 y el artículo 13 del Decreto 692 de 1994.

En la demostración del cargo señaló que para el tribunal el problema no es la mora, sino la afiliación al sistema; y que aquel confundió la afiliación al Sistema de Seguridad Social con la cotización, lo que lo llevó a dejar de aplicar el art. 38 de la Ley 100 de 1993, así como el art. 1 de la Ley 860 de 2003 que modificó el 39 de la Ley 100 de 1993.

Indicó que cumplió a cabalidad los requisitos para obtener la pensión de invalidez, como fue, la estructuración de la invalidez que tuvo lugar el 17 de septiembre de 2005, y las 50 semanas de cotización dentro del término de los tres años que exige el art. 1 de la Ley 860 de 2003.

Transcribió apartes de la sentencia de la Corte Constitucional CC T-235-2002; y expresó, que el *ad quem* dejó de aplicar el art. 10 de la Ley 100 de 1993, que consagra el objeto del Sistema General de Pensiones, así como el 272 de la Ley 100 de 1993, los cuales se le deben aplicar, para no hacerle más gravosa su situación.

Afirmó que el colegiado soportó su decisión en la sentencia de esta corporación CSJ SL 33137, 14 sept. 2010, la cual no resulta aplicable al presente asunto, porque en ella se trata de un trabajador que nunca se le pagó ni siquiera una semana a pensiones, y en este evento, existe una afiliación que data del año 1995, y los pagos del período

comprendido entre el «1 de enero de 2004 y el 1º de septiembre de 2005» obedecen al cumplimiento de un deber judicial que se plasmó en una sentencia, y no en la voluntad de querer trasladar a última hora el riesgo al fondo, sino todo lo contrario, pagar las cotizaciones que por ley debía hacer el señor Suárez a su favor.

Agregó que el art. 15 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 3 de la Ley 797 de 2003, consagra que son afiliados al Sistema General de Pensiones, de manera obligatoria, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y precisamente eso fue lo que hizo valer mediante la controversia jurídica; y que además, el art. 13 del Decreto 692 de 1994, consagra que la afiliación de una persona al sistema pensional, es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, no es repetible, continúa hasta cuando se ingrese al estatus de jubilado, por ello no puede confundirse la afiliación con la cotización.

Concluyó que la aplicación indebida de dichas normas conllevó a la infracción de los arts. 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, este último modificado por el 1 de la Ley 860 de 2003, al igual que los arts. 6, 10 y 272 de la Ley 100 de 1993, 259 del CST y 48 y 53 de la CN.

VII. CARGO SEGUNDO

Acusó la sentencia de violar «[...] en el concepto de interpretación errónea del artículo 15 de la Ley 100 de 1993 MODIFICADO por el artículo 3º de la Ley 797 de 2003 y el

artículo 13 del Decreto 692 de 1994; por falta de aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003; todo en armonía con los artículos 48 y 53 de la Constitución Política».

En el desarrollo del cargo expresó, que debe darse solución a los siguientes interrogantes: si para efectos pensionales existe diferencia entre la no afiliación al sistema y la mora en el pago de aportes; y, si en los casos de falta de afiliación, está obligado el fondo de pensiones a reconocer la pensión de invalidez, cuando el empleador realiza el pago de los aportes, una vez estructurada la invalidez.

Sostuvo que el tribunal confundió la afiliación con la mora, lo que lo llevó a dar una interpretación errónea que no corresponde a la normativa que abriga el derecho a la pensión de invalidez, como el art. 13 del Decreto 692 de 1994, que consagra, que la afiliación de una persona al sistema, es un acto que se produce una vez en la vida, no repetible, y que continúa hasta cuando se ingresa al estatus de jubilado, por ello, se encontraba afiliado al ISS, y le corresponde al fondo el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Dijo que el tribunal asumió una interpretación errónea, que no corresponde a las que sustentan el sistema pensional, establecidas en la norma referida, y en el art. 15 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 3 de la Ley 797 de 2003, que no tienen otra connotación que establecer derechos a favor del trabajador que ha cumplido con los requisitos para

obtener su derecho a la pensión de invalidez; y que los arts. 48 y 53 de la Constitución Política están establecidos para ser respetados por todos los ciudadanos, y en el caso del 53, cuando se trata de interpretar las fuentes formales del derecho, existe favorabilidad hacia la persona más débil, que en este caso no es otro que el incapacitado laboralmente por la enfermedad, y que cumplía con el sistema pensional al estar afiliado.

Indicó que dicha interpretación condujo al tribunal a dejar de aplicar el art. 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 1 de la Ley 860 de 2003.

VIII. RÉPLICA

Aseguró la opositora que en el primer cargo se incurrió en un error de técnica, ya que se formuló por la vía directa, por falta de aplicación, y lo que se quería era discutir la afiliación oportuna del demandante al sistema por cuenta de su empleador, por lo que aquel debió formularse por la vía indirecta.

Respecto del segundo expresó, que lo que discute el recurrente, es la interpretación errónea de unas normas y la falta de aplicación de otras, pero se confunde al tratar de justificar que el empleador Wilson de Jesús Suárez Parra estaba en mora, lo cual no es cierto; y que además carece de sustento legal alguno, la argumentación propuesta, porque el art. 13 del Decreto 692 de 1994 no fue indebidamente interpretado, ya que la afiliación es permanente, pero se

activa con la novedad del reporte de ingreso por parte de un empleador, o del mismo trabajador, cuando es independiente, y se desactiva con la novedad de retiro cuando se produce la terminación del vínculo laboral o transcurren 6 meses sin pago de cotización, como lo señala la norma.

IX. CONSIDERACIONES

En forma preliminar debe señalarse, que no se advierten las falencias técnicas expuestas por la opositora, concernientes a haberse mezclado en ambos cargos aspectos jurídicos con fácticos, ya que aquellos en su estructura fueron debidamente planteados por la vía directa, y los argumentos de orden fáctico formulados, no los desdibujan, sino que les sirven de soporte.

Habiéndose encauzado por la vía directa, debe decirse que los supuestos fácticos que quedaron definidos en las instancias, fueron los siguientes: (i) que Álvaro Ángel Otavo Herrera fue afiliado al Sistema General de Pensiones, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP demandada, el 26 de julio de 1995; (ii) que él tiene una pérdida de capacidad laboral de origen común del 58.52%, con fecha de estructuración del 17 de septiembre de 2005; (iii) que el citado señor promovió un proceso ordinario laboral en contra de Wilson de Jesús Suárez Parra y de la Cooperativa de Trabajo Asociado Empleamos CTA, el cual culminó con sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Pereira el 23 de abril de

2009, aclarada mediante providencia del 5 de mayo del mismo año, por medio de la cual se declaró la existencia entre éste y el señor Suárez Parra, de un contrato de trabajo que se extendió del 1º de enero de 2003 al 11 de julio de 2005, en consecuencia, se condenó al segundo al pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones correspondientes al período comprendido entre el 1º de enero de 2003 y el 30 de septiembre de 2004, e igualmente declaró que la citada cooperativa, actuó como intermediaria; y, (iv) que respecto del citado proceso se adelantó un proceso ejecutivo laboral que culminó por el pago de la obligación por parte del señor Suárez Parra, por consignación realizada el 1º de julio de 2011, en la cual canceló los aportes con sus respectivos intereses.

El problema jurídico se orienta a determinar, si se equivocó el tribunal al concluir, que los aportes correspondientes al período comprendido del 1º de enero de 2003 al 30 de septiembre de 2004, efectuados a favor del demandante, a través del empleador Suárez Parra, de manera tardía, no pueden tenerse en cuenta para el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común.

El tribunal les restó validez, bajo el argumento de que se trató de aportes respecto de los cuales no medió afiliación por parte de su empleador.

En sentir del recurrente, el tribunal confundió la afiliación con la cotización, incurriendo de esa forma en una aplicación indebida del art. 15 de la Ley 100 de 1993

modificado por el art. 3 de la Ley 797 de 2003, al igual que del art. 13 del Decreto 692 de 1994, porque la primera de las disposiciones consagra, que son afiliados al Sistema General de Pensiones, de manera obligatoria, todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo, y precisamente eso es lo que hizo valer mediante el proceso ordinario laboral promovido en contra de Wilson de Jesús Suárez Parra, en el que se profirió sentencia favorable a sus intereses, y se dispuso el pago de las cotizaciones a su cuenta de ahorro individual para amparar los riesgos de IVM; y la segunda, reza que la afiliación a dicho sistema es permanente.

Al respecto debe precisarse que dados los supuestos fácticos presentes en este evento, en efecto se incurrió por parte del tribunal en un error jurídico, por lo que pasa a exponerse.

Es cierto que la jurisprudencia de esta corporación ha diferenciado los efectos de una «*mora*» en el pago de los aportes, de los de una «*falta de afiliación*» al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes, como lo dedujo el juez de la apelación.

Frente a la primera situación, la «*mora*» en el pago de aportes, la corte ha expresado, que la validez de las semanas cotizadas, por la mora del empleador en el pago del aporte, no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el

adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro.

Así lo ha adoctrinado desde la sentencia CSJ SL 34270, 22 jul. 2008, reiterada, entre otras, en las CSJ SL 38622, 17 may. 2011; CSJ SL 43839, 13 feb. 2013; y CSJ SL 41802, 15 may. 2013, en la que se concluyó que:

[...] 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.

De otro lado, tratándose de las hipótesis de la «falta de afiliación» al sistema de pensiones, la corporación venía sosteniendo que no era posible asemejar ese fenómeno al de la «mora» en el pago de los aportes, pues:

[...] no sería sensato equiparar la responsabilidad jurídica del empleador que tiene a sus trabajadores afiliados, pero se encuentra en mora en el pago de algunas cotizaciones, con el patrono que no afilia, pues es evidente que en este segundo evento toda la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre él, situación que razonable y proporcionalmente no se puede predicar del empleador moroso en tales aportes, toda vez que tiene la opción de pagar, ponerse al día y contribuir con el sistema actualizando sus deudas para con el sistema de seguridad social. (Ver sentencias CSJ SL 41023, 14 jun. 2011; CSJ SL 42243, 30 ag. 2011; y CSJ SL 43188, 28 ag. 2012).

De ahí que en principio, le asistiría razón al *ad quem*, al prohiar una diferencia conceptual entre la «mora» en el pago de los aportes y la «falta de afiliación» al Sistema General de Pensiones, así como al establecer que, en este último caso, el

obligado al pago de las prestaciones de la seguridad social es el empleador incumplido.

Sin embargo no puede dejarse de lado, que igualmente la jurisprudencia de esta corporación, ha tenido una evolución, coordinada y concordante con el espíritu de las nuevas disposiciones que ha expedido el legislador para contrarrestar estas hipótesis de falta de afiliación, que afectan la configuración del derecho pensional de los afiliados, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad, unidad, integralidad y eficiencia (art. 2 Ley 100 de 1993); estando encaminada aquella, a lograr la financiación plena de las prestaciones, así como unidad en su reconocimiento, a través de las entidades de seguridad social.

Para fincar tal posición, la sala ha reconocido que «[...] la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado» (CSJ SL 33476, 30 sep. 2008), de manera que, con fundamento en disposiciones como el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 2 de la Ley 797 de 2003:

[...] no es que la única forma de acceder a la pensión sea por el cumplimiento de tiempos efectivamente cotizados, sino que también resulta admisible que se tome en cuenta el tiempo de servicio, sin importar que no se hubiere hecho con aportes al sistema, como ocurría especialmente con los empleados públicos. Ello no significa que se deban reconocer pensiones sin que existan las cotizaciones, pues como ya se anotó, la cotización surge con la actividad como trabajador, independiente o dependiente, en el sector público o privado, por lo que el hecho de que exista mora en su pago, no implica la inexistencia del aporte. (CSJ SL13128-2014)

Concretamente, en casos como el presente, en que previamente debió solicitarse vía judicial la declaratoria de un contrato laboral, en el que consecuentemente tampoco hubo inscripción al Sistema General de Pensiones, en cuanto a la responsabilidad de la administradora de pensiones respecto de dicho tiempo, se pronunció la corte en la sentencia CSJ SL14388-2015, en los siguientes términos:

2.2. Declaración de contratos realidad en los que no hubo inscripción al sistema de pensiones.

La Corte también ha tenido la oportunidad de analizar situaciones en las que se solicita la declaración de contratos de trabajo, por virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, y, como consecuencia de su declaración, surge la obligación del empleador de afiliación del trabajador al sistema de pensiones, así como su consecuente incumplimiento.

Ante dicho panorama, valiéndose de las disposiciones y principios del sistema de seguridad social, la Corte ha optado por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla, a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado, como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social, que mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes.

En la sentencia CSJ SL2731 de 2015, la Sala señaló al respecto:

En efecto, dicha Corporación concluyó que en este caso se había configurado una afiliación tardía, que debía ser resuelta «...a la luz de los reglamentos de afiliación, aportes y recaudos y el general de sanciones vigente en el ISS para la fecha en que se desarrolló la relación laboral entre las partes en conflicto, pues se repite, la responsabilidad de la empresa frente a la pensión de jubilación fue subrogada con la afiliación que hiciera al Instituto de Seguros Sociales...» También destacó que en el curso del proceso se había discutido la existencia del contrato de trabajo para las fechas en las cuales se había generado una afiliación tardía por parte del empleador, y que, ante la realidad de su existencia, «...la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que el empleador podrá optar por cancelar al seguro social los aportes por dicho periodo, permitiendo de esta forma que el trabajador complete los requisitos que las normas que regulan la pensión de vejez le exigen acreditar.»

Frente a tales reflexiones, esta Sala de la Corte se ha orientado a determinar que las normas que pueden contribuir a resolver esas

hipótesis de omisión en el cumplimiento de la afiliación al Instituto de Seguros Sociales o en el pago de aportes, con arreglo a los principios de la seguridad social de universalidad e integralidad, deben ser las vigentes en el momento del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión, pues ciertamente ha existido una evolución legislativa tendiente a reconocer esas contrariedades, de manera tal que las pueda asumir el sistema de seguridad social, pero sin que se afecte su estabilidad financiera.

Un claro ejemplo de ello son las previsiones contenidas en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, conforme con las cuales deben tenerse en cuenta como tiempos válidos para la pensión de vejez, entre otros, «...el tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión...», así como «...el tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.» Todo ello, con la previsión de que «...el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional.»

En esa dirección, en anteriores oportunidades en las que se ha discutido la existencia del contrato de trabajo y se ha optado por declararlo, ante la realidad de que el trabajador no estuvo afiliado al sistema de pensiones durante la vigencia del vínculo laboral, se ha sostenido que la solución a dicha problemática es que la respectiva entidad de seguridad social tenga en cuenta el tiempo de servicios y recobre el valor de los aportes, mediante un título pensional. En la sentencia CSJ SL665-2013 se precisó al respecto:

En torno a los aportes para el régimen de pensiones, la Corte debe advertir que, con arreglo a lo establecido en el literal d) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en la forma en la que fue modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez, se debe tener en cuenta “[e]l tiempo de servicios como trabajadores vinculados con aquellos empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador.”

En tales condiciones, a pesar de que los aportes al sistema de pensiones constituían una obligación inherente a la relación laboral que fue declarada entre los demandantes y la IPS PLENISALUD, frente a la cual concurre como deudor solidario COMFAORIENTE, lo procedente en estos casos es que, la administradora de pensiones respectiva tenga en cuenta el tiempo de servicios por el cual no hubo afiliación ni cotizaciones, y recobre el valor de los aportes con el cálculo actuarial respectivo, para lo cual deberá tramitar el bono o título pensional allí previsto. Entre tanto, dada la ventaja que otorga la norma anteriormente

mencionada, no resulta procedente ordenar el pago de los aportes en la forma pedida. Por lo mismo, en este aspecto, será confirmada la sentencia apelada.

De igual forma, en la sentencia CSJ SL646-2013, la Corte explicó:

En reciente decisión del pasado 20 de marzo, radicación 42.398, la Sala, en línea de doctrina, señaló que dado que la prestación, bajo estudio, no se causó antes de la Ley 100 de 1993, su expectativa de pensión está regulada por esta disposición y sus modificaciones.

Por tanto, se dijo, que la consecuencia para el empleador omiso de afiliarse a sus trabajadores o, en caso de una afiliación tardía, a la luz del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no es otra que pagar el capital correspondiente al tiempo dejado de cotizar necesario para financiar la pensión por vejez, establecido desde la vigencia del precitado artículo 6º del Acuerdo 189 de 1965, aprobado por el Decreto 1824 del mismo año. Entonces, debe responder con el traslado a la entidad pensional del valor del cálculo actuarial liquidado en la forma indicada por el Decreto 1887 de 1994 a satisfacción de la entidad que recibe, como quedó atrás dicho.

Asimismo, explicó la Corte Suprema de Justicia que el inciso 6º artículo 17 del Decreto 3798 del 26 de diciembre 2003 que modificó el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995 (modificado también por el artículo 15 del Decreto 1474 de 1997), hizo, de forma expresa, la remisión al mencionado Decreto 1887 de 1994 para efectos de hacer igualmente el cálculo correspondiente de la pensión por el tiempo laborado al servicio del empleador que omitió la afiliación a la entidad administradora de pensiones.

En igual sentido puede verse la sentencia CSJ SL14426-2014.

[...]. (negritas propias del texto)

Lo expuesto, aplicado al caso en particular, permite concluir, que como las cotizaciones del señor Otavo Herrera, correspondientes al ciclo comprendido entre el 1º de enero de 2003 y el 30 de septiembre de 2004, tuvieron sustento en el contrato de trabajo celebrado entre éste y Wilson de Jesús Suárez Parra; y como tales aportes efectivamente se le cancelaron a la AFP por parte de dicho empleador, con el pago de los respectivos intereses moratorios, en

cumplimiento de una orden judicial, entrando así a la cuenta de ahorro individual del afiliado, la afiliación en la omisión se regularizó, por lo tanto, es la entidad de seguridad social la llamada a responder, sin que pueda oponerse a ello, el argumento según el cual, las cotizaciones fueron efectuadas con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez.

Aunado a lo anterior, debe considerarse, que a través de la Cooperativa de Trabajo Asociados Empleamos CTA, a quien se declaró como simple intermedia en la sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso ordinario promovido por el demandante, se efectuaron las cotizaciones a pensiones a partir del 1º de octubre de 2004 (f.º 134).

Adicionalmente debe expresarse, que la sentencia expedida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito de Pereira el 23 de abril de 2009, aclarada mediante providencia del 5 de mayo del mismo año, en la que se declaró la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y el señor Suárez Parra, es declarativa del derecho, y no constitutiva, lo que implica darle efectos retroactivos a las cotizaciones en pensiones respecto del tiempo en que tuvo lugar aquel.

Sobre la naturaleza de las sentencias que declaran la existencia de un contrato de trabajo, se pronunció esta corporación en la providencia CSJ SL3169-2014, en los siguientes términos:

A ello cabría agregar que por muy sugestiva que parezca la tesis

que pregonan un carácter 'constitutivo' a las sentencias que dirimen los conflictos del trabajo cuando quiera que, entre otros aspectos, resuelven sobre la naturaleza jurídico laboral del vínculo que ata a las partes, no explican a satisfacción, pues ni siquiera lo hacen con el aludido concepto de 'sentencia constitutiva', el por qué se generan derechos y obligaciones hacia el pasado de un status laboral que apenas vendría a ser 'constituido' mediante esa clase de sentencia, por ser sabido que esta tipología de providencias crea, extingue o modifica una determinada situación jurídica, esto es, genera una 'innovación' jurídica, es decir, una situación jurídica que antes no existía, produciendo así sus efectos 'ex nunc', o sea, hacia el futuro, pues es allí donde nacen, se extinguen o se modifican las obligaciones y derechos derivados de esa 'nueva' situación jurídica; en tanto, que las sentencias 'declarativas', como lo ha entendido la jurisprudencia, son las que reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda, eliminando así cualquier incertidumbre acerca de su existencia, eficacia, forma, modo, etc., frente a quien debe soportar o cargo de quien se pueden exigir determinadas obligaciones o derechos derivados de la dicha situación o estado jurídico, por manera que, sus efectos devienen 'ex tunc', esto es, desde cuando aquella o aquel se generó. Tal el caso del estado jurídico de trabajador subordinado, por ser igualmente sabido que para estarse en presencia de un contrato de trabajo solamente se requiere que se junten los tres elementos esenciales que lo componen: prestación personal de servicios, subordinación jurídica y remuneración, de forma que, desde ese mismo momento dimanen, en virtud de la ley primeramente, y de la voluntad o la convención colectiva de trabajo, si a ello hay lugar, los derechos y obligaciones que le son propios.

Valga precisar además, que la anterior, es la lectura que se le debe dar a la situación puesta en consideración de la sala, a la luz de los postulados de eficiencia, solidaridad y sostenibilidad financiera del sistema, que rigen la seguridad social como un servicio público a cargo del Estado, con la connotación además, de derecho irrenunciable (art. 48 CN).

En consecuencia, se incurrió por parte del *ad quem* en una aplicación indebida del art. 15 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 3 de la Ley 797 de 2003, lo que a su vez conllevó a la infracción del art. 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 1 de la Ley 860 de 2003.

Por lo anterior, los cargos están llamados a prosperar.

Sin costas en el recurso, dada su prosperidad.

X. SENTENCIA DE INSTANCIA

En instancia, se reiteran las razones expuestas en sede extraordinaria, y se precisa que la norma que regula el derecho a la pensión de invalidez, es la que se encuentra vigente al momento en que se estructura la pérdida de la capacidad laboral (CSJ SL2008-2018). En ese sentido, como tal suceso ocurrió el 17 de septiembre de 2005, se advierte que la disposición que gobierna la situación pensional, es el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el 39 de la Ley 100 de 1993.

Dentro de los requisitos que exige tal normativa, se encuentra el haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral. Atendiendo a que el demandante en el período comprendido entre el 17 de septiembre de 2002 y el 17 de septiembre de 2005, cotizó 40.14 semanas que fueron reconocidas por la AFP, y a éstas se le deben sumar las 90 correspondientes al período comprendido entre el 1º de enero de 2003 y el 30 de septiembre de 2004, para un total de 130.14 semanas, por lo que reúne la densidad de cotizaciones prevista en la disposición, y por lo tanto, le asiste derecho a la prestación.

Como la apelación de la parte demandada se centró exclusivamente en que no le asistía derecho al actor al reconocimiento pensional, no quedan otros aspectos pendientes de resolver.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia que impuso a cargo de la demandada el reconocimiento pensional.

Costas como se indicó en la primera instancia. Sin lugar a ellas en la alzada.

XI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira el veintiséis (26) de julio de dos mil trece (2013), en el proceso promovido por **ÁLVARO ÁNGEL OTAVO HERRERA** en contra de **BBVA HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A..**

Sin costas en casación.

En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pereira, el diez (10) de septiembre de dos mil doce (2012).

Costas como se dijo en la parte motiva.

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

Falwals
ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR R.O.
OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GFR
GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

 República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Secretaría Adjunta

Se deja constancia que en la fecha se fijó edicto.

Bogotá, D. C., 14 AGO 2019 - 08:00 A.M.

[Firma]
SECRETARIO ADJUNTO

 República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Secretaría Adjunta

Se deja constancia que en la fecha se desfija edicto.

Bogotá, D. C., 14 AGO 2019 - 05:00 P.M.

[Firma]
SECRETARIO ADJUNTO

 República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Secretaría Adjunta

Se deja constancia que en la fecha y hora señaladas, queda ejecutoriada la presente providencia

Bogotá, D. C., 20 AGO 2019 Hora: 05:00 P.M.

[Firma]
SECRETARIO ADJUNTO