

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**  
**SALA DE CASACION LABORAL**

**Bogotá, D. C., quince (15) de marzo de dos mil diecisiete (2017).**

**Radicación n.º 56877**

**SL3707-2017**

**Acta 09**

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**

**Magistrado ponente**

En uso de la facultad prevista en el artículo 115 de la Ley 1395 de 2010, resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el apoderado judicial de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., contra la sentencia de 26 de diciembre de 2011,

proferida por la Sala Cuarta de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, en el proceso ordinario promovido por GRENELIA YAMITH CONTRERAS GAMARRA quien actúa en nombre propio, y en representación de su menor hijo ORLANDO RAFAEL CASTRO CONTRERAS.

Se acepta el impedimento manifestado por el magistrado Fernando Castillo Cadena.

## I. ANTECEDENTES

Los citados demandantes convocaron a proceso a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes de origen común, en su condición de cónyuge e hijo respectivamente, del afiliado fallecido Orlando de Jesús Castro Escobar, a partir del 23 de diciembre de 2000 fecha del deceso de este último, más los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la indexación de la deuda.

En apoyo de sus pretensiones señalaron que el causante murió violentamente el 23 de diciembre de 2000, estando al servicio del Municipio de Sabanas de San Ángel, en el cargo de Personero, el cual ocupaba desde el 11 de enero de ese año. Fue afiliado por el municipio al fondo de pensiones administrado por la demandada desde el 28 de julio de 2000; pero en toda la vida laboral acumuló 241 semanas de aportes incluyendo los vertidos al sistema con otras entidades públicas. El occiso era casado con la actora, por el rito católico celebrado el 16 de febrero de 1996 y tuvieron un hijo.

Agregan que reclamaron la prestación de supervivencia el 24 de julio de 2001; la entidad la negó mediante comunicación de 4 de enero de 2002, con el argumento de configurarse mora del empleador, en

atención a que el municipio canceló en forma extemporánea el aporte correspondiente a noviembre de 2000.

La administradora de pensiones demandada respondió el libelo; se opuso a las pretensiones. Aceptó la vinculación laboral, la afiliación, la existencia de la reclamación y la respuesta negativa. Los otros hechos los negó o cuestionó que tuvieran tal calidad. Adujo que al momento de la muerte, el causante no era cotizante activo por mora del empleador, y no cumplía el requisito de las 26 semanas de contribuciones al sistema en el año inmediatamente anterior al deceso, previsto en el literal b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993. El pago de la deuda realizado por el municipio después del fallecimiento, no habilita los aportes por ser extemporáneo.

Invocó como medios exceptivos: ausencia de derecho sustantivo y responsabilidad de un tercero, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y la genérica.

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Barranquilla mediante sentencia dictada en audiencia celebrada el 29 de noviembre de 2010, condenó a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a reconocer y pagar a los demandantes la pensión de sobrevivientes a partir del 23 de diciembre de 2006, en un 50% para la cónyuge, y el otro 50% en favor del hijo menor. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad a esa data.

## III.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL

La Sala Cuarta de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, que conoció en virtud de la apelación de la administradora de pensiones demandada, mediante fallo de 26 de diciembre de 2011, confirmó el del Juzgado en su integridad.

En lo que interesa a los efectos de esta decisión, expuso el juzgador Ad quem, luego de citar varias sentencias de esta Sala sobre los efectos de la mora del empleador en relación con el reconocimiento de las prestaciones, que cuando se presente incumplimiento empresarial en el pago de cotizaciones, las administradoras de pensiones deben ejercer las acciones de cobro; si no lo hacen, queda a su cargo la obligación frente a los afiliados o sus beneficiarios.

Después añadió el sentenciador:

En este norte, se tiene (sic) el afiliado fallecido diligenció su formulario de afiliación a la demandada en oportunidad, falleciendo el día 23 de diciembre de esa misma anualidad (fl. 13). La cuenta de ahorro individual del cónyuge y padre de los demandantes no se abrió con las cotizaciones realizadas en el último año anterior a su fallecimiento, como lo pretende hacer ver la demandada, cuando señala como aporte inicial el de diciembre de 1999, recibida por ella el día 1 de abril de 2000 y que posteriormente se nutrió con las cotizaciones de enero y julio de 2000, pagadas a la demandada antes del deceso del afiliado, según consta en la comunicación de 4 de enero de 2002 (fls. 48 a 53), mediante la cual la demandada resolvió (sic) negativa el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes demandada.

Esa cuenta se abrió con la primera cotización, que por lo menos data del mes de mayo de 1999, cuando el entonces empleador del afiliado fallecido, debió sufragar la cotización correspondiente al mes de abril de esa anualidad, según consta en la certificación expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil (fls. 33 y 34), de acuerdo con la cual el fallecido laboró al servicio de esa entidad desde el 23 de abril de 1999 hasta 12 de enero de 2000 y durante ese tiempo, sus cotizaciones fueron sufragadas a la demandada.

Las pruebas referidas no dejan duda que el afiliado fallecido, tenía esa calidad respecto de demandada al momento de muerte (sic) y que por esa razón, la demandada no puede esgrimir como fundamento para negar el reconocimiento de la prestación económica objeto de este juicio la falta de afiliación, puesto que ella es una sola y se consolida con el pago de la primera semana.

Siendo las cosas de ese tenor, la demandada omitió recaudar las cotizaciones causadas desde el 11 enero al 23 de diciembre de 2000, excluidas, obviamente aquellas pagadas por la empleadora del cónyuge y padre de los demandantes, ya que el fallecido prestó sus servicios al Municipio de San Ángel por ese tiempo (fls. 37 y 38).

#### IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el apoderado de la administradora de pensiones demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver previo estudio de la demanda del recurso extraordinario. No hubo réplica.

#### V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente la casación de la sentencia gravada, y que en sede de instancia la Corporación revoque las declaraciones, reconocimientos, concesiones y condenas impartidas por el A quo, y en su lugar absuelva a la administradora de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Con tal fin formula un único cargo, así:

## VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia por vía directa, en la modalidad de «interpretación errónea de los artículos 15 y 22 de la Ley 100 de 1993, lo que trajo como consecuencia la infracción directa de los artículos 48 de la Constitución Política, 17, 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, 3 del Decreto 2280 de 1994, 39 del Decreto 1406 de 1999 y 53 del Decreto 1406 de 1999».

En el desarrollo sostuvo el censor:

Se considera que la interpretación dada a esos artículos es equivocada, razón por la cual comedidamente se solicita una revisión del criterio jurisprudencial en que se apoya y que se regrese al que había sido el pacífico discernimiento de la Corte Suprema de Justicia sobre los efectos de la mora en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social.

Tal como lo venía considerando de tiempo atrás esa H. Sala, teniendo en cuenta la evolución legislativa que ha presentado, el Sistema de Seguridad Social que rige en Colombia tiene por objeto la cobertura de riesgos y contingencias que, anteriormente, se hallaba a cargo de los empleadores, quienes han trasladado esa responsabilidad a las entidades que hoy día administran ese sistema. Pero el traslado de tan trascendental responsabilidad no se presenta de manera automática, porque exige el cumplimiento de unas obligaciones, dentro de las cuales se destacan la afiliación al sistema y el pago de las cotizaciones en los términos establecidos en la ley, dada la naturaleza contributiva del sistema, lo que se manifiesta en que su financiación se basa en los aportes de los afiliados y de los empleadores.

Por manera que, cuando no se cumplen esas exigencias, no puede darse el traslado de responsabilidad y, en ese evento, le corresponde al empleador incumplido hacerse cargo de las prestaciones que hubiere otorgado el sistema, de haber honrado aquel sus obligaciones. Sobre el particular explicó esa H. Sala de la Corte, entre muchísimas otras, en la sentencia de 30 de Agosto de 2.000, Rad. No. 13.818, en la cual señaló las directrices que gobiernan el incumplimiento patronal y las sanciones que habrán de producirse contra el empleador incumplido en el pago de aportes en pensiones (...).

**Más adelante agrega:**

Aun cuando no se desconoce el espíritu de equidad que la orienta, teorías como las acogidas por el Tribunal que, en la práctica, imponen una responsabilidad objetiva a las entidades del Sistema de Seguridad Social, llevadas al extremo podrían desquiciar el Sistema de Seguridad Social, generando en el caso de la mora del empleador uno o varios de los siguientes efectos adversos:

a) Estimularía la evasión de las cotizaciones al sistema de seguridad social, pues al empleador únicamente le bastaría con afiliar al trabajador; y, si eventualmente se materializara el riesgo de invalidez o muerte, el empleador muy cómodamente realizaría los respectivos aportes.

b) Habría una sustitución de la obligación de realizar los aportes por la obligación de afiliar al trabajador, pues en el trasfondo del asunto la única obligación para el empleador sería afiliar al trabajador.

c) La postura de que en caso de mora del empleador la entidad de seguridad social debe asumir el pago de la prestación, estimula las conductas fraudulentas y de mala fe con el sistema, pues una vez inválido o muerto un trabajador, el beneficiario podría llegar a acuerdos ilegítimos con empresas para que éstas certifiquen periodos de trabajo en los cuales no se prestaron servicios y a través de la tesis de la mora del empleador, acceder a prestaciones a las cuales no tiene derecho.

(..)

Por último, debe destacarse que el juez de la alzada tampoco tuvo en cuenta lo dispuesto por los artículos 70 y 77 de la ley 100 de 1993, según los cuales las sociedades administradoras de fondos de pensiones obligatorias del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad reconocen y pagan las pensiones de invalidez y sobrevivencia con ‘ los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie la pensión’ , de forma tal que en este régimen es la Compañía de Seguros con quien se haya contratado el seguro previsional quien aporta la suma adicional que haga falta para completar el capital que permita efectuar el pago de la pensión de invalidez o sobrevivencia a los afiliados o a los beneficiarios de ley del afiliado fallecido, mediante el pago de una prima, que es realizado por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones (AFPs), con cargo a las cotizaciones efectuadas por empleadores y trabajadores en los términos previstos por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

En consecuencia, es claro, en primer término, que la financiación de las pensiones de invalidez y sobrevivientes que ofrece el Sistema General de Pensiones no se fundamenta, como la de vejez, en la acumulación de un capital, sino en el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte de un afiliado, mediante el pago efectivo y oportuno de los aportes pensionales por el empleador a las sociedades administradoras y el traslado por parte de éstas a las compañías de seguros con quien se haya contratado el seguro previsional del valor de la prima con cargo al aporte pensional.

Lo anterior ha sido sostenido por la Corte Constitucional, que en Sentencia C-617 de 2001, al resolver la demanda de inconstitucionalidad en contra del literal b) del numeral 2º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, (..).

## VII. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Se ha de precisar que tiene establecido la jurisprudencia de la Sala que «en el caso del trabajador dependiente afiliado al Sistema, en los términos del artículo 15 de la Ley 100 de 1993, la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio y por el tiempo en que esto ocurra, se causan cotizaciones, y se adquiere la categoría de cotizante, independientemente de que se presente mora patronal en el pago de las mismas». (CSJ SL, 10 feb. 2009, rad. 34256).

Esto significa que no se equivocó el Tribunal cuando tuvo al causante como cotizante activo y dirimió la controversia a la luz de lo dispuesto en el literal a) del numeral 2º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, por ser la norma vigente al momento del deceso. Tampoco erró cuando incluyó en la sumatoria de cotizaciones las correspondientes a los tiempos que prestó servicios al Municipio empleador, así su pago haya sido extemporáneo, porque en realidad fueron causadas por asegurado al prestar servicios subordinados y estar vigente su afiliación a la administradora de pensiones demandada.

2. Ahora bien, en cuanto a las alegaciones del censor referentes a la responsabilidad en caso de mora en el pago de aportes a la seguridad social, cumple recordar que la Corte en sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, varió su jurisprudencia y estableció que cuando se presente dicha situación, 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 pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios.

Precisó la Corte para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber que les asiste frente a la seguridad social 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 éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro.

Los siguientes son los términos de la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, referida:

Las administradoras de pensiones tanto públicas como privadas son elemento estructural del sistema de seguridad social; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones, hoy tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público de la Seguridad Social bajo su “ dirección, coordinación y control” , y autoriza su prestación a través de “ entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley” .

Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, bajo el entendido de que toda su actividad ha de estar ordenada a cumplir con la finalidad de prestar el servicio público de la seguridad social.

Ciertamente las administradoras de pensiones como prestadoras del servicio público de pensiones, su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, ubicadas en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de gestoras de la seguridad social, actividad que por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

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.

El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa.

Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.

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.

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.

Como la Sala no encuentra motivos de peso para modificar su criterio, se ha de concluir que no incurrió el tribunal en los yerros jurídicos que le endilga el cargo, máxime que la administradora demandada no demostró haber cumplido con el deber de cobro, y que de todas maneras, por tratarse de la muerte por causas de origen común de un cotizante activo, la norma que regula la prestación como arriba se indicó, es el literal a) del numeral 2º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, que exige 26 semanas de aportes en cualquier tiempo, las cuales se cumplen en el sub lite, aspecto fáctico que no se discute en esta acusación orientada por el sendero de puro derecho.

3. Por último, no es de recibo el argumento consistente en que conceder las prestaciones a cargo de las administradoras de pensiones, en los eventos de mora o pago tardío de cotizaciones por parte de los empleadores, afecta el equilibrio financiero del sistema, o se constituye en una

actitud que favorece la impunidad frente a estos últimos, pues es lo cierto que las gestoras de la seguridad social cuentan con todos los mecanismos administrativos y judiciales para recuperar esos recursos, y la ley prevé sanciones para los incumplidos que van desde las pecuniarias como los intereses moratorios o la imposición de cálculos actuariales, y la penales, para cuando se hayan efectuado los descuentos a los trabajadores y los dineros se hayan desviado o aplicado a finalidades distintas de la seguridad social.

Por las razones anteriores, no prospera el cargo.

Sin costas en el recurso extraordinario por no haber sido causadas.

#### VIII. DECISIÓN

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 veintiséis (26) de diciembre de dos mil once (2011) por la Sala Cuarta de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario laboral seguido por GRENELIA YAMITH CONTRERAS GAMARRA quien actúa en nombre propio, y en representación de su menor hijo ORLANDO RAFAEL CASTRO CONTRERAS contra BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.

Sin costas.

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

**GERARDO BOTERO ZULUAGA**

**Presidente de la Sala**

**JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ**

**(IMPEDIDO)**

**FERNANDO CASTILLO CADENA**

**CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO**

**RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO**

**LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS**

**JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN**