



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4



OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL5445-2019

Radicación n.º 68175

Acta 044

Bogotá, DC, diez (10) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

Decide la sala el recurso de casación interpuesto por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA** (antes **ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA SA**), contra la sentencia proferida por la Sala Primera de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 7 de mayo de 2014, en el proceso que instauró **FABIOLA DE JESÚS CASTRO GÓMEZ** como curadora provisional de **WILLIAM FERNANDO ROJAS CASTRO** en su contra y en el de **CIELOTEK DIVITEK SA**

(antes **PATRICIA OCHOA & CÍA S EN CS**), en el cual se vinculó a **ALBERTO OSORIO VALENCIA** como litisconsorte necesario por pasiva, y se llamó en garantía a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR SA**.

I. ANTECEDENTES

Fabiola de Jesús Castro Gómez como curadora de William Fernando Rojas Castro demandó a ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía SA (antes Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Santander SA), hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA y a Cielotek Divitek SA (antes Patricia Ochoa & Cía S en CS), pretendiendo que se condenara a la primera al pago de la pensión de invalidez, según lo normado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, o en su lugar, a la segunda, por la no afiliación del trabajador desde el inicio de la relación laboral, y por encontrarse en mora al momento del accidente; y a las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones adujo que su representado se encuentra afiliado al Sistema General de Pensiones desde el 1º de enero de 1995; que celebró un contrato de trabajo con la sociedad Patricia Ochoa & Cía S en CS, transformada posteriormente en Cielotek Divitek SA, desde el 26 de diciembre de 1996; que fue afiliado a la AFP Colmena AIG Pensiones y Cesantías, luego ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA, en el mes de octubre de 1999, cotizándole hasta el mes de noviembre de ese año; que dicha afiliación se realizó por

medio de Alberto Osorio Valencia, persona diferente a su verdadera empleadora, quien no lo afilió al sistema desde la fecha de inicio de la relación laboral, a pesar de que le efectuaba las correspondientes deducciones de su salario.

Señaló que la AFP Colmena se transformó en la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Santander SA, y luego en ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA; que desde el 1º de abril hasta el 29 de noviembre de 2000, la sociedad Patricia Ochoa & Cía S en CS, continuó cotizando a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Santander, el valor de las cotizaciones mensuales a favor del trabajador; que su representado sufrió un accidente de origen común el 5 de marzo de 2000, data en la cual se encontraba en mora en el pago de las cotizaciones por concepto de pensiones; que la empleadora le dio por terminado el contrato, el 5 de septiembre de 2000, en forma unilateral e injusta.

Agregó que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 57.15%, con fecha de estructuración del 5 de marzo de 2000, momento para el cual se encontraba inactivo frente al sistema, debido a la mora de su empleadora en el pago de las obligaciones al fondo de pensiones, quien tampoco realizó el cobro coactivo de las mismas; que el asegurado elevó solicitud pensional ante ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA el 21 de agosto de 2001, la cual se le negó bajo el argumento de que no cumplía con los requisitos establecidos por el art. 39 de la Ley 100 de

1993; y, que el Juzgado Octavo de Familia de Medellín decretó la interdicción provisional por demencia del señor Rojas Castro, designándola como su curadora.

ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía SA, al dar respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones. Aceptó la afiliación del señor Rojas Castro por cuenta del empleador Alberto Osorio Valencia, desde el 5 de octubre de 1999; las transformaciones que ha sufrido como empresa; el accidente de origen común sufrido por el asegurado, y la mora en el pago de las cotizaciones en ese momento, con la aclaración de que fue respecto del empleador Osorio Valencia; la calificación de pérdida de capacidad laboral al asegurado, su porcentaje y origen; la solicitud pensional elevada por él y la negativa dada a la misma; y, la declaratoria de interdicción por demencia del señor Rojas Castro, así como la designación de su curadora.

Señaló que resulta un imposible físico y jurídico realizar un cobro coactivo con respecto a una presunta deuda de un empleador que no figura como tal, como fue la sociedad Patricia Ochoa & Cía S en CS.

En su defensa propuso la excepción previa de falta de integración de la litis por pasiva con Alberto Osorio Valencia; y las de mérito que denominó falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, necesidad del equilibrio financiero del sistema y prescripción.

Igualmente solicitó llamar en garantía a la Compañía de Seguros Bolívar SA, en razón de que aquella, expidió la póliza de seguro colectivo de invalidez y sobrevivientes n.º OFP-IS 000001, mediante la cual se amparó a los afiliados de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Davivir SA, luego Pensiones Santander SA, y posteriormente ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SA, para obtener la suma adicional requerida con el fin de completar el capital necesario para el pago de la pensión, siempre y cuando la invalidez o muerte del afiliado fuere por riesgo común, ocurriera durante la vigencia de la póliza y se cumplieran los demás requisitos adicionales exigidos en la misma.

Cielotek Divitek SA fue emplazada y representada a través de curador *ad litem*, quien, al dar respuesta a la demanda, expresó que, si se probaban los supuestos de hecho expuestos, no habría razón para no acoger las pretensiones.

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Medellín a través de auto del 19 de enero de 2011, declaró probada la excepción de falta de integración de la litis por pasiva respecto de Alberto Osorio Valencia, y decretó la comparecencia al proceso de la Compañía de Seguros Bolívar SA, como llamada en garantía.

La Compañía de Seguros Bolívar SA al dar respuesta al llamamiento, manifestó que es cierto lo relativo a la póliza suscrita con la Administradora de Fondos de Pensiones y

Cesantía Davivir SA, la cual se encontraba vigente para el 5 de marzo de 2000; y que aquella cubrirá la suma adicional para el reconocimiento de la pensión de invalidez, siempre y cuando el afiliado cumpla con los requisitos legales para causar el derecho a la prestación económica a largo plazo.

En su defensa propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación de reconocer suma adicional por no cumplir con los requisitos para la pensión, inexistencia del derecho, sostenibilidad financiera del sistema, prescripción, suma adicional y buena fe.

Alberto Osorio Valencia fue emplazado y representado a través de *curador ad litem*, quien, al dar respuesta a la demanda, expresó en cuanto a las pretensiones, que se atiene a lo que se pruebe en el proceso, y que no le constan los hechos expuestos en ella. Formuló la excepción que denominó inexistencia de Alberto Osorio Valencia.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Medellín mediante sentencia del 31 de enero de 2013, declaró prósperas las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación de reconocer suma adicional por no cumplir con los requisitos para pensión, inexistencia del derecho e imposibilidad de aportes en mora por indebida afiliación; y, absolvió a ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía SA, a Cielotek Divitek SA, a la

Compañía de Seguros Bolívar SA y a Alberto Osorio Valencia, de todas las pretensiones del libelo introductorio.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Primera de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín a través de sentencia del 7 de mayo de 2014, al resolver el recurso de apelación propuesto por la demandante, revocó la providencia de primer grado, y en su lugar condenó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, a reconocer y pagar a William Fernando Rojas Castro la suma de \$77.206.580 por concepto de retroactivo de la pensión de invalidez, causado entre el 6 de septiembre de 2000 y el 30 de abril de 2014.

También la condenó a continuar reconociéndole a partir del 1º de mayo de 2014, una mesada pensional de \$616.000, junto con la adicional de junio; los intereses moratorios del art. 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de julio de 2008, y hasta que se verifique el pago efectivo de la condena, teniendo en cuenta la tasa máxima legal establecida al momento del pago; y, las costas del proceso; así mismo, ordenó a la Compañía de Seguros Bolívar SA, responder por el valor asegurado en la póliza suscrita con la AFP demandada, para cubrir la suma adicional requerida que permita financiar el capital necesario para el pago de la pensión de invalidez.

En lo que concierne al recurso, el tribunal consideró como problema jurídico, determinar si le asiste derecho a William Fernando Rojas Castro, al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por parte de la AFP Protección, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993.

Adujo que del análisis de cobertura en el Sistema General de Pensiones, expedido por la AFP Protección el 19 de agosto de 2004, se observan cotizaciones a favor del asegurado en los ciclos octubre (25 días), noviembre (30 días) y diciembre de 1999 (20 días), pero a partir del 5 de marzo del 2000, se lee: «*Aporte Extemporáneo empleador Alberto Osorio Valencia*», y que en la respuesta a la demanda dada por la AFP, se expresó «*La falta de cotizaciones durante los últimos diez días de diciembre de 1999, de los meses de enero y febrero de 2000 y de los primeros 5 días de marzo de 2000, en forma oportuna por parte del empleador [...]*».

Luego de hacer unas disquisiciones teóricas en torno a los fallos *extra y ultra petita* que encuentran sustento en el art. 50 del CPTSS, y referir la sentencia de la Corte Constitucional CC-662-1998, señaló, que en el caso bajo estudio, la juez de primer grado llegó a la conclusión de que de acuerdo con la prueba recaudada en el proceso, no se logró demostrar la existencia de una relación laboral entre William Fernando Rojas Castro y la sociedad Patricia Ochoa & Cía S en C, hoy Cielotek Divitek SA, ni mucho menos con Alberto Osorio Valencia «*y por lo tanto se deriva que para el momento de estructuración de la invalidez, el acá pretensor no se encontraba cotizando al sistema general de pensiones, por*

lo que, la norma a aplicar al caso bajo estudio es el artículo 39 literal B de la ley de 1993», pasando por alto, que el motivo esgrimido por la AFP para negar el derecho pensional, consistió en que el asegurado no reunía la densidad mínima de semanas cotizadas para la época en que se estructuró su estado de invalidez, sin que se hubieran puesto en duda las cotizaciones registradas hasta entonces.

En ese orden de ideas, indicó que la juez de primer grado para esgrimir un argumento que le permitiera negar el derecho deprecado, se fue más allá, aun en contra del querer de las partes, olvidando que la demanda y su respuesta señalaban los límites dentro de los cuales debía resolverse el conflicto jurídico planteado, por ello no podía entonces negar que el señor Rojas Castro laboró para Alberto Osorio Valencia o para la empresa Cielotek Divitek SA, porque ello no estaba en discusión, y no advirtió a las partes que ese asunto sería motivo de análisis en la sentencia para que estas prestaran sus argumentos; luego expresó:

Ahora bien, con el único ánimo de brindar garantía a las partes, y solo por eso, se precisa que no comparte esta Colegiatura la afirmación que se hace en la sentencia, por cuanto no se acompasa con la realidad probatoria que milita en el proceso. En efecto, si observamos los documentos que obran de folios 21 a 40, 82, 460 a 463, entre otros, se aprecia de bulto que el señor Osorio Valencia aparece como el empleador responsable de las cotizaciones para pensión en favor del señor William Fernando Rojas Castro.

Además de lo anterior, el señor Manuel Antonio Meneses Gaviria, testigo traído al proceso, folios 581, afirma que conoció al actor laborando en la empresa Cielotek, durante los años 1998 o 1999 y hasta el 2005 cuando padeció el accidente. Señala que el señor Alberto Osorio era un contratista de la empresa demandada y para la fecha en que el señor Rojas se accidentó se encontraba laborando para Cielotek. Dice que William Fernando era un contratista, lo cual nos da a entender que, si este no estaba

vinculado laboralmente a la empresa Cielotek, pero el señor Osorio en su calidad de contratista lo tenía afiliado a la seguridad social, obvio es pensar que, en realidad, el actor era trabajador del señor Osorio Valencia.

Lo dicho encuentra respaldo además en la presunción del artículo 24 del CST.

En cuanto al pago de los aportes a la seguridad social, dijo que la legislación previó los mecanismos jurídicos necesarios para que las administradoras obtengan el pago de los aportes a pensión, cuando los empleadores incurren en mora respecto ellos; circunstancia ajena al afiliado, a quien no se le podía desconocer el derecho a adquirir la prestación, bajo el argumento de que el empleador no pagó los aportes al Sistema de Pensiones en la debida oportunidad.

Transcribió el art. 17 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 4 de la Ley 797 de 2003, y expresó que sobre el empleador recaía la responsabilidad de cancelar los aportes a la seguridad social, en la parte que a él y a su trabajador le corresponde, y que solamente quedaría eximido del pago cuando «*i) cumpla con las condiciones exigidas por la ley para la obtención de su pensión mínima de vejez, (ii) obtenga pensión de invalidez, o (iii) obtenga la pensión de forma anticipada*».

Así mismo agregó, que el artículo 24 *ibidem* otorgó a las administradoras de pensiones la facultad de ejercer las correspondientes acciones de cobro, por lo tanto, la falta de diligencia de esta gestión no puede traducirse en un menoscabo a la expectativa de pensión que venía construyendo el asegurado a través de su fuerza laboral,

porque con ello se violaría el derecho irrenunciable a la seguridad social contenido en el artículo 48 de la Constitución Política.

Sostuvo que, si el empleador incurría en mora en el pago de los aportes a la seguridad social, porque no cumplía con su responsabilidad, dicho acto no podía generar consecuencias negativas para el trabajador, no solo porque no era su obligación, sino porque las administradoras del régimen pensional cuentan con las herramientas para ejercer el cobro coactivo pertinente.

Transcribió apartes de las sentencias CC T-558-1998, T-276-2010, T-205-2002, T-928-2008 y T-177-1998, así como de la CSJ SL 34270, 22 jul. 2008, y manifestó:

El Caso Concreto

Seguros Bolívar al responder el requerimiento que hizo el Fondo de Pensiones y Cesantías Santander dice que:

«Lamentablemente de acuerdo con la información suministrada por el Fondo de Pensiones y Cesantías Santander, y teniendo en cuenta que para la fecha en que se produjo el estado de invalidez (05 de marzo de 2000) el afiliado no estaba cotizando al sistema y durante el año inmediatamente anterior solamente cotizó 10,7142 semanas, razón por la cual no se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 39 de la ley 100 de 1993 para tener derecho a la pensión de invalidez por riesgo común».

A folios 82 del expediente obra copia de la historia laboral correspondiente al señor Rojas Castro en donde consta que su empleador Alberto Osorio cumplió con pagar algunos aportes y estuvo en mora en el pago de otros; tal como se relacionó renglones atrás. Dicho empleador el 5 de marzo de 2000, fecha del accidente, pagó un aporte extemporáneo; significando ello que este cumplió con la afiliación del señor Rojas al Sistema General de Pensiones, luego, sin asomo de duda, para el momento en que ocurrió el accidente, el actor, se encontraba afiliado a dicho Sistema en calidad de cotizante activo; superando con creces las 26 semanas

de cotización al momento de generarse el estado de invalidez. Por ello, la administradora no podía negarse a reconocer los derechos que a él competían, sin detenerse a mirar si se encontraba o no al día en sus cotizaciones.

Siendo consecuentes con lo antes analizado, la Sala considera que el señor William Fernando Rojas Castro tiene derecho a que se le reconozca la pensión de invalidez, pues la pérdida de su capacidad laboral asciende a 57.15%, con estructuración el 05 de marzo de 2000.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, concedido por el tribunal y admitido por la corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la corte case la sentencia atacada, para que, en sede de instancia, confirme el fallo de primer grado.

Con tal propósito formuló un cargo, el cual no fue replicado.

VI. CARGO ÚNICO

Acusó la sentencia de violar por la vía directa:

[...] en lo que concierne con la violación medio, por interpretación errónea el artículo 50 del C.P.T. y S.S. y por infracción directa los artículos 305 y 306 del C.P.C. aplicables al proceso laboral en virtud del artículo 145 del C.P.T. y S.S., y como violación fin, por aplicación indebida los artículos 17, 21, 22, 24, 38, 39, 40, 41, 57, 69, 70, 108, 141 de la ley 100 de 1993, 1, 2, 5 del decreto 2663 de 1994; 48 de la C.N. (art. 1º del A.L. No. 1 de 2005).

En su demostración adujo que el tribunal inició su discurso con una supuesta aplicación por parte del a *quo* de las facultades que le concede el artículo 50 del CPTSS, para concluir, que aquel cuando extendió la argumentación de la defensa más allá de lo expresado por la demandada, incurrió en violación de dicha disposición.

Dijo que el *ad quem* hizo una sucesión de elaboraciones conceptuales, algo complejas, con el fin de concluir que no compartía el uso que el juez de primer grado le dio a las facultades *extra y ultra petita*, por tal razón asumió el conocimiento del proceso desde su propio punto de vista.

Luego expresó:

En realidad, además de extrañas, esas consideraciones resultaban inútiles porque bien se habría podido abordar el desarrollo de los argumentos que expresó el Ad quem sin necesidad de esas consideraciones, pero al final adquieren alguna importancia porque sí reflejan un claro desconocimiento de lo previsto en los artículos 305 y 306 del C.P.C. que le imponen al juez declarar todos los medios exceptivos que encuentre establecidos aunque no hubieran sido propuestos por la parte demandada, salvo las excepciones que requieren expresamente su interposición, que es el caso de la prescripción, la compensación y la nulidad relativa.

Cabe igualmente señalar que en el caso de la demandada, además, no es posible la aplicación de la señalada disposición porque ella está concebida en favor de la parte actora y cuando ella no ha pedido "salarios, prestaciones o indemnizaciones" que resulten debatidos y probados en el proceso. Es una disposición eminentemente tutelar del trabajador y no se entiende de dónde pudo colegir el Tribunal su aplicación al caso presente.

Ese error condicionó el resto de su sentencia porque a partir de allí aceptó que el demandante había tenido un empleador que solamente había pagado unas cotizaciones insuficientes por cuenta del actor, pero que con un pago extemporáneo y posterior a la fecha de la estructuración del estado de invalidez, había

terminado completando lo requerido para cumplir la previsión del artículo 39 de la ley 100 de 1993.

Indicó que por lo expuesto, la discusión giraba en torno a las cotizaciones que se hicieron tardíamente, y además, luego de ocurrido el percance por el cual se solicita la prestación. .

Afirmó que la posición adoptada, que es igual a la que se ha sentado en otras decisiones por las altas cortes, supone que es posible completar los requisitos para un derecho con posterioridad al momento señalado por la ley para tal efecto; y manifestó que:

De tal tamaño es la inconsistencia en la que incurre el Tribunal que, como sucede frecuentemente, no tiene en cuenta que la seguridad social corresponde a un régimen contributivo, que no pertenece al Estado sino a la Sociedad y que cualquier suma que no se le pague es una suma que se le está quitando al esfuerzo de todos los demás que aportan en procura de su sostenibilidad financiera, que por falta de aceptación por parte de los usuarios y entre ellos los jueces, tuvo que ser elevada como principio a nivel constitucional.

Expuso que es cierto que la mora no supone que la administradora de fondo de pensiones se exonere del reconocimiento de la prestación, en tanto dicho valor se cubra antes de la ocurrencia del accidente asegurado, por cualquiera de las vías que la ley contempla, incluyendo la gestión de cobro que le compete hacer a dichas administradoras, por tal razón, no se podía aplicar cuando ya el riesgo había ocurrido, como sucedió en este caso, en el que los pagos se hicieron luego de estructurada la invalidez del señor Rojas Castro «Eso equivaldría al pago de la prima de un seguro de incendio luego de que se ha quemado el bien

protegido, para que reconozcan la indemnización correspondiente. Tal inconsistencia es totalmente inadmisibile».

Aseguró que el tribunal acudió a varias expresiones jurisprudenciales que no se cuestionan, porque en aquellas no se dice lo que expresó el fallador de segundo grado en su sentencia, dado que en ellas no se está avalando que los pagos de las cotizaciones se hicieran después de acaecido el riesgo.

Manifestó que el colegiado admitió que al aceptarse el pago luego del insuceso, se producía un allanamiento a la mora, y el cubrimiento de las cotizaciones atrasadas se convertía en efectivas *«[...] lo cual es totalmente errado porque conduce a que si se produce el daño cuando hay mora, la entidad de seguridad social ya no tiene posibilidad de recaudar lo que se le debe porque en tal caso se le castiga con imponerle el reconocimiento de la pensión. [...]».*

Agregó que dicho razonamiento resulta equivocado, debiendo entenderse que si la administradora aceptaba el pago, era porque este se causó y tenía el derecho a recibirlo, pero que ello no superaba los efectos de haber estado el obligado en situación de incumplimiento cuando se materializó el riesgo que se pretendía cubrir, para el caso el empleador, situación que impidió el cubrimiento del riesgo, y por tanto, era aquel el responsable de las consecuencias del mismo.

Reiteró que quien incurrió en la violación de las disposiciones concernientes a la obligación de pagar oportunamente los aportes a la seguridad social, fue el empleador, lo cual impidió el cubrimiento del riesgo, y por tanto, es el responsable de las consecuencias del mismo.

VII. CONSIDERACIONES

En las instancias quedaron definidos los siguientes supuestos fácticos: i) que William Fernando Rojas Castro está afiliado al Sistema General de Pensiones, a través de la AFP Protección; (ii) que fue calificado con una pérdida de capacidad laboral de origen común del 57.15%, con fecha de estructuración del 5 de marzo del 2000; y, iii) que su empleador Alberto Osorio Valencia, pagó en forma extemporánea el período de marzo de 2000.

El tribunal al imponer el reconocimiento de la pensión de invalidez a cargo de la AFP, no desconoció que pese a que el aporte correspondiente al período de marzo de 2000, en que se estructuró el riesgo, se hizo en forma extemporánea por parte de su empleador, concluyó a partir del mismo, que el asegurado al momento de ocurrido aquel tenía la condición de cotizante activo, superando con creces las 26 semanas cotizadas en cualquier tiempo, exigidas por el literal a) del art. 39 de la Ley 100 de 1993; lo anterior bajo la consideración según la cual:

La legislación colombiana ha previsto los mecanismos jurídicos necesarios para que las administradoras obtengan el pago de los aportes a pensión, cuando los empleadores incurren en mora respecto de dicha obligación; circunstancia esta que resulta ajena

a la situación del afiliado, a quien no puede desconocérsele el derecho a adquirir la prestación pensional, bajo el argumento de que el empleador no pagó los aportes al sistema de pensiones en la debida oportunidad.

Acusó la recurrente la sentencia por violación medio, dada la interpretación errónea del art. 50 del CPTSS y la infracción directa de los arts. 305 y 306 del CPC, que en su sentir conllevó a la violación de los arts. 17, 24 y 39 de la Ley 100 de 1993 CST, entre otros.

En cuanto a los fallos *extra y ultra petita*, que encuentran fundamento legal en el art. 50 del CPTSS, lo que concluyó el fallador de segundo grado, fue que, si bien es cierto, el juez de primera instancia o de única, cuenta con la facultad de proferirlos, ella no es absoluta sino que está sometida a condicionamientos y reglamentaciones que deben observarse.

Así mismo indicó, que al respecto, el *a quo* para esgrimir un argumento que le permitiera negar el derecho solicitado, se fue más allá, aún en contra del querer de las partes, olvidando que la demanda y su respuesta señalan los límites dentro de los cuales debe resolverse el problema jurídico planteado, por ello pasó por alto, que el motivo esgrimido por la AFP para negar el derecho pensional, consistió, en que el asegurado no reunía la densidad mínima de semanas cotizadas para la época en que se estructuró su estado de invalidez, cuando no se pusieron en duda las cotizaciones registradas hasta entonces efectuadas por el empleador del trabajador accidentado.

En tales razonamientos no advierte la sala violación alguna, pues lo que se hizo fue precisar, que pese a la facultad con la que cuenta el juez de primera o de única, prevista en el art. 50 del CPTSS, la demanda y la respuesta, constituyen el punto de partida del problema jurídico planteado, como lo preceptuaba el art. 305 del CPC, de aplicación al procedimiento del trabajo y de la seguridad social, por la integración normativa prevista en el art. 145 del CPTSS; precisamente partiendo de que no se pusieron en duda las cotizaciones efectuadas a favor del asegurado por parte del empleador Alberto Osorio Valencia, avocó el tema concerniente a la mora en el pago de los aportes a la seguridad social.

Frente a este tópico igualmente mostró inconformidad la censora, pues en su sentir no resulta de recibo acoger la eficacia de las cotizaciones realizadas en forma tardía, luego de ocurrido el riesgo.

La posición de la corporación sobre la mora del empleador en el pago de los aportes de sus empleados y la omisión de las administradoras de cobrar, en un caso de similares supuestos fácticos al presente, ha sido tratada, entre otras en la sentencia CSJ SL5166-2017, en la que expresó:

El tema que el recurso extraordinario de casación pone a consideración de la Corte, consiste en la responsabilidad en caso de mora en el pago de aportes a la seguridad social para pensión; pues mientras el Tribunal consideró que era el empleador moroso quien asume el riesgo por invalidez, y no la entidad de seguridad social a la que estaba afiliado el trabajador, para la censura, son las administradoras de pensiones las llamadas a reconocer tal

prestación económica, que para este asunto corresponde a la pensión de invalidez, por cuanto dichas entidades tienen todas las herramientas jurídicas a su alcance para hacer efectivo el cobro de las cotizaciones en mora, y si no lo hacen, o por lo menos no demuestran gestión alguna en este sentido, simple o llanamente responden por el riesgo.

Dada la vía escogida por el censor, no son objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos establecidos por el Tribunal: (i) que el actor fue trabajador dependiente de la sociedad demandada COMERCIAL MODERNA LTDA., hoy COMODERNA S.A. EN LIQUIDACIÓN; (ii) que durante el tiempo que duró la relación laboral, el accionante estuvo afiliado por cuenta de dicho empleador, a la entidad codemandada INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; y (iii) que el citado empleador no canceló la totalidad de los aportes, por cuanto en la historia laboral del ISS correspondiente al afiliado demandante, aparecen varios ciclos de cotización en mora.

No hay duda que en el sub examine se está frente a un evento de mora en el pago de cotizaciones, que es el obstáculo que para el ad quem, no le permite al promotor del proceso obtener el reconocimiento de su pensión de invalidez a cargo de la entidad de seguridad social accionada, quien le negó el derecho por considerar que no reunía el número de semanas exigido por la ley.

El Tribunal para confirmar la absolución decretada por el Juez de primer grado en favor del Instituto de Seguros Sociales, luego de verificar los períodos en mora, consideró que no había lugar a condenar a la entidad de seguridad social, bajo el argumento jurídico que subyace en su razonamiento, consistente en que cuando el empleador no cumple a tiempo con la obligación de cancelar los aportes de sus trabajadores, esto es, dentro del término estipulado en la ley, y no subsana su incumplimiento cotizando antes de la ocurrencia del riesgo tales aportes, con los respectivos intereses que para el efecto se tienen establecidos, como en este caso ocurrió, es claro que quien debe responder por la prestación económica como sería la pensión de invalidez del actor, es el empleador moroso del afiliado y no la administradora de pensiones que en este asunto es el ISS, para lo cual se apoyó en sentencias de la CSJ SL 30 ag. 2000 rad. 13818, 4 mar. 2003 rad. 19610 y 1 nov. 2005 rad. 25425, y concluyó que «lo determinante en este asunto es la imposibilidad de obligar a la entidad de seguridad social a cubrir un riesgo por el cual el empleador no pago, por lo que existe sobre este último, la obligación de responder por la prestación que se causare en el tiempo de la desprotección de su trabajador».

Esos razonamientos a juicio de la Sala son equivocados, porque el criterio actual de la jurisprudencia se orienta a estimar, que en los eventos de mora del empleador en el pago de aportes a la seguridad social, cuando la administradora de pensiones no ha

cumplido con el deber de cobro, está compelida a asumir las obligaciones pensionales, pues para sanear la mora del empleador y recaudar los dineros de las cotizaciones, tales entidades deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro, de suerte que, de omitirse esta obligación de las AFP, deben responder por el pago de la prestación.

Ciertamente, sobre el tema de los efectos de la mora empresarial, a partir de la sentencia de la CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, esta Sala, varió su jurisprudencia y rectificó los pronunciamientos anteriores como los fallos en que se soportó la sentencia impugnada, para lo cual estimó que cuando se presente la 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 reconocimiento de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios. En esa sentencia, entre otros razonamientos, 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 ahí que la Corte, en casos análogos, igualmente ha precisado, que, tratándose de afiliados en condición de trabajadores dependientes, que, si han cumplido con el deber 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 la empresa las consecuencias de esa omisión, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro.

Dicha postura ha sido reiterada por la Sala de forma constante, entre otras, se pueden consultar las sentencias de la CSJ SL 17 may. 2011, rad. 38622; SL, 6 feb. 2013, rad. 45173; SL 13 feb. 2013, rad. 43839; SL 15 may. 2013, rad. 41802; SL 8715-2014, rad. 42989; SL 14388-2015, rad. 43182; SL 15167-2015, rad. 44426; SL 16814-2015, rad. 47133; SL 14987-2016, rad. 46408; SL 17488-2016, rad. 47290; SL 13266-2016, rad. 58738; SL 2136-2016 rad. 51069; y SL 15980-2016 rad. 69294.

Tal criterio es fruto del análisis hermenéutico de las normas que armónicamente integran el sistema de seguridad social en pensiones y que imponen obligaciones tanto a empleadores como a las administradoras, para así poder garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores asegurados; además que el hecho de que se puedan tener en cuenta las cotizaciones en mora para conceder la prestación, a cargo de la entidad de seguridad social

que no cumple con la gestión de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su obligación de hacer el pago oportuno, no afecta el equilibrio financiero del sistema, ya que este principio para estos específicos casos, no puede mirarse en perjuicio del afiliado que sí cumplió con el deber ante la seguridad social de causar la cotización con la prestación de su servicio subordinado, y es por esto, que se debe tener en cuenta es la acción eficaz de las administradoras de pensiones de efectuar el recaudo de aportes en mora, y como se dijo en el antecedente jurisprudencial que antes se recordó, «ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado».

Para el cumplimiento de esa tarea de cobro de cotizaciones en mora, como lo señala la censura, el sistema de seguridad social les otorgó a las administradoras de pensiones herramientas jurídicas suficientes e idóneas, a las cuales pueden acceder desde el momento mismo en que se causa la cotización, para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas y la posibilidad de repetir contra los respectivos empleadores por los costos que pueda demandar el trámite, e incluso se tienen acciones penales, para cuando se hayan efectuado los descuentos a los trabajadores y los dineros se desvíen o se apliquen a finalidades distintas a la seguridad social (Sentencias de la CSJ SL763 - 2014, 29 en. 2014, rad. 44501 y SL2984-2015, 25 feb. 2015, rad. 44705).

En este orden, el no ejercicio de las acciones de cobro por parte de las AFP que tienen a su cargo la pensión, conlleva la responsabilidad de asumir el pago de la prestación pensional.

Por lo dicho, desde el punto de vista jurídico, tal como lo reclama el recurrente en casación, el Tribunal debió tener en cuenta las semanas o períodos que en la historia laboral del afiliado demandante aparecen reportados en mora, máxime cuando en el plenario no se acredita que la administradora de pensiones haya adelantado las respectivas gestiones de cobro; lo que significa, que no era dable establecer como equivocadamente lo hizo dicho juzgador, la imposibilidad de obligar judicialmente a la entidad de seguridad social a cubrir tal riesgo, bajo la única consideración de no haber cumplido el citado empleador en tiempo con el pago de algunos ciclos de cotización.

Así las cosas, el juez colegiado cometió los yerros jurídicos endilgados, y por ende, este tercer cargo es fundado y se casará la sentencia impugnada, sin que se haga necesario estudiar los otros dos cargos por cuanto persiguen igual cometido. (Subrayas fuera del texto)

Así pues, a la administradora le está vedado desconocer el derecho que tiene el trabajador afiliado a la efectividad de las cotizaciones por su trabajo realizado, para adquirir la pensión de invalidez de origen común en el Sistema Integral de Seguridad Social a cargo del fondo, con el argumento de una mora por parte del empleador, ello porque 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).

Además, de conformidad con el régimen de seguridad social vigente, la mora en el pago de cotizaciones y la omisión de la entidad en el cobro de los respectivos aportes, no la releva de responsabilidad.

Respecto del argumento adicional frente al pago de los aportes a la AFP una vez acaecido el riesgo, y su ejemplificación, según la cual, *«Eso equivaldría al pago de la prima de un seguro de incendio luego de que se ha quemado el bien protegido, para que reconozcan la indemnización correspondiente [...]»*, valga anotar lo expuesto por esta corporación en la sentencia CSJ SL 6035-2015:

[...] la falta de cotizaciones, o su mora en el pago, en nada afectan la calidad de afiliado del trabajador al sistema de seguridad social, como tampoco es dable confundir el acto jurídico de la afiliación con el de la cotización. Más aún, la falta de pago de cotizaciones al sistema o la mora en su cubrimiento, no son omisiones atribuibles al trabajador, por manera que por el mero

hecho de contar con la calidad de afiliado bien puede exigir de aquél las prestaciones a que tenga derecho al cumplir las exigencias propias de cada uno, sin que le sea imputable el incumplimiento de su empleador. De contera, no es el empleador el llamado a cubrir las dichas prestaciones.

Corolario de lo anterior, no se desprende violación alguna de las normas relacionadas en la proposición jurídica, por ende, el cargo no está llamado a prosperar.

Sin costas en el recurso extraordinario, por no haberse formulado réplica.

VIII. 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, **NO CASA** la sentencia proferida el siete (7) de mayo de dos mil catorce (2014), por la Sala Primera de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **FABIOLA DE JESÚS CASTRO GÓMEZ** como curadora provisional de **WILLIAM FERNANDO ROJAS CASTRO** contra la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA** (antes **ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA SA**) y **CIELOTEK DIVITEK SA** (antes **PATRICIA OCHOA & CÍA S EN CS**), en el cual se vinculó a **ALBERTO OSORIO VALENCIA** como litisconsorte necesario por pasiva, y se llamó en garantía a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR SA**.

Costas como se indicó en la parte motiva.

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

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ