**Providencia :** Auto del 12 de febrero de 2016

**Radicación No. :** 66001-31-05-001-2014-00191-01

**Proceso :** Ordinario laboral

**Demandante :** Héctor Fabio García Sánchez

**Demandado :** Colpensiones

**Juzgado :** Juzgado Primero Laboral del Circuito

LITISCONSORCIO NECESARIO/ Casos en los cuales es obligatoria la vinculación del empleador moroso para decidir la cuestión

“(…) la presente litis puede desarrollarse sin inconveniente alguno a pesar de la no comparecencia o vinculación de la Manufacturas Valher S.A., pues frente a los periodos que eventualmente aparezcan en mora, tiene que demostrar la entidad demandada que empleó la totalidad de las herramientas legales con las que cuenta a efectos de hacer efectiva esa obligación, o, en caso de no ser posible, declararla como “*deuda incobrable”*, so pena de que, en el evento de haber pretermitido esa obligación, la cantidad de semanas que aparezcan como presuntamente adeudadas por el susodicho empleador continúen gravitando en el haber del afiliado. Para ese efecto, no se requiere la presencia del empleador moroso.”

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: Ana Lucía Caicedo Calderón

Acta No. \_\_\_\_\_\_

(Febrero 12 de 2016)

Sistema oral - audiencia para proferir auto interlocutorio

En la fecha, siendo las ocho y quince de la mañana (8:15 a.m.), la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira procede a decidir el recurso de apelación presentado dentro del proceso ordinario laboral adelantado por Héctor Fabio García Sánchez en contra de la Colpensiones. Para el efecto, se verifica la asistencia de las partes a la presente diligencia: Por la parte demandante…, por la demandada…

**Alegatos de conclusión**

De conformidad con el artículo 82 del C.P.T y de la s.s., modificado por el artículo 13 de la Ley 1149 de 2007, se concede el uso de la palabra a las partes para que presenten sus alegatos de conclusión. Por la parte demandante… Por la parte demandada…

**Antecedentes procesales**

En el marco de la etapa de fijación del litigio prevista en el artículo 77 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, el apoderado judicial de Colpensiones solicitó al Despacho de primer grado que, si así lo estimaba conveniente, vinculara a la litis a los socios que hicieran parte de Manufacturas Valher S.A., empresa que por ser liquidada se exoneró de presentarse a esa audiencia.

La Jueza negó la anterior solicitud indicando que según el certificado de existencia y representación legal la mencionada sociedad fue liquidada desde 1991, además, en aquel documento no se manifiesta cuáles son los socios de la empresa. Por otra parte, refirió que mediante auto del 4 de junio de 2015 ella ordenó la desvinculación de esa empresa, sin que Colpensiones y otra de las partes hubiere hecho pronunciamiento alguno, razón por la cual dicho auto se encuentra en firme.

Inconforme con dicha determinación, el apoderado de la parte demandada presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación, arguyendo que el término propicio para vincular un litisconsorte es hasta antes de la sentencia, por lo que no corren términos frente a autos que hayan decidido otra cosa dentro del proceso. Así mismo, refirió que sólo con la solicitud oficiosa del juzgado se puede correr el velo que cubre ese tipo de sociedades para que se informe cuál son las personas que intervinieron como accionistas; por eso, frente a la necesidad de los efectos de la mora y la eventualidad del derecho que tiene el demandante a pensionarse, era necesario acceder a su solicitud.

La A-quo decidió no reponer su decisión bajo el argumento de que su despacho, mediante auto del 10 de abril de 2015, ordenó oficiosamente la vinculación en calidad de litis consorte necesario de Manufacturas Valher S.A. y Ayco Ltda., en virtud de la historia laboral que fuera aportada por Colpensiones, y que mediante auto del 4 de junio de 2015 ordenó la desvinculación de la primera en razón a que se encuentra disuelta o liquidada, por lo tanto, no era posible revivir términos cuando la etapa para impugnar aquella decisión se encuentra prescrito.

**Consideraciones**

**Problema jurídico por resolver**

De acuerdo a lo hasta aquí expuesto le corresponde a la Sala determinar si a efectos de dictar sentencia, es necesario conformar el contradictorio con los socios de la extinta sociedad Manufacturas Valher S.A., a pesar de existir evidencia de que dicha sociedad se encuentra liquidada.

**2.2 De la responsabilidad de los socios de las sociedades anónimas**

De conformidad con el artículo 252 del Código de Comercio, en las sociedades por acciones no habrá acción de los terceros contra los socios por las obligaciones sociales, pues las mismas sólo podrán ejercitarse contra los liquidadores y únicamente hasta concurrencia de los activos sociales recibidos por ellos. Así mismo, dispone el artículo 373 ídem que la sociedad anónima se formará por la reunión de un fondo social suministrado por accionistas responsables hasta el monto de sus respectivos aportes.

**2.3 De la mora patronal**

Lo primero que debe recordarse es que esta Corporación, acogiendo los lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *–expuestos, entre otras, en la sentencia del 2 de febrero de 2010, Radicado No. 35012, M.P. Dr. Eduardo López Villegas-*, de tiempo atrás ha sostenido que la mora patronal no debe afectar al afiliado al sistema pensional porque cuando aquella se presenta la entidad de seguridad social tiene la obligación de ejercer las acciones de cobro respectivas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, como también lo ha sostenido el órgano de cierre de la jurisdicción laboral, para el trabajador dependiente afiliado al sistema la condición de cotizante está dada principalmente por la vigencia de la relación laboral, por lo tanto, es sólo durante el tiempo de la prestación efectiva del servicio que se causan las cotizaciones y se adquiere la categoría de cotizante.

Así pues, cuando se alega la mora patronal, es necesario que la parte actora acredite la existencia del vínculo laboral en el interregno en que presuntamente se presentó la falta de pago de las cotizaciones por parte del empleador, sin perjuicio de que, en algunos eventos, de la propia historia laboral se pueda deducir dicha mora, por ejemplo, por la interrupción de las cotizaciones por parte de un empleador sin que medie la novedad de retiro.

Más allá de esa prudente exigencia, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia es del criterio de que si no hay gestión de cobro por parte de la entidad de seguridad social, no puede existir la declaratoria de «deuda incobrable» sobre las cotizaciones que se registran en mora, por lo que no se surtían los efectos del artículo 75 del Decreto 2665 de 1988, cuales son los de tener por inexistentes esas cotizaciones. Agrega la alta Corporación que la declaración de incobrable de la deuda por aportes, una vez surtido el trámite del cobro coactivo, tendría como efecto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 75 ibídem, que las semanas en mora no se tendría como cotizadas, ni se acumularía para efectos de las prestaciones.

Frente a lo anterior precisó, con meridiana claridad, que mientras falte esa declaración -la de “deuda incobrable”- “las cotizaciones siguen gravitando en la contabilidad de las cotizaciones efectivas del afiliado”. Esta línea jurisprudencial se observa sin variación en las sentencias: del 4 Julio 2012, Rad. 42086 y, más recientemente, en la dictada el 24 de septiembre de 2014 M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, Rad. No. 45819.

Lo anterior resulta así, i) porque para el afiliado es inoponible tanto el incumplimiento de una obligación que está a cargo de su empleador, como el cumplimiento de los deberes que surgen producto de la relación entre la AFP y el empleador y, ii) la Ley 100 de 1993  y el Decreto 2633 de 1994 traen ciertos mecanismos y acciones que obligan a las administradoras de pensiones a realizar los cobros, incluso de forma coactiva,  de las cotizaciones que se encuentren en mora con el fin de guardar la integridad de los aportes a pensión, y sancionar dichos pagos extemporáneos. Así entonces, ha sostenido la jurisprudencia nacional que la negligencia en el uso de dichas facultades no puede servir de excusa para negar el reconocimiento y pago de una pensión, puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes.

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha destacado la importancia del reconocimiento y pago de la pensión de vejez como garantía efectiva de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de los adultos mayores; así mismo, múltiples veces ha señalado que la mora u omisión del empleador en el pago de los aportes al sistema de seguridad social no puede ser un impedimento para que las Administradoras de Fondos de Pensiones reconozcan la pensión de vejez a los afiliados; en otras palabras, dicha falta de pago no es motivo suficiente para negar el reconocimiento de la prestación pensional pretendida.

En conclusión, la falta de pago de los aportes a la seguridad social por parte del empleador, o la negligencia en el uso de las herramientas de cobro por parte de las administradoras de pensiones, no pueden servir de argumento para negar el reconocimiento y pago de una prestación pensional, pues de lo contrario correría el trabajador con las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación legal de su empleador y con la correlativa falta de acción de la AFP encargada de cobrar los pagos no efectuados en tiempo por el empleador. En consecuencia, el empleado no debe asumir la ineficiencia de la entidad administradora en el cobro de dichos aportes, y esta última no puede alegar a su favor la propia negligencia en perjuicio del trabajador, toda vez que él es ajeno a dicha situación.

**2.3 Caso concreto**

Como preámbulo debe precisar la Sala que la solicitud impetrada por el apoderado judicial de Colpensiones debió negarse por cuanto la socios de la extinta sociedad anónima Manufacturas Valher, no son solidariamente responsables de las obligaciones laborales de dicha empresa, salvo si ellos hubieran incurrido en la violación de la ley por la comisión de actos de defraudación frente a terceros, tal como lo dispone el artículo 207 de la Ley 222 de 1995, situación que debió quedar plenamente demostrada en el proceso liquidatario y que en el presente asunto no se encuentra acreditada.

Por otra parte y para efectos de la claridad en el asunto se dirá que la figura del litisconsorcio necesario está definida por los artículos 51 y 83 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en materia laboral por analogía, de los cuales, el primero establece que existe litisconsorcio necesario *“Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes”*; mientras la segunda refiere que “*Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos”.* De lo anterior se colige que sólo se presenta un litisconsorte necesario cuando para resolver de fondo el asunto objeto de estudio, es indispensable que comparezca la pluralidad de sujetos que intervinieron en la relación jurídica sustancial.

Así las cosas, tal como se expuso previamente, la presente litis puede desarrollarse sin inconveniente alguno a pesar de la no comparecencia o vinculación de la Manufacturas Valher S.A., pues frente a los periodos que eventualmente aparezcan en mora, tiene que demostrar la entidad demandada que empleó la totalidad de las herramientas legales con las que cuenta a efectos de hacer efectiva esa obligación, o, en caso de no ser posible, declararla como “*deuda incobrable”*, so pena de que, en el evento de haber pretermitido esa obligación, la cantidad de semanas que aparezcan como presuntamente adeudadas por el susodicho empleador continúen gravitando en el haber del afiliado. Para ese efecto, no se requiere la presencia del empleador moroso.

Además de lo anterior, debe advertirse que el auto que ordenó la desvinculación de la sociedad en mención (fl. 165), en momento alguno fue censurado por la entidad demandada, quedando en firme la disposición en él contenida, por lo que lo pedido por su representante legal, además de no tener sustento jurídico –como acaba de verse-, resulta inoportuno.

Por lo expuesto, la decisión tomada en primer grado está ajustada a derecho por lo cual debe confirmarse. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira,

**RESUELVE**

**PRIMERO**: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Primero Laboral de Circuito de Pereira el 4 de diciembre de 2015.

**SEGUNDO**: Costas en esta instancia correrán a cargo de la entidad demandada en un 100%, las cuales se liquidarán por el juzgado de origen según lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina siendo las \_\_\_\_\_ de la mañana, se levanta el acta y firman las personas que en la misma intervinieron.

La Magistrada,

**ANA LUCÍA CAICEDO CALDERÓN**

Los Magistrados,

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ FRANCISCO JAVIER TAMAYO TABARES**

**JELYNE MONSALVE OSPINA**

**Secretaria Ad-Hoc**