

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Radicación No. 28744

Acta No. 70

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de octubre de dos mil ocho (2008).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la entidad COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – COLFONDOS S. A., contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 10 de noviembre de 2005, en el juicio que le promovió LUÍS CARLOS GIRALDO RAMÍREZ.

ANTECEDENTES

LUÍS CARLOS GIRALDO RAMÍREZ llamó a juicio a la entidad COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – COLFONDOS S. A., con el fin de que sea condenada a pagarle la pensión de invalidez, a partir del 16 de septiembre de 1998.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que se vinculó laboralmente con la empresa Promociones Comerciales Futura Ltda., el 16 de septiembre de 1997; fue afiliado a COLFONDOS S. A. a partir del mes de octubre de 1997; el 18 de septiembre de 1998 se determinó su estado de invalidez por la Junta Regional de Calificación de Risaralda; solicitó a Colfondos la pensión de invalidez, pero le fue negada por esta entidad por no haber cotizado 26 semanas, durante el año inmediatamente anterior a la fecha de su invalidez; los aportes hechos por su empleador fueron hechos en forma extemporánea.

Al dar respuesta a la demanda (fls. 49 - 57), la accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto

a los hechos, reconoció la vinculación laboral del actor su afiliación a Colfondos y su negativa a reconocer la pensión. Adujo que era la empleadora la obligada a pagar la pensión del actor, por no haber cancelado oportunamente los aportes. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó: no solidaridad de Colfondos frente al incumplimiento del empleador y prescripción.

En la contestación de la demanda la accionada denunció el pleito a la sociedad PROMOCIONES COMERCIALES FUTURA LTDA., que dio respuesta a través de curador ad litem (fls. 148 - 149), quien se acogió a las pretensiones en la medida que se demostraran los fundamentos fácticos que las soportan y, en cuanto a los hechos, reconoció la afiliación del actor a Colfondos y que éste le negó la pensión, conforme a los documentos aportados. Lo demás dijo que no le constaba.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 25 de agosto de 2005 (fls. 152 - 163), condenó a Colfondos S. A. a pagar al actor la pensión de invalidez, a partir del 16 de septiembre de 1998 y absolvió a la sociedad Promociones Comerciales Futura Ltda.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al conocer, por apelación interpuesta por COLFONDOS S. A., el Tribunal Superior de Pereira, mediante fallo del 10 de noviembre de 2005, confirmó el del a quo.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró como fundamento de su decisión, que la entidad demandada era quien debía responder por la pensión de invalidez del actor porque no utilizó sus facultades de cobro, ni comunicó a la empleadora y el trabajador su decisión de suspender, sino que, dijo, se limitó a esperar el pago; que el literal h del artículo 14 del Decreto 656 de 1994 establece la obligación de las sociedades administradoras de los fondos de pensiones de adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones retrasadas, dotándolas de los mecanismos para el efecto, obligación que se repite en el artículo 13 del Decreto 1161 de 1994, estableciéndose que las respectivas acciones deben adelantarse a más tardar dentro de los 3 meses siguientes a la fecha en que se entró en mora; que el artículo 23 del Decreto 656 de 1994, previó que tales sociedades deben contar con los mecanismos que les permitan determinar la mora o el incumplimiento, de manera que puedan adelantar oportunamente las acciones correspondientes; que, además, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, señala que la afiliación no se pierde por haber dejado de cotizar uno o varios períodos, pero se podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos cuando tenga más de 6 meses de no pago de las cotizaciones.

Agregó, igualmente, que la obligación de realizar los aportes no radica en cabeza del afiliado sino del empleador y es obligación de la administradora estar vigilante que dicho pago efectivamente se haga; que el artículo 69 de la Ley 100 de 1993 exige que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado, por lo menos, 26 semanas al producirse el estado de invalidez o que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por los menos 26 semanas, en el año inmediatamente anterior.

Estimó, así mismo, que en el presente caso los requisitos aparentemente no se cumplían, ya que la administradora, para la fecha de estructuración de la invalidez, no había percibido la totalidad de los aportes, no obstante estar demostrado que sí se le hicieron los descuentos, pero de manera extemporánea; que el pago de los aportes sí se dio por la empleadora, pero con posterioridad al calendario establecido en el artículo 7 del Decreto 228 de 1995 (fls. 36 – 44 y 93).

En apoyo de lo anterior transcribió apartes de una sentencia de tutela de la Corte Constitucional, para luego manifestar que se apartaba de la posición jurisprudencial de esta Corporación, por cuanto, en su criterio, la Ley 100 de 1993 no impuso en ninguno de sus artículos la sanción para el empleador de asumir directamente la prestación, sino la de pagar los respectivos aportes con intereses, además que no resultaba aplicable el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995, porque, en este caso, el demandante no fue afiliado por fuera de término y, menos, dejó de ser asegurado.

EL RECURSO DE CASACION

Interpuesto por la parte demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case totalmente la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, se revoque la del juzgado y, en su lugar, se absuelva la demandada de todas las pretensiones del actor.

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación, que no fueron replicados y se estudiarán conjuntamente por estar dirigidos por la misma vía, denunciar la violación del mismo cuerpo normativa y ser similar su sustentación.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia recurrida de violar directamente, por interpretación errónea, los artículos 13, 17, 22, 23, 38, 39, 40, 69 y 151 de la Ley 100 de 1993; 14 y 23 del Decreto 656 de 1994; 12 y 13 del Decreto 1161 de 1994; 13 y 19 del Decreto 692 de 1994 y 7 del Decreto 228 de 1995.

En la demostración sostiene el censor que la exégesis expuesta por el Tribunal, constituye una equivocada interpretación de los textos legales que erigen al empleador en responsable único de las cotizaciones al sistema pensional, por lo que su incumplimiento, arguye, no puede quedar impune y trasladarse al administrador del régimen de pensiones, que, por la omisión patronal, no recibió la fuente de financiamiento de la pensión y, por lo mismo, tiene porque soportar la carga de esa omisión.

Señala que si para el fallador era indiscutible que los aportes no se hicieron legalmente y no alcanzó el actor a cotizar las semanas suficientes, resulta inexplicable que se hubiera condenado a la administradora que no fue culpable, puesto que, dice, su función es la de administrar los recursos que se le aportan oportunamente, pilar fundamental de un sistema contributivo como el nuestro.

Agrega que ningún precepto señala que por no efectuar el cobro de cartera a los patronos o no comunicar su decisión de suspender la afiliación, conlleve para los fondos asumir una pensión que legalmente no les corresponde; que tal cosa no está prevista en los artículos 13, 14 y 26 del Decreto 656 de 1994, ni en el 13 del Decreto 1161 del mismo año, en el 12 y 13 del Decreto 652 del mismo año, que, dice, fueron entendidos equivocadamente por el ad quem, que, asevera, confunde la atribución legal de los fondos para combatir la, cada vez más creciente, evasión patronal; que son graves las consecuencias del criterio del Tribunal, porque las administradoras tendrían que destinar cuantiosos recursos para recuperar la cartera morosa, pues aún de resultar estéril la ejecución, de todos modos sobrevendrían las mismas consecuencias.

Argumenta igualmente, que el verdadero sentido de las normas mencionadas, no es que las administradoras sean las responsables del pago de las cotizaciones, sino el de radicar en cabeza del empleador moroso tal responsabilidad.

Trae en su apoyo jurisprudencia de esta Sala, contenida en la sentencia 20716 del 27 de enero de 2004, reiterada en otras muchas que cita.

SEGUNDO CARGO (también designado “primero”)

Acusa la sentencia recurrida de violar directamente, por infracción directa, los artículos 17, 22, 23, 38, 39 y 69 de la Ley 100 de 1993; 39 del Decreto 1406 de 1999; y 18 del Decreto 1818 de 1996, lo que, dice, condujo a la aplicación indebida de los artículos 14 y 23 del Decreto 656 de 1994; 12 y 13 del Decreto 1161 de 1994; 13 y 19 del Decreto 692 de 1994; 7 del Decreto 228 de 1995 y 40 de la Ley 100 de 1993.

En la demostración, sostiene el censor que el Tribunal no le hizo producir efecto a las normas señaladas como infringidas directamente, que establecen el requisito de la densidad de semanas de cotización y hacen responsable al empleador incumplido del pago de las prestaciones correspondientes; que brilla por su ausencia la aplicación del artículo 18 del Decreto 1818 de 1996, el cual, afirma, prevé la consecuencia para el empleador que no efectúa el pago de las cotizaciones de responder exclusivamente; que en el régimen de ahorro individual, las coberturas por invalidez, las otorga un asegurador y si se produce la mora, no hay cobertura del seguro y el pago posterior al siniestro no es hábil para revivirla; que sin pago oportuno no hay financiación de la seguridad social, ni recursos para el pago de prestaciones sociales; que como el demandante no completó las 26 semanas no debía responder la administradora.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

La interpretación jurisprudencial, en que se apoya la censura, en el primer cargo, para demostrar que el Tribunal se equivocó al considerar que la mora en el pago de los aportes no implicaba el traslado del riesgo a cargo del empleador, fue recogida recientemente por la mayoría de la Sala, en su sentencia del 22 de julio de 2008, radicación 34270, en donde se sostuvo básicamente por esta Corporación que, en los casos de mora del empleador en el pago de las cotizaciones al sistema, es preciso examinar las acciones desplegadas por la administradora de pensiones para obtener su recaudo efectivo, pues de determinarse que ésta ha sido negligente en el cumplimiento de esta obligación, se estimó, debía asumir la obligación.

Así se dijo por la mayoría de la Sala en esa oportunidad:

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

“(…).

“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”.

Posición ésta que fue ratificada en sentencia del 26 de agosto pasado, radicación 29549, en la que se dijo frente a una administradora de fondos de pensiones, como la aquí demandada, lo siguiente:

“En este orden, el Decreto 656 de 1994 estableció el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones y le impuso a dichas entidades una serie de obligaciones, entre las que se cuenta la de “adelantar las acciones de cobro de las cotizaciones retrasadas”, para lo cual las cuentas de cobro que se elaboren por las sumas que se encuentren en mora “prestarán mérito ejecutivo” (art. 14-h), de donde se deduce que el legislador le dio a dichas administradoras las herramientas necesarias para hacer efectivo el cobro de los aportes en mora, por manera que si no hacen uso de esas atribuciones o lo hacen en forma ineficiente, quedan inmersas en el desconocimiento de los principios de eficiencia y eficacia a los que alude el artículo 4º del decreto citado, siendo responsable “de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados”.

“Además, el mismo Decreto, en su artículo 23, establece que las administradoras de fondos de pensiones deberán contar con los mecanismos que “les permitan determinar en forma permanente la mora o incumplimiento por parte de los empleadores en el pago oportuno de las cotizaciones, de tal forma que puedan adelantar oportunamente las acciones de cobro de las sumas pertinentes”. De donde se infiere, que el actuar diligente y oportuno de la administradora de pensiones, la puede exonerar de responsabilidad y trasladársela al empleador, contrario sensu, su comportamiento omisivo o negligente en el cobro de los aportes, eventualmente, compromete su responsabilidad y por tal razón deberán responder por las prestaciones originadas en los riesgos amparados.”

Bajo esta nueva óptica no aparece equivocada la hermenéutica del ad quem, en cuanto estimó, como fundamento de su decisión, que la entidad demandada era quien debía responder por la pensión de invalidez del actor porque no utilizó sus facultades de cobro, ni comunicó a la empleadora y el trabajador su decisión de suspender, sino que se limitó a esperar el pago, pues dicha interpretación se acomoda a lo que, sobre el punto, viene sosteniendo la jurisprudencia de la Sala con posterioridad a la primera de las decisiones ya citadas y, como el primer cargo no plantea nada nuevo frente a ella, sino que aduce lo que con anterioridad era sostenido por esta Corporación, no existen nuevos argumentos que induzcan a variarla, ni a decidir en contrario.

Siendo la anterior, la actual hermenéutica de la Sala, respecto a las normas señaladas, tampoco pudo incurrir el Tribunal en la infracción directa que se denuncia en la segunda acusación, por las mismas razones ya expuestas.

Por lo anterior, el cargo no prospera.

Por no haberse causado, no se condenará en costas en el recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada el 10 de noviembre de 2005, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, dentro del juicio ordinario laboral que le adelanta LUÍS CARLOS GIRALDO RAMÍREZ a la COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS – COLFONDOS S. A.

Sin costas en el recurso extraordinario.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGU ISAURA VARGAS DÍAZ

MARÍA ISMENIA GARCÍA MENDOZA

Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

Radicación No. 28744

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ.

Ref: COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS – COLFONDOS S.A. Vs. LUIS CARLOS GIRALDO RAMÍREZ VS. COLFONDOS.

Con mi acostumbrado respeto, y de acuerdo con lo manifestado en Sala, debo discrepar de la decisión en cuanto a atribuir la responsabilidad del cubrimiento de las prestaciones económicas y asistenciales de la Seguridad Social a la administradora del sistema, por no probar que agotó todas las acciones de cobro de las respectivas cotizaciones contra el empleador que incurrió en mora en su pago; criterio que consigné y mantengo, en el salvamento de voto de la sentencia de 22 de julio de 2008, radicación 34270, en el que exprese:

” (...) 1ª) Como bien es sabido, nuestro sistema de seguridad social es de carácter contributivo y, por ello, a diferencia de lo que ocurre con los sistemas de seguridad social de naturaleza 'asistencial', de ocurrencia exótica, en los cuales, con indeferencia de la aportación empresarial que a él se haga, desde la misma constitución de la relación de afiliación las necesidades de la persona se satisfacen con la contribución de un todo representado por el Estado --'todos' desde el concepto de un Estado solidario--, en éste la financiación de las prestaciones se soporta, principalmente, en las cotizaciones efectuadas por el empleador con aportes suyos y del trabajador, cuyo fundamento reposa en la responsabilidad que compete a éste frente a las distintas necesidades de sus trabajadores, y a la solidaridad que del segundo se espera frente al sistema.

Aun cuando no es posible predicar una sinalgamaticidad o reciprocidad absoluta entre cotizaciones y prestaciones, es lo cierto que en nuestro sistema de seguridad social, éstas no son ni más ni menos que el instrumento mediante el cual se hacen posibles los medios de protección

que prevé el mismo sistema.

En nuestro Sistema de Seguridad Social Integral, la obligación de aportación económica del empresario y el trabajador a través de la correspondiente cotización, amén de justificarse por la necesidad de mantener y acrecentar la fuente de recursos que le permiten al sistema operar satisfactoriamente, se explica jurídicamente por la 'previa' responsabilidad que la ley impone al empleador respecto de la satisfacción de las necesidades de seguridad y protección de sus trabajadores, así como a éstos la de compartir dicha obligación, pues en últimas son sus directos beneficiados.

Ahora bien, el empleador, directo responsable de la cotización al sistema como 'aportante', y en nuestro caso también único responsable de la cotización por ser quien está a cargo del descuento que debe hacer para tales efectos al ingreso del trabajador, está llamado por la ley a responder por la protección del trabajador cuando quiera que el incumplimiento del período de cotización previo a la causación del derecho le es imputable, pues en ese caso no se produce una verdadera asunción de la responsabilidad por parte de la gestora o administradora del sistema, por mantenerse en la órbita contractual laboral la obligación genérica de protección patronal, que en el caso de los trabajadores particulares recuerda explícitamente el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo.

2ª) Las prestaciones de la seguridad social no son resultado 'automático' de los eventos que legalmente les dan origen, pues están sometidas al cumplimiento de períodos de cotización mínimos 'previos', no siendo posible que el sistema de seguridad social asuma la protección del beneficiario, sino en tanto y en cuanto ese período mínimo haya sido plenamente satisfecho. Ello explica que si no está cumplido el período de cotización mínimo, por ejemplo, por no haberse trabajado durante él, o por lo que es conocido como 'afiliación simbólica', o por la mora en el pago de la cotización, no se causa la protección que prevé el sistema, entendiéndose que no se le ha trasladado a éste la responsabilidad de la protección allí prevista.

Y si ello es así, como ciertamente en mi criterio lo es, no es dable hacer una 'ficción' de períodos mínimos de cotización con el mero hecho de la afiliación del trabajador al sistema. Es que la afiliación al sistema de seguridad social, en nuestro caso, no es causa suficiente de la protección que en él se prevé, dado que, insisto, frente a todas y cada una de las prestaciones económicas o asistenciales allí contempladas, salvo las que tienen ver con el riesgo profesional que por su propia naturaleza surgen casi ipso facto al momento de la afiliación del trabajador, debe surtirse previamente un período, así sea exiguo, de tiempo de trabajo y de contribución económica. Exigencias que están respaldadas, ya se ha dicho, por su ineludible carácter contributivo y solidario.

Por otro lado, es palmar que la afiliación no puede confundirse con la cotización, pues en tanto aquella, en un sistema de seguridad social contributivo, como se repite es el nuestro, no opera ope legis, sino que constituye una obligación legal de constituir la relación jurídica de la seguridad social la cual puede o no darse en atención a la voluntad de los obligados, con los efectos que en tal caso el legislador prevé; la cotización, desde un punto de vista jurídico, constituye una relación jurídica obligacional que impone a los sujetos que la integran una serie de cargas y responsabilidades que dan nacimiento en el tiempo a derechos como las prestaciones sociales y asistenciales, de suerte que, esas cargas y responsabilidades no pueden ser eludidas so pena de no dar lugar a los derechos que de cumplirse en debida forma podrían dar lugar. Es decir, la cotización, como contrapartida y contribución al sistema de seguridad social, al lado de algunas específicas exigencias legales en cada caso, es la única fuente que puede dar nacimiento

al derecho frente al sistema de seguridad social, sin que pueda en manera alguna eludirse, so pretexto de razones o situaciones atribuibles a un sujeto de la relación jurídica distinto a su original deudor.

3ª) No es válidamente sostenible la afirmación de que la mera afiliación al sistema de seguridad social, a espaldas del cumplimiento efectivo de la obligación de cotización, le traslada a aquél la responsabilidad de protección que en un primer lugar, y en atención a los derechos, deberes, cargas y obligaciones del vínculo laboral, cabe es al empleador.

De aceptarse como ahora se hace por la Sala tal planteamiento, resulta deleznable la exigencia de la cotización al sistema de seguridad social y, en consecuencia, se llega a la inapropiada conclusión de que en el nuestro, con indiferencia del marco normativo trazado desde la regla jurídica constitucional que lo concibe como un servicio público obligatorio (artículo 48 C.P.) a cuyas prestaciones se accede previo cumplimiento de las cotizaciones o el capital necesario para ello (Acto Legislativo 01 de 2005), y de las normas legales y reglamentarias que lo desarrollan como un sistema de seguridad social contributivo, las obligaciones de protección y seguridad patronal de que trata el artículo 56 del Código Sustantivo del Trabajo han desaparecido, o por lo menos se han menguado hasta una mínima expresión para mí nada comprensible.

En efecto, hasta ahora no había discusión en que al empleador incumbían unas obligaciones genéricas de protección y seguridad para con el trabajador, y correlativamente a ellas al trabajador se exigían las de obediencia y fidelidad. Obligaciones del primero que en buena parte se tradujeron al entrar a regir el Sistema de Seguridad Social Integral de la Ley 100 de 1993, en las de afiliación y cotización, pero que en modo alguno y a mi manera de ver le liberaron de aquellas, muchísimo menos cuando no cumple el supuesto que permite al sistema subrogarlo en la responsabilidad de protección.

De tal manera que si sigue el argumento que permite liberar al empleador de sus obligaciones de seguridad y protección, por no haberse acreditado en el proceso que se le persiguió a objeto de recaudar forzosamente la cotización, cabe preguntarse en qué quedan entonces las obligaciones recíprocas del trabajador. En otros términos, si el incumplimiento de la obligación de cotización que asiste al empleador no genera en cabeza de éste la responsabilidad de asumir las prestaciones que con ella se pretendían asegurar, sino que se trasladan al ente de seguridad social por no haberlo compelido a su pago, resulta por lo menos gaseoso responder en qué estado quedan las obligaciones de fidelidad y obediencia del trabajador.

Una respuesta que pretenda mantener al trabajador sus obligaciones de obediencia y fidelidad, en tanto libera al empleador de las de protección y seguridad que le competen, desquicia la debida proporcionalidad y armonía que a esta clase de relación jurídica la ley y el mismo sentido común imponen.

4ª) Las acciones de cobro de cotizaciones previstas en nuestro sistema de seguridad social no son las que arbitran al sujeto responsable de la protección al trabajador, para de esa forma poder concluirse que si se ejercen lo es el empleador y si no ocurre ello lo es el administrador, pues la responsabilidad de la protección no recae primeramente sobre la entidad de seguridad social, sino sobre el empleador y en quienes según la ley actúan con él solidariamente.

El empleador responde directamente al trabajador de la obligación de protección. Y sus codeudores solidarios responden de igual manera en diferentes eventos, para los cuales valga citar el del beneficiario de la obra, el subcontratista de trabajo y el mismo sustituto patronal. Y

sólo indirectamente a través del ente administrador de seguridad social.

No puede invertirse el orden de responsabilidad con el sólo argumento del ejercicio o no de acciones de cobro de la cotización. De esa suerte puede darse paso a tesis nada queridas en materia de responsabilidad laboral como las que atrás se acaban de enunciar.

Tampoco pude olvidarse que las acciones de cobro a que alude el fallo del cual disiento, parten del incumplimiento del empleador en su relación jurídica con el sistema de seguridad social, luego, entonces, para cuando la acción de cobro se ejercita no se está ante la necesidad de prevenir un perjuicio sino ante la de repararlo. Así, en mi parecer, no es lógico atribuir al sistema de seguridad social la responsabilidad de la protección del trabajador y el consecuente pago o reconocimiento de las prestaciones a las cuales éste tendría derecho, cuando quiera que, por una parte, su directo responsable se encuentra en estado de incumplimiento y, por otra, la acción de cobro tiene un propósito meramente recaudatorio, no resarcitorio ni de reembolso. Seguir ese discurso conduce a liberar al empleador incumplido de la obligación genérica de protección que le corresponde, e imponer una responsabilidad al sistema de seguridad social que de acuerdo a las disposiciones jurídicas sólo surge en cuanto se dan los presupuestos de afiliación y cotización exigidas para cada específico evento por el legislador.

5ª) Bastante dicen las normas constitucionales y legales sobre la previa necesidad de la cotización al sistema de seguridad social para dar lugar a las prestaciones que de allí se desprenden.

Amén de que el artículo 48 de la Constitución Política define que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio, en sujeción a los principios de 'eficiencia', 'universalidad' y 'solidaridad', el artículo 365 de la misma obra señala que ese servicio público está sometido al régimen jurídico que fije la ley; y éste régimen, principalmente en la Ley 100 de 1993 y las que le siguieron (verbigracia, leyes 789 de 2002 y 797 de 2003), apunta a la ineludible 'sostenibilidad financiera' y 'viabilidad económica' del sistema, así como al carácter obligatorio y en ese sentido vinculante de las cotizaciones, imponiendo, para citar apenas un ejemplo próximo, la 'independencia' de las obligaciones legales del empleador aportante con el sistema de los 'requerimientos' que al respecto le pudiere hacer la entidad administradora (artículo 17 del Decreto 1406 de 1999), lo cual traduce, inequívocamente, que al empleador incumplido no lo libera de sus obligaciones de seguridad y protección y, por supuesto, del pago de las prestaciones debidas ante la ocurrencia de cualquiera de los riesgos que allí se contemplan, el hecho de no haber sido 'requerido' a efectos de cumplir sus obligaciones legales con el sistema.

En los anteriores términos, sumados a los expresados por la Corte en múltiples fallos para sostener el criterio que ahora se modifica, y para no hacer más extenuante este escrito, dejo consignado mi salvamento de voto a la decisión comentada”.

Fecha ut supra,

ISAURA VARGAS DIAZ



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

