



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN

Magistrada ponente

SL493-2024

Radicación n.º 91834

Acta 08

Bogotá, D. C., doce (12) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Procede la Corte a emitir la sentencia de instancia en el proceso ordinario laboral que instauró **ÓSCAR PINZÓN** contra **WILLIAM HERNÁNDEZ SÁNCHEZ**, la **CONSTRUCTORA BOLÍVAR S. A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.**

I. ANTECEDENTES

Como ya se dijo al resolver el recurso extraordinario, Óscar Pinzón demandó a William Hernández Sánchez, con el fin de que se declare que entre ellos existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de junio al «31 de agosto de 2015», el cual finalizó de manera unilateral y sin justa causa; así mismo, que tiene derecho al reconocimiento

y pago de la pensión de invalidez a partir del «16 de octubre de 2015», a cargo de Porvenir S. A.

En consecuencia, pidió condenar al empleador a sufragar salarios, prestaciones sociales, vacaciones, «*sanción moratoria*» por las sumas adeudadas, la indexación y las costas procesales; y a Porvenir S. A. al reconocimiento y desembolso de la pensión de invalidez a que tiene derecho desde el «16 de octubre de 2015», junto con los intereses moratorios y las costas procesales.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que laboró al servicio de Hernández Sánchez del 1 de junio al «31 de agosto de 2015», desempeñando el cargo de «*obrero de construcción*» en el proyecto «*ARBOLEDA CAMPESTRE*», obra de la Constructora Bolívar; vínculo que culminó a raíz del abandono de la obra por parte del empleador, quien no le canceló los salarios de «*julio y agosto de 2015*», ni las prestaciones sociales que aquí reclama. Agregó que aquel pagó aportes a Porvenir S. A. por un solo día del mes de junio, sin registrar «*novedad alguna para no realizar más aportes*».

Añadió que Seguros de Vida Alfa le dictaminó una PCL de 31,52%, estructurada el «16 de octubre de 2015», decisión que fue impugnada ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, organismo que mediante dictamen n.º 93286468-505, estableció que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral era de 52,85%. Precisó que contaba con «56 semanas» de cotización en los tres años anteriores a la estructuración de la enfermedad, por lo que cumplía con los

presupuestos para que se le reconociera la pensión de invalidez, prestación que Porvenir S. A. le negó con el argumento de que no cumplía los requisitos legales en la medida que tan solo contaba con 44,42 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Al dar respuesta a la demanda (f.º 98), la Constructora Bolívar S. A. se opuso a las pretensiones alegando la inexistencia de una relación laboral, civil o comercial con el actor, la que dijo, «*no se prueba*» con lo afirmado por el accionante en la demanda inaugural, motivo por el cual, no podría prosperar aquella.

En su defensa propuso las excepciones que denominó: «*cobro de lo no debido por ausencia de causa*», «*cobro de lo no debido por inexistencia de la solidaridad*», inexistencia de la relación laboral, prescripción, buena fe y no procedencia de la indemnización del artículo 65 del CST.

Por su parte, William Hernández Sánchez, a través de curador *ad litem*, dio respuesta a la demanda, también se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, afirmó que no eran ciertos o no le constaban.

Al efecto, formuló las excepciones que nombró así: «*inexistencia de contrato de trabajo entre las partes*», «*carencia absoluta de causa*», «*cobro de lo no debido*», falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, «*enriquecimiento sin justa causa*» y la innominada o genérica.

A su vez Porvenir S. A., al contestar y referirse a la demanda introductoria (f.º 170), igualmente se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra; frente a los hechos, aceptó la PCL, aunque aclarando que en la demanda se indicaba una fecha de estructuración equivocada; también admitió haber negado el reconocimiento y pago de la pensión al demandante, toda vez que aquel no había cotizado 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; frente a los demás supuestos fácticos afirmó que no eran ciertos o no le constaban.

Agregó, que, contrario a lo afirmado por el accionante en el escrito inaugural, sí «*existe reporte de novedad de retiro*», motivo por el cual no procedía la reclamación por mora en el pago de aportes, dado que no habían cotizaciones por cobrar; que se debía propender por el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones en el que opera una relación tripartita entre empleador, aseguradora y administradora, razón por la cual la ausencia de pago por parte del empleador, ocasionaba la imposibilidad del reconocimiento de la pensión por cuenta de la AFP.

En su defensa propuso las excepciones que tituló: buena fe, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, afectación del sostenimiento financiero del sistema general de pensiones, prescripción y la genérica.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué, mediante fallo del 4 de octubre de 2019, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre **ÓSCAR PINZÓN**, identificado con la cedula de ciudadanía N° 93.286.468, como trabajador y **WILLIAM HERNÁNDEZ SÁNCHEZ**, identificado con la cedula de ciudadanía N° 14.467.893 como empleador, existió un contrato de trabajo verbal y a término indefinido entre el 1° de junio y el 31 de julio de 2015, por las razones que se dejaron expuestas en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR a **WILLIAM HERNÁNDEZ SÁNCHEZ**, y solidariamente a la sociedad **CONSTRUCTORA BOLÍVAR S.A.**, a pagar a **ÓSCAR PINZÓN**, las siguientes sumas y conceptos: **a)** por salarios, \$3.000.000; **b)** por cesantías, \$250.000; **c)** por intereses a las cesantías, \$5.000; **d)** por prima de servicios, \$250.000; **e)** por vacaciones, \$125.000; **f)** por los aportes a pensión a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., por el periodo declarado en el numeral anterior y en la forma establecida en la parte motiva; **g)** y, a la suma diaria de \$50.000 a partir del 1° de agosto de 2015 y hasta por 24 meses, es decir, hasta el 31 de julio de 2017, a partir del mes veinticinco, o sea, a partir del 1° de agosto de 2017, intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera de Colombia, hasta cuando el pago se verifique, por las razones indicadas en la parte motiva de esta decisión judicial.

TERCERO: CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A., a pagar la pensión de invalidez al señor ÓSCAR PINZÓN, en cuantía no inferior al salario mínimo legal mensual, a partir del 6 de mayo de 2016, por 13 mesadas anuales, con el incremento anual de ley que fije el gobierno nacional para este tipo de prestaciones y con la orden de inclusión en nómina de pensionados, que debe pagarse debidamente indexada al momento en que se satisfaga.

Previamente al reconocimiento de la pensión, debe estar acreditado el pago de las cotizaciones por las 8,57 semanas, en la forma y condiciones señaladas en el acápite correspondiente que, una vez acreditado, debe reconocerse, sin dilación alguna.

CUARTO: COSTAS. A cargo de las demandadas. Liquidense por la secretaria. Las agencias en derecho el Despacho las tasa en la suma de \$2.750.000.

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, mediante providencia del 8 de septiembre de 2020, al resolver los recursos de apelación interpuestos por Constructora Bolívar S. A. y Porvenir S. A., decidió:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral Segundo de la parte resolutive de la sentencia del 4 de octubre de 2019 proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué, en el proceso ordinario laboral promovido por ÓSCAR PINZÓN contra WILLIAM HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, PORVENIR S.A. y CONSTRUCTORA BOLIVAR S.A., en el sentido que la indemnización moratoria impuesta corresponde a los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera, por el no pago de salarios y prestaciones sociales, desde el 1º de agosto de 2015 y hasta cuando se verifique la cancelación de dichos conceptos.

SEGUNDO: En lo demás, la sentencia de instancia queda incólume [...].

Inconforme con la anterior decisión, Porvenir S. A. interpuso recurso extraordinario de casación, el cual prosperó mediante providencia CSJ SL990-2023, esencialmente, porque el sentenciador de segundo grado se equivocó al confirmar «*el reconocimiento y pago del cálculo actuarial, correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de junio y el 31 de julio de 2015*», sin atender que lo deprecado en el presente asunto era una pensión de invalidez, y que dicha figura jurídica (el cálculo actuarial) opera tratándose de pensiones de vejez.

Al efecto, la Sala recordó que la línea de pensamiento de esta corporación ha señalado de manera pacífica que, la convalidación de los tiempos dejados de cotizar por falta de afiliación al sistema pensional o de haber generado la novedad de ingreso, mediante un cálculo actuarial o el pago de los aportes con intereses en mora, aplica exclusivamente para las pensiones de jubilación y vejez, respecto de las cuales se pueda predicar el carácter retrospectivo de las normas que la regulan; pero en ningún caso para las prestaciones de invalidez o sobrevivientes.

Ahora, como la AFP accionada alegaba contar con la prueba del pago de un día de aportes por parte del empleador y la novedad de retiro, a efecto de esclarecer si se estaba ante una mora o ante una falta de afiliación, para mejor proveer, se ordenó oficiar a Porvenir S. A. para que allegara «*los documentos o pruebas que acrediten si el empleador William Hernández Sánchez inscribió al demandante, si canceló algún día de aportes y si reportó a esa AFP la novedad de retiro del señor Óscar Pinzón*». Así mismo, se decidió librar comunicación al empleador William Hernández Sánchez, para que aportara cualquier soporte o documento que tuviera en relación con la afiliación o inscripción y pago de cotizaciones a favor del señor Óscar Pinzón.

Al efecto, mediante comunicación recibida en esta corporación el 5 de junio de 2023, Porvenir S. A. allegó el *Histórico de Aportes*, en el que indica que el empleador William Hernández Sánchez, en favor del actor, «*realizó aportes por el periodo de junio de 2015 por un solo día de cotización*», sin precisar la fecha de afiliación del trabajador. Igualmente, indica que al revisar el sistema encontró que efectivamente el «*empleador William Hernández registró el registro (sic) el retiro del trabajador*», sin allegar documento que soporte tal afirmación.

Ahora, la Cámara de Comercio de Ibagué, por medio de comunicación del 18 de mayo de 2023, informó que William Hernández Sánchez *estuvo matriculado hasta el 23 de octubre de 2017*, fecha en la cual se inscribió la solicitud de cancelación por cambio de domicilio de Ibagué a Cali.

Asimismo, indicó que el establecimiento de comercio denominado Construcciones Hernández Sánchez, de su propiedad, *«fue cancelado el 24 de octubre de 2017»*, según solicitud del 20 del mismo mes y año. Por su parte, la Cámara de Comercio de Cali, con misiva del 25 de mayo de 2023, informó que consultados los registros encontró que el referido empleador *«figura el estado de cancelado»*.

Por las anteriores razones no fue posible ubicar al empleador William Hernández Sánchez, con el fin de que allegara la documentación que tuviera en relación con la afiliación o inscripción y pago de cotizaciones a favor del señor Óscar Pinzón.

II. CONSIDERACIONES

Con relación a la pensión de invalidez, el sentenciador de primer grado argumentó que bajo la égida de la Ley 860 de 2003, como la AFP, al contestar la demanda inaugural, había admitido que el demandante cotizó 44,42 semanas entre el 6 de mayo de 2013 y el mismo día y mes de 2016, cantidad que *«con las 8,57 semanas que se ordenó a las demandadas pagar por el periodo declarado, por los meses de junio y julio de 2015, una vez efectivizado el valor que tendría el cálculo actuarial, tendría más de 52 semanas, suficientes para obtener su derecho pensional»*, el cual se configuraba toda vez que según el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, el actor tenía una PCL de 52,85%, estructurada el 6 de mayo de 2016 (f.º 17).

En consecuencia, dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en favor del demandante y a cargo de Porvenir S. A. en los términos señalados en la parte resolutive transcrita.

Frente a la anterior decisión, Porvenir S. A. interpuso recurso de apelación (CD 50;00'), asegurando que cuando el afiliado solicitó la prestación, contaba con 44,42 semanas de aportes en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; que no le constaba la relación laboral de Oscar Pinzón con el señor William Hernández; que este último «*no incurrió en mora en el pago de sus aportes puesto que se registra una novedad de afiliación, así como una novedad de retiro en el mes de junio de 2015, situación que fue reportada*», razón por la cual no hizo ningún tipo de reclamación, confiando en la buena fe de los empleadores.

Pues bien, lo primero que debe memorar la Sala es que, frente a la relación laboral del accionante con William Hernández Sánchez, la cual operó entre el 1 de junio y el 31 de julio de 2015, la AFP en sede extraordinaria no formuló reparo alguno, bien por el contrario, dijo que aceptaba tal hecho en la medida que el ataque era de tipo jurídico; de tal manera que es un fundamento fáctico incontrovertido.

También está fuera de debate que, según dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Tolima, el actor tiene una PCL de 52,85%, estructurada el 6 de mayo de 2016; y que, durante los tres años anteriores a la consolidación del estado de invalidez, cotizó a Porvenir S. A.

44,42 semanas, sin incluir 8,5 semanas correspondientes al lapso en el que se declaró operó contrato de trabajo con William Hernández Sánchez, precisión ésta última, que se insiste, se encuentra en firme.

Ahora, resulta pertinente recordar que la afiliación y la cotización son situaciones jurídicas distintas. La primera ofrece una vinculación permanente al Sistema General de Pensiones, que se gana u obtiene gracias a una primera inscripción; en cambio, la segunda, es una obligación eventual que nace bajo un supuesto determinado, como lo es la ejecución de una labor subordinada o por el despliegue de una actividad económica como independiente.

Así lo puntualizó esta corporación en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211, reiterada, entre otras, en la CSJ SL SL230-2021, cuyo texto señala:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, siendo cierto que la afiliación al sistema de seguridad social tiene carácter permanente, ello significa que cuando se ha producido una desvinculación temporal del sistema por alguna razón, como, por ejemplo, la extinción del vínculo laboral, existe la obligación del empleador respecto de quien, manteniendo su calidad de afiliado, recobra su condición de cotizante, de inscribirlo nuevamente en el sistema general de pensiones, pues se trata, sin duda, de una obligación legal que garantiza la continuidad en la cobertura que ofrece la seguridad social.

Quiere ello decir que la falta de inscripción en el sistema de quien ya está afiliado frustra la realización de los efectos jurídicos de la afiliación y, por esa razón, salvo en aquellos casos en que el asegurado ha consolidado los requisitos para obtener una prestación, es forzoso concluir que ante tal omisión se presentan las mismas consecuencias previstas en la ley para cuando la afiliación no se ha dado. (subraya la Sala).

Así las cosas, cuando un trabajador está afiliado al Sistema General de Pensiones, pero su nuevo empleador no

lo inscribe, la afiliación no surte efectos jurídicos y, por tanto, impide que el asegurado consolide los requisitos establecidos para las diferentes prestaciones.

Por otra parte, la cotización se genera por una real vinculación subordinada; de lo contrario, resultaría un imposible jurídico pretender cobrar o validar cotizaciones de alguien que no está activo en el sistema.

De aquí que, si un empleador incumple su obligación de afiliación o de registro, él es el único responsable de cubrir las prestaciones económicas y asistenciales que garantiza la seguridad social, pues, de haber vinculado al trabajador en debida forma, ésta la habría asumido, tal y como lo dispone el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995.

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2009, rad.35211, reiterada en la CSJ SL230-2021, sobre el particular se adoctrinó:

En síntesis, en un sistema de seguridad social en pensiones eminentemente contributivo, como el implementado y desarrollado en nuestro país, la omisión de la obligación de afiliación o de inscripción comporta que el empleador sea el único obligado a atender las necesidades de sus trabajadores.

Ninguna consecuencia jurídica se cierne sobre las administradoras o gestoras, toda vez que, al no mediar la afiliación o inscripción, no surge la cotización, ni, por tanto, se abren paso las acciones de cobro que contemplan las normas legales para ver de recaudar las cotizaciones que adeudan sus afiliados, se repite.

Por esa razón, si bien la falta de afiliación al sistema y la mora en el pago de las cotizaciones son situaciones diferentes, que es lo que en esencia sostiene la censura, ello trae como consecuencia que, en asuntos como el presente, no dan origen a las mismas consecuencias jurídicas, de cara al surgimiento del derecho de

afiliados o beneficiarios al reconocimiento de las prestaciones propias del sistema y, de igual modo, respecto de la responsabilidad que surge a cargo del empleador incumplido. (Subraya el Despacho).

Otra cosa ocurre en el caso de que el empleador hubiese cumplido con la obligación legal de reportar la novedad de ingreso del trabajador y no hubiera pagado las cotizaciones; pues en tal eventualidad se encontraría en mora y por ello la AFP tendría el deber de adelantar las acciones de cobro; de no hacerlo, asumiría las consecuencias de su inactividad, cancelando la prestación con sus propios recursos.

De igual forma, al extinguirse el contrato de trabajo, el empleador tiene la necesidad de reportar la novedad de retiro, pues de no ser así, para el sistema la vinculación está vigente y ante la falta de pago en los aportes, se configura la mora, por lo que la AFP debe iniciar las respectivas acciones de cobro al moroso, pues si no lo hace, responderá por la prestación *«a menos que se compruebe que efectivamente se dio la novedad de retiro o se terminó el contrato de trabajo»*. Así se enseñó en las sentencias CSJ SL5607-2019 y CSJ SL3807-2020, reiteradas por esta Sala en providencia CSJ SL2693-2023, en la que se indicó:

La Corte, al estudiar un asunto de similares características, en decisión CSJ SL5607-2019, manifestó:

Con fundamento en los derroteros jurisprudenciales enunciados, encuentra la Sala que de la determinación adoptada por el juez de apelaciones, no se observa una intelección desacertada, en tanto sus motivaciones se acompasan con el criterio de esta Sala de la Corte, y bajo ese entendido, mal podía el tribunal atribuir la obligación pensional a la administradora convocada a juicio, sin el lleno de la totalidad de los requisitos establecidos, para el caso, en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, máxime cuando

no hubo una omisión en la ejecución de las acciones de cobro coactivo, tendientes a la obtención de los aportes constitutivos de mora por parte del empleador.

Lo anterior, porque en realidad dicha mora no existió, por la sencilla razón de que en el reporte de semanas cotizadas por el actor, el que considera que no fue apreciado por el sentenciador de segundo orden (f.º 25 a 27 del cuaderno principal), se evidencia la novedad de retiro registrada con el empleador Codep & Socorsa Ltda. en el mes de julio de 1995, y por tanto, Colpensiones no cuenta con las facultades de cobro que le otorga la ley, por lo menos para el recaudo de los ciclos subsiguientes hasta el 1º de abril de 1996 ante la desafiliación descrita, los cuales pretende la parte demandante sean tenidos en cuenta en dicho documento.

[...]

Y en pronunciamiento CSJ SL3807-2020, frente a la novedad de retiro se expresó lo siguiente:

La interrupción de pagos puede obedecer a un incumplimiento de la responsabilidad que tiene el empleador de pagar los aportes a pensiones ante la administradora, asignada por el art. 22 de la Ley 100 de 1993, o porque se presentó la terminación del contrato de trabajo del afiliado, caso en el cual el empleador tiene la obligación de informar esa novedad al fondo de pensiones respectivo. Cuando el empleador deja de cotizar y no cumple con la obligación de reportar la novedad de retiro (art. 2 del D. 1161 de 1994), la administradora debe iniciar las acciones de cobro, para que el empleador responda, ya sea informando la novedad de la desvinculación o poniéndose al día en el pago de las cotizaciones.

La novedad de retiro es una situación jurídica relevante en el recaudo de las cotizaciones y es considerada por el legislador de carácter *«permanente»*, según el art. 3 del D. 1406 de 1999. Esta disposición también señala que el concepto *«Novedades»* comprende todo hecho que afecta el monto de las cotizaciones a cargo de los aportantes o de las obligaciones económicas que estos tienen frente al sistema. Así, establece que las novedades pueden ser de carácter transitorio o permanente, así:

Son novedades transitorias las que afectan temporalmente el monto de las obligaciones económicas a cargo del aportante, tales como incapacidades, suspensiones del contrato de trabajo y variaciones no permanentes del Ingreso Base de Cotización, y

Son novedades permanentes las que afectan la cotización base a cargo del aportante en relación con una determinada entidad administradora, tales como ingresos al sistema, cambios de empleador o retiro, traslado de entidad administradora y cambios permanentes en el Ingreso Base de Cotización, trabajadores

dependientes al servicio de más de un empleador, cambio de condición de independiente a dependiente, o viceversa.

De tal manera que, si el ISS no tenía la novedad de retiro, ante la falta de pago de cotizaciones a partir de agosto de 2004, este debió agotar las acciones pertinentes como lo manda el art. 24 de la Ley 100 de 1994.

Sin desconocer que el art. 22 de la Ley 100 de 1993 radica en cabeza del empleador la obligación de pago de la cotización, la jurisprudencia laboral ha consolidado, desde el 2008, con base en el art. 24 *ibidem*, el criterio que atribuye a la entidad administradora de pensiones la carga de reconocer la prestación económica, cuando no ha puesto en marcha los mecanismos previstos en la ley para lograr recaudar las cuotas correspondientes a las cotizaciones en mora (CSJ 22 de julio de 2008, radicación 34270 y 26 de agosto del mismo año, radicación 31063).

A lo anterior, se agrega por la Sala que, cuando el pago de las cotizaciones a favor de un afiliado se interrumpe, sin que se la haya reportado a la administradora la novedad de retiro por parte del empleador como lo dispone el art. 2 del D. 1161 de 1994, la administradora debe iniciar el cobro de las cotizaciones en mora «a más tardar dentro de los tres meses siguientes a la fecha en la cual se entró en mora» como lo dispone el art. 13 *ibidem*. De lo contrario, las semanas sin cotizar deben ser contabilizadas en la conformación de los requisitos de la prestación del afiliado con la consecuente responsabilidad de la administradora en su reconocimiento, a menos que se compruebe que se dio el retiro o terminación del contrato del trabajador.

(Subrayado de la Sala)

En línea con lo anterior, está Corte, al resolver una controversia en la que se demostró que la relación laboral estuvo vigente, hubo prestación efectiva del servicio, pero respecto de la cual no se reportó la novedad de retiro por parte del empleador, concluyó que los tiempos dejados de cotizar debían contabilizarse, pues se trataba de una mora patronal, circunstancia que sumada a la inactividad de la administradora de pensiones al no realizar el cobro de los aportes, obligaba a que esta reconociera la prestación. En

efecto, la sentencia CSJ SL205 2022, se dijo:

Bajo el panorama que antecede, para la Sala existe una inconsistencia entre el tiempo que debió haber sido cotizado conforme a la certificación laboral expedida por la empleadora aquí demandada y la historia laboral que reposa a folios 70 y siguientes del expediente, lo que luego de hacer un análisis pormenorizado de este último documento se pudo establecer, que los periodos de cotización comprendidos entre el 1/ 01/ 1995-31/03/1995, así como el surtido desde el 01/12/1999-31/12/1999, no fueron tenidos como cotizados y que ascienden a 17.13 semanas, a pesar de que conforme a la certificación laboral antes analizada, la relación laboral estuvo vigente, existiendo una prestación efectiva del servicio por parte del demandante y frente a los cuales no existe reporte de novedad de retiro. De ahí que, a la luz de la jurisprudencia de esta Sala de la Corte, deben ser contabilizados, en cuanto que a pesar de estar frente a una mora patronal, existió inactividad de Colpensiones de efectuar su cobro, siendo ella la llamada a responder por los mismos, sin perjuicio de que inicie las acciones judiciales que estime pertinentes contra la entonces empleadora.

Al efecto, resulta pertinente traer a colación la sentencia CSJ SL1078-2021, en la que la Sala explicó detalladamente la diferencia entre la falta de afiliación y la mora patronal, así como las consecuencias de cada una, pues ambas situaciones se presentaron en el presente asunto, y en la que se dijo:

La distinción entre falta de afiliación y la mora patronal.

Es pertinente reiterar la distinción que viene haciendo esta Sala de que una situación es la mora en la cancelación de los aportes y otra muy distinta es la falta de afiliación al sistema. En la primera (la mora), la consecuencia de la conducta del empleador no se traslada al afiliado, si antes no se acredita que la administradora adelantó las gestiones de cobro correspondientes, mientras que, ante la ausencia, omisión o inactividad de la afiliación originada por el empleador que apareja la falta de comunicación de ingreso al sistema, el empleador debe asumir el pago de las cotizaciones correspondientes al periodo omitido, a través del denominado cálculo actuarial o título pensional, que es el mecanismo legal que refiere el art. 33 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL3004-2020).

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación [...].

Hechas las anteriores precisiones de orden jurídico, encuentra la Sala que, desde el inicio de la controversia, la entidad administradora de pensiones no puso en tela de juicio la afiliación del señor Óscar Pinzón al Sistema General de Pensiones por parte del empleador William Hernández Sánchez; pues en el hecho tercero de la demanda inaugural dijo:

[...] el señor WILLIAN HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, en su calidad de empleador del señor OSCAR PINZÓN, realizó tan solo aportes por un (1) día del mes de junio; sin que se conozca reporte de novedad alguno para no haberse efectuado más aportes o no haberse reclamado por parte de la administradora del régimen al cual estaba afiliado de la razón de ello.

Y Porvenir S. A. lo respondió así:

AL 3: NO ES CIERTO, y desde ahora me permito acusar al togado ante el despacho de su mala fe O[...], toda vez que, sí existe novedad de ingreso y retiro y afiliación en pensiones del señor William Hernández Sánchez como empleador de Óscar Pinzón y fue así que el primero realizó el reporte de novedad de ingreso y retiro en el mes de junio de 2015.

Es más, en el acápite de «*HECHOS Y RAZONES EN QUE SE APOYA LA DEFENSA*», adujo que, contrario a lo afirmado por el accionante, sí «*existe reporte de novedad de retiro*», motivo por el cual no procedía la reclamación por mora en el pago de aportes, dado que no había cotizaciones por cobrar.

Así las cosas, la AFP accionada no cuestionó la falta de afiliación al sistema del trabajador por parte de su empleador William Hernández Sánchez. La defensa se centró en que aquel había realizado cotizaciones, aunque por un solo día

del mes de junio de 2015, dado que también había reportado la novedad de retiro del trabajador.

La AFP, en atención a las pruebas decretadas para mejor proveer, informó que el empleador William Hernández Sánchez, en favor del actor, *«realizó aportes por el periodo de junio de 2015 por un solo día de cotización»*. Igualmente, indicó que al revisar el sistema encontró que efectivamente el *«empleador William Hernández registró el registro (sic) el retiro del trabajador»*, pero no allegó documento alguno que diera soporte a esta última afirmación.

En consecuencia, al estar fuera de debate que el señor Óscar Pinzón laboró para William Hernández Sánchez entre el 1 de junio y el 31 de julio de 2015 y que fue afiliado por parte del empleador al Sistema General de Pensiones en el mes de junio de 2015, no es dable abordar el estudio del presente asunto desde la perspectiva de la falta de afiliación, como lo pretende la AFP, sino desde la mora patronal, tal y como pasa a explicarse.

En efecto, frente a la novedad de retiro del sistema, la Sala evidencia que las relaciones de aportes allegadas al proceso por parte de Porvenir S. A. (f.º9 del cuaderno principal, así como a esta corporación), dan cuenta de que el empleador William Hernández Sánchez realizó cotizaciones en favor del actor por un día correspondiente al ciclo de junio 2015, pago que efectuó el 31 de julio de la misma anualidad; sin que prueba alguna acredite la novedad de retiro.

En ese orden de ideas, no puede tenerse por cierta la afirmación de la demandada, según la cual, el empleador reportó la novedad de retiro, pues ello implicaría tener como cierto ese hecho fundado solamente en su propia afirmación, lo cual iría en contra del principio de que nadie puede elaborar su propia prueba.

En la sentencia CSJ SL, 15 jul. 2008, rad. 31637, sobre el particular se expuso: «no se puede soslayar lo que de antaño ha sostenido esta Corporación en torno a que, a ninguna de las partes le es dable producir sus propias pruebas», es decir, «que la parte que hace una declaración de un hecho que lo favorece, no puede pretender en el proceso hacerlo valer en su propio beneficio».

De tal manera que, para que se pudieran dar por demostradas las afirmaciones vertidas en la contestación de la demanda, la AFP debía haber allegado al expediente algún medio demostrativo que las respaldara, sin que así lo hiciera.

Además, no puede pasar desapercibido que esta corporación, al decretar las pruebas para mejor proveer, le ordenó a la AFP que allegara los documentos que soportaran el reporte de la *novedad de retiro del señor Óscar Pinzón*, y ésta simplemente dijo que revisado el sistema encontró que efectivamente el «*empleador William Hernández registró el registro (sic) el retiro del trabajador*», pero, se insiste, no aportó documental alguna que acreditara tal afirmación, como lo era, verbigracia, la planilla de autoliquidación. En otras palabras, la accionada no atendió el requerimiento que

le hizo esta Sala.

Aquí resulta imperativo recordar que conforme al principio de la carga de la prueba al demandante le corresponde demostrar los supuestos de hecho en que fundamenta sus pretensiones; y a su turno, al demandado le atañe acreditar aquellos en que soporta sus excepciones.

Por consiguiente, como en el presente asunto la entidad accionada pretendía que se le eximiera del reconocimiento y pago de la prestación, esencialmente, porque según su dicho, el empleador William Hernández había reportado la novedad de retiro del sistema del trabajador al día siguiente de su afiliación, a esa administradora de pensiones le correspondía allegar al plenario los medios de convicción que acreditarán tal circunstancia, para con base en ello dar por demostrado que no hubo mora en el pago de los aportes al sistema, sino que simplemente existió afiliación por un solo día; carga que, se repite, no cumplió la pasiva.

Así las cosas, se colige que como el empleador no reportó la novedad de retiro del sistema del trabajador Óscar Pinzón, a la entidad accionada le incumbía adelantar las gestiones de cobro para obtener el pago de los aportes en mora, circunstancia que tampoco aparece demostrada en el plenario y, por tanto, debe responder por su inactividad cancelando la prestación reclamada; como se definió en un asunto de similares contornos en la sentencia CSJ SL5665-2021, en la que se adoctrinó:

Le corresponde a la Sala elucidar si erró el Tribunal al imponer el pago de la prestación en cabeza de la administradora por cuanto la misma no ejerció las acciones de cobro para obtener el pago de los aportes en mora del empleador, aun cuando éste los efectuó en fecha posterior a la data de la estructuración de la invalidez de la accionante.

1. Deber de diligencia y cuidado de las administradoras del Sistema General de Pensiones, en cuanto a las acciones de cobro de aportes en mora

Una primera cosa debemos dejar en claro en este momento y es que las administradoras de fondos de pensiones, como su nombre lo indica, son entidades que administran los recursos pensionales de sus afiliados, esto conforme a la habilitación dada constitucionalmente al gobierno de delegar la prestación del servicio público de la seguridad social en entidades tanto públicas como privadas.

Así las cosas, por ser prestadoras de un servicio público esencial, es esta precisamente la razón por la que su actuar conlleva una diligencia superior a la de cualquier otra actividad, de manera que, el regulador determinó que debían desarrollar sus funciones de manera eficiente, eficaz y oportuna, y su responsabilidad, ante su inobservancia, se encuentra en el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el cual dispone:

ARTICULO 4o. En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.

Al respecto, en la sentencia CSJ SL5153-2020, la Corte señaló:

Se impone recordar que insistentemente esta Corporación ha señalado la responsabilidad en cabeza del administrador pensional cuando no adelanta las acciones de cobro de los aportes en mora del empleador y la imposibilidad de trasladar las consecuencias de esta al trabajador.

En la misma providencia se reiteró el fallo CSJ SL4021-2019, en la que la Sala, recordó:

[...] las diferencias entre «mora» en el pago de aportes y «falta de afiliación», expresión esta última que se puede asimilar a la omisión en comunicar el ingreso del trabajador por parte del empleador. En el primer caso, se ha señalado que no es admisible que las consecuencias de la omisión del empleador en realizar el

pago de las cotizaciones se trasladen al afiliado, si antes no se acredita por la administradora que adelantó las gestiones de cobro correspondientes.

Así lo ha adoctrinado esta Sala de la Corte desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622; CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802, 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.

Entonces, se itera, no es dable trasladar al trabajador las consecuencias del no pago del aporte por parte de su empleador, así como que la administradora tiene el deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes a efectos de persuadir al aportante incumplido de honrar su obligación. Sin embargo, en aquellos eventos en que la administradora no demuestre haber adelantado, o no adelante en debida forma u oportunamente las acciones de cobro frente a los aportes tardíos, será la directa obligada al reconocimiento de la prestación por su inacción.

2. Esquema mínimo de la acción de cobro por parte del Administrador

Cuando se habla de adelantar las acciones de cobro, es deber del administrador mostrar la diligencia en su actuar, sin desconocer que la obligación del pago de la cotización está en el aportante; no obstante, se reitera que su actuación debe ser eficiente, eficaz y oportuna, so pena, como quedó arriba evidenciado, de que responda hasta por culpa leve del perjuicio a su afiliado y, dado que su obligación, frente a la mora de los aportes, es adelantar las diligencias para obtener el recaudo correspondiente, su inacción genera una responsabilidad frente a la prestación a la que haya lugar cuando no ha procedido de acuerdo con lo dispuesto en la ley, claro está, sin perjuicio de que pueda repetir por los efectos generados por el incumplimiento del deber a cargo del responsable.

Es de resaltar que las diferentes actuaciones de los sujetos que participan en el sistema general de pensiones están reguladas, para el caso del aporte pensional, entre otros, en los Decretos 1161 de 1994, 692 de 1994, el citado 656 de 1994, 1156 de 1996 y 1406 de 1999, vigentes para la fecha de la estructuración de la invalidez del afiliado, los cuales establecen cuándo se causan, cómo se determina el ingreso base de cotización, su monto, quién es el obligado, la fecha de pago para que sea considerado

oportuno, así como las reglas de imputación de pagos para la acreditación de la cotización.

En esa línea de pensamiento, es menester indicar que en el proceso brilla por su ausencia actividad alguna de la demandada para adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones en mora que ahora pretende que no sean tenidas en cuenta para otorgar la prestación y, tampoco objeta que con posterioridad al siniestro la obligada realizó el pago de las adeudadas en los periodos 2014-04 y 2014-05, por lo que, en tal sentido no se puede escudar en su falta de diligencia para exonerarse del pago de la misma, con mayor razón si se tiene en cuenta que no aparece en la historia laboral reporte de novedad de retiro por el empleador.

Debe anotarse que, contrario a lo indicado por la recurrente, con este criterio no se está fomentando una cultura de no pago, pues debe reiterarse que la finalidad del sistema de seguridad social es la protección del afiliado y sus beneficiarios y en manera alguna se desconocen los deberes de pago de las cotizaciones a cargo del empleador, específicamente aquellos derivados del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 ni del 39 del Decreto 1406 de 1999. Tampoco se afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues queda a salvo la posibilidad para las administradoras de ejercer las acciones pertinentes para recuperar los capitales adeudados por los empleadores con las respectivas sanciones y consecuencias que prevé el ordenamiento jurídico, entre otros, los intereses moratorios. Al respecto cabe recordar lo señalado por esta Corporación en la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, así:

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.

En esa misma línea, en la sentencia CSJ SL10783-2017 que se reiteró en la CSJ SL358-2021, la Corte sostuvo:

Al amparo de estas reflexiones, en el cómputo de los aportes necesarios para efectos pensionales, la Sala tendrá en cuenta a más de los periodos devueltos a Porvenir S.A., los que se reportan en mora, dado que de la omisión del empleador o de los actores del sistema de seguridad social no pueden derivar en el desconocimiento de los derechos del trabajador. Lo anterior, conforme con el criterio jurisprudencial expuesto, entre otras, en decisión CSJ SL 10783-2017, en la que se indicó:

Sobre el punto jurídico en cuestión, esto es, la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, esta Corporación de forma reiterada ha señalado que las administradoras 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 ese sentido se refirió la jurisprudencia de esta Sala, poco menos de una década atrás en providencia CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384, postura que ha reiterado invariable y pacíficamente desde entonces, en las sentencias CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL161814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL 11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL 6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, 3707-2016, CSJ SL 4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017, entre otras.

[...]

Ahora bien, nótese que para la fecha en que la accionada reporta que el empleador incurrió en mora, esto es, el año 2014, regía el artículo 13 del Decreto 1161 de 1994, que instituye:

[...]

Se tiene -y solo aludiendo a este precepto-, que la AFP no dio cuenta del cumplimiento del deber fijado por esta norma, consistente en que pasados 3 meses en que incurrió en mora el empleador, esta hubiera iniciado el cobro extrajudicial e, inclusive, la acción judicial. Resulta oportuno recordar que las administradoras de naturaleza privada, les corresponde constituir en mora al deudor moroso en el pago de los aportes a efectos de proceder ante la jurisdicción ordinaria para obtener el pago de la acreencia, para lo cual la ley dotó a la liquidación, emanada de la administradora, de mérito ejecutivo, aspecto tampoco acreditado en el proceso.

Entonces, estando fuera de discusión que Oscar Pinzón laboró para William Hernández Sánchez entre el 1 de junio y el 31 de julio de 2015, lapso equivalente a 8,57 semanas, de las cuál es el empleador solamente canceló un día; y que este no reportó la novedad de retiro del sistema, se concluye que a la AFP accionada le correspondía adelantar las gestiones

de cobro pertinentes en procura de recaudar los aportes en mora, circunstancia que no aconteció.

En consecuencia, al sumar a las 44,42 semanas que aparecen reportadas en la historia laboral (que además fueron aceptadas en la contestación de la demanda inicial, correspondientes al período comprendido entre el 6 de mayo de 2013 y el mismo día y mes de 2016, data en que se estructuró la invalidez del demandante) con las 8,57 correspondientes al periodo en que el actor laboró para William Hernández Sánchez, se obtiene un total de 52,99 semanas, cantidad suficiente para declarar que el accionante cumple con la densidad de semanas requeridas para la pensión de invalidez, en los términos del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

Corolario de lo dicho, se confirmará el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué el 4 de octubre de 2019, que condenó a la demandada AFP Porvenir S. A. a pagar al demandante la pensión de invalidez, debidamente indexada, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En lo demás se mantendrá la decisión con las modificaciones realizadas por el Tribunal y que no fueron objeto de casación.

Sin costas en esta instancia; las de primera estarán a cargo de la demandada.

III. 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, en sede de instancia, **RESUELVE:**

CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ibagué el 4 de octubre de 2019, con las modificaciones realizadas por el Tribunal y que no fueron objeto de casación, incluido el numeral tercero de la parte resolutive mediante la cual se condenó a la demandada AFP Porvenir S.A. a pagar al demandante la pensión de invalidez, debidamente indexada, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Costas como se dijo.

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

Firmado electrónicamente por:



MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO



OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: BDE5646341B29E696D8CCBF0FA34565360B201DEFEA5C5D40C666BEDABF90AE4
Documento generado en 2024-03-20