



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral



GERARDO BOTERO ZULUAGA

Magistrado ponente

SL1363-2018

Radicación n.º 48112

Acta 12

Bogotá, D. C., once (11) de abril de dos mil dieciocho (2018).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A. Y OTROS**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el 24 de marzo de 2010, en el proceso que instauró **EDITH LUZ BALLESTEROS CARREAZO** en contra de la recurrente y otros.

I. ANTECEDENTES

EDITH LUZ BALLESTEROS CARREAZO, en nombre propio y en el de su hijo BREINER JOSÉ PACHECO BALLESTEROS, al igual que la señora MAYURIS APARICIO ORTEGA en nombre de su hija menor WENDY VANESA PACHECO APARICIO, llamaron a juicio a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A., VEHITRANS S.A. y COOTRANSURB LTDA., con el fin de que se les reconociera la pensión de sobrevivientes a partir del 26 de marzo de 2004, junto con las mesadas legales que se hubieren ocasionado y las adicionales de junio y diciembre, el retroactivo de las mesadas causadas y los reajustes desde la misma fecha, con motivo del fallecimiento de su compañero y padre de los menores, el afiliado José Gregorio Pacheco Herrera.

Solicitaron que se establezca, que su compañero permanente laboró de manera continua, al servicio de Vehitrans S.A., desde el 28 de diciembre de 1999 hasta el 22 de marzo de 2000, y desde el 21 de octubre de 2002 hasta el 1 de junio de 2003; para TRANSPORTE RENACIENTE S.A. desde el 15 de julio de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2003; y para la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES URBANOS DE CARTAGENA LTDA., “desde el día 9 de Enero de 2004 hasta el día 5 de Abril de 2004”; pidió igualmente que se declare que durante las relaciones laborales de Pacheco Herrera con VEHITRANS S.A. y COOTRANSURB LTDA., éstas cotizaron 56.41 semanas al Fondo de Pensiones Santander, por concepto de pensión de Vejez, Invalidez y Muerte; y que

en lo relacionado con TRANSPORTES RENACIENTE S.A., allí le cotizaron 11 semanas al ISS, por los mismos conceptos ya anotados.

Pidieron también que en el evento de no figurar cotización alguna durante la relación del afiliado Pacheco Herrera con las empresas demandadas, las mismas sean condenadas al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente por la muerte de éste, según mandato de la Ley 100 y sus decretos reglamentarios; *“que se ordene el pago de la indexación laboral o corrección monetaria que han sufrido estos dineros frente al dólar americano”*; que se reconozcan todas las sumas por pagar con la variación del IPC; que se condene a la demandada a cualquier otra prestación que se tenga derecho, con base en los principios extra y ultra petita, además de las costas y agencias en derecho.

Fundamentaron sus peticiones, básicamente, en que la primera de ellas, convivió durante varios años con su compañero permanente José Gregorio Pacheco Herrera, y de esa unión nació su hijo Breiner José Pacheco Ballesteros, y producto de otra relación, la niña Wendy Vanesa Pacheco Aparicio, ambos menores de edad.

En su condición de compañera permanente y representante legal de Breiner José Pacheco Ballesteros, y la menor Wendy Vanesa Pacheco Aparicio, representada por su madre Mayuris Aparicio Ortega, reclamaron ante el Fondo de Pensiones y Cesantías SANTANDER S.A., la pensión de sobrevivientes, pero mediante comunicaciones DPB-04512-

06 y DPB- 04513-06 del 24 de noviembre de 2006, ésta les negó la pensión argumentando que el asegurado Pacheco Herrera no había cotizado las cincuenta (50) semanas durante los últimos tres años anteriores a la fecha de su fallecimiento, ni cumplía el requisito del 20% de fidelidad al sistema para hacerse acreedor a tal derecho.

Estas comunicaciones fueron objeto de recurso de “reconsideración” interpuesto el 11 de diciembre de 2006, aportando adjunto a ellas, las certificaciones laborales de las empresas de transporte ya referidas, para las cuales el afiliado fallecido había laborado, y por su conducto estuvo afiliado al Sistema General de Pensiones, cotizando un total de 67.41 semanas a éste. Mediante comunicación DBP-0299-07 del 22 de enero de 2007, respondió la administradora SANTANDER S.A., la reconsideración formulada, reiterando en todas sus partes las comunicaciones negativas iniciales, calendadas el 24 de noviembre de 2006.

Al dar respuesta a la demanda, las entidades accionadas se comportaron así:

El apoderado de VEHITRANS S.A., se opuso a las pretensiones de los demandantes, en su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción (folios 76 a 81).

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SANTANDER S.A., hizo lo propio oponiéndose a las pretensiones de la demanda, proponiendo las excepciones de falta de los requisitos consagrados por la ley y culpa de los

empleadores; a su vez, llamó en garantía a la aseguradora SEGUROS BOLÍVAR S.A (folios 126 a 136).

COOTRANSURB LTDA., como consta a folios 212 al 218, también se opuso a las pretensiones de los actores, solicitándole al despacho se desestimen las mismas en su totalidad.

A su vez, la llamada en garantía SEGUROS BOLÍVAR S.A., se manifestó, coadyuvando a la contestación de los hechos, excepciones previas y de fondo, realizadas por la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SANTANDER S.A.; propuso como defensa, las excepciones de mérito que denominó así: ausencia de responsabilidad por parte del llamado en garantía, inoperancia de la cobertura de la póliza del seguro contratada, incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión de sobreviviente, existencia de causales exonerativas de responsabilidad, culpa de otro, y límite de la prestación económica a cargo de Seguros Bolívar en su calidad de llamado en garantía.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, en fallo proferido el 03 de abril de 2009, condenó a la sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SANTANDER S.A., y a la llamada en garantía SEGUROS BOLÍVAR S.A., a reconocer y pagar a la actora EDITH LUZ BALLESTEROS CARREAZO, en calidad de

compañera permanente la pensión de sobreviviente en proporción del 50% para ella, y a favor de los menores BREINER JOSÉ PACHECO BALLESTEROS y WENDY VANESA PACHECO APARICIO, en un 25% para cada uno. Igualmente condenó al pago del retroactivo pensional debidamente discriminado para cada uno de los demandantes.

Absolvió a las demandadas VEHITRANS S.A. y Cooperativa de Transportadores Urbanos de Cartagena Limitada COOTRANSURB LTDA., de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte vencida. Decisión que fue apelada por las condenadas.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante fallo del 24 de marzo de 2010, confirmó en todas sus partes, la sentencia revisada en apelación.

Consideró que la controversia jurídica de acuerdo al escrito de apelación, se circunscribía a establecer si la actora y los menores hijos del causante, tenían derecho o no a la pensión de sobrevivientes, y si era el empleador o el fondo de pensiones, quien debía responder por la pensión en caso de mora en las cotizaciones.

En lo que interesa al recurso extraordinario, consideró como fundamento de su decisión, que el principal reparo que

se le hace a la sentencia apelada, es el hecho de encontrarse en mora el empleador con el pago de los aportes a la seguridad social, según certificación del Fondo de Pensiones y Cesantías SANTANDER S.A., hecho éste que por sí sólo, en ningún momento exime al demandado de la responsabilidad en el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a quienes tengan tal derecho, porque si bien es cierto que los precedentes jurisprudenciales establecían la responsabilidad del empleador en caso de mora, también lo es que se han venido decantando posiciones muy firmes en este sentido, para finalmente establecer, que cuando existe mora patronal en el pago de aportes a la seguridad social, no siempre será el empleador como tal, el responsable de la prestación a que tiene derecho el trabajador, porque a las administradoras de fondos de pensiones, también les corresponde adelantar gestiones de cobro a los empleadores morosos para garantizar el funcionamiento del sistema, y que si esto no se hace, son dichos fondos de pensiones, los responsables del pago de la prestación correspondiente.

En el *sub examine*, no hay lugar a ninguna discusión sobre el fondo de pensiones al cual estuvo afiliado José Gregorio Pacheco Herrera, o sea el Fondo de Pensiones y Cesantías AFP SANTANDER S.A.; que éste fondo, le negó en su momento la pensión a los actores por cuanto según su criterio, no se cumplía en este caso con el requisito de las cincuenta (50) semanas cotizadas en los últimos tres años (folio 38), sin embargo, no obstante esto, no existen pruebas en el plenario que indiquen a la Sala, que ésta administradora de pensiones, haya desplegado actividad

alguna para el cobro de la mora patronal, como lo establecen los artículos 2 y 5 del Decreto 2633 de 1994. Por lo tanto considera, que esta administradora de pensiones, es la responsable del reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Se apoyó el juez colegiado, tanto en la sentencia de la Corte Constitucional C-556 de 2009, como en la sentencia de julio 22 de 2008, rad. 34270, y con soporte en ellas y en las consideraciones esgrimidas, confirmó el fallo impugnado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN - PARTE DEMANDADA (Fondo de Pensiones y Cesantías SANTANDER S.A.)

Interpuesto por la parte demandada, fue concedido por el tribunal y admitido por la Corte, en consecuencia se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la “Corte case totalmente la sentencia acusada, y actuando en sede de instancia revoque el fallo absolutorio del a-quo, de acuerdo con lo señalado en la ley, y actuando en sede de instancia condene al pago de la pensión de sobrevivientes a los empleadores también demandados en este proceso”.

Con tal propósito formula un cargo por la causal primera de casación, el cual fue replicado oportunamente por la oposición.

VI. CARGO ÚNICO

“La sentencia acusada violó la ley sustancial por la vía directa en el concepto de infracción directa, por falta de aplicación, del Artículo 73 de la ley 100 de 1993 en consonancia con el artículo 46 de la misma ley, como consecuencia de la indebida aplicación de los Artículos 22 y 24 de la misma ley 100 de 1993 y en relación con los artículos 2 y 5 del decreto 2633 de 1994, en concordancia con el Artículo 4 y 230 de la Carta Política de Colombia y el artículo 16 del C.S.T., en desarrollo de lo preceptuado por el Artículo 51 del Decreto 2651 de 1.991”.

En la demostración del cargo, manifiesta que al escogerse la vía directa no controvierte aspectos fácticos como el fallecimiento de José Gregorio Pacheco Herrera, la calidad de los beneficiarios de la pensión, la falta de aportes al sistema de pensiones por parte de los empleadores demandados; y que a la muerte del causante éste no había cotizado las semanas exigidas por la ley, ni había cumplido con el requisito de fidelidad al sistema.

Que el ad quem para confirmar la sentencia de primer grado, tuvo una posición no válida, ya que se encuentra establecido claramente en los artículos 43 y 76 de la Ley 100 de 1993, que los requisitos indispensables para acceder a la pensión de sobrevivientes, eran que el afiliado se encontrara cotizando al sistema y hubiere aportado por lo menos cincuenta (50) semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de su fallecimiento, más una fidelidad del 20% de cotizaciones entre los veinte años de edad y la fecha del deceso. Aduce igualmente, que los mencionados requisitos no fueron cumplidos por el trabajador causante de la pensión, y

son ellos la base para decidir sobre el derecho de sus sobrevivientes al reconocimiento de la pensión solicitada.

Le recuerda a la Corte y le solicita, retomar la jurisprudencia que se encuentra acorde con las normas aplicables a este tema en controversia, para lo cual cita la Sentencia N° 16573, la cual transcribe en extenso; concluye que se aplicaron indebidamente unas normas que no regulaban la situación *subexamine*, frente a la vigencia de las reglas verdaderamente aplicables, según él (Artículos 43 y 76 de la Ley 100 de 1993), cuyos textos se infringieron directamente y por lo tanto estima que al transgredirse la ley sustancial por vía del error jurídico examinado, el cargo debe prosperar.

VII. LA RÉPLICA

Expresa que en razón a que acusa la sentencia por ser violatoria de la ley sustancial, por vía directa, no está llamado a prosperar, toda vez que, ninguno de los recurrentes, atacó el fundamento factico esgrimido por el Tribunal, para efectos de confirmar las condenas emitidas por el juzgador primigenio.

Así mismo, esgrime que si bien la Administradora de Fondo de Pensiones Y Cesantías Santander hoy ING, “no adelantó las gestiones de cobro, se mantiene su responsabilidad respecto de las condenas impuestas.

Esgrime que el censor, no se preocupó por justificar las razones por las cuales su proposición jurídica se encuentra sustentada en normas exclusivas del Código de Comercio, y a su vez reduce su argumentación a “ *la no ocurrencia del siniestro y (ii) que el siniestro ocurrió por un hecho meramente potestativo de la administradora de pensiones, circunstancias derivadas del nexo contractual con SEGUROS BOLIVAR S.A.*”

Finalmente, manifiesta que el recurrente incurre en un error al considerar “*que una consecuencia jurídica que la jurisprudencia ha establecido para cuando se incumple el deber de cobrar las cotizaciones al empleador moroso, constituyen un acto meramente potestativo del tomador del seguro, en este caso, la Administradora de Pensiones y lo que es peor de los beneficiarios del seguro, es decir de los afiliados*”.

VIII. CONSIDERACIONES

Frente a cualquier controversia, se deja claro que deben quedar por fuera aspectos ya demostrados dentro del proceso y que al momento de fallar el ad quem tuvo en cuenta, tales como el haber laborado el señor José Gregorio Pacheco Herrera, para las empresas de transporte VEHITRANS S.A., Transportes Renaciente S.A. y la Cooperativa COOTRANSURB LTDA.; que el fallecido, estaba afiliado a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SANTANDER S.A. como lo acepta esta misma entidad; también que convivió con la señora EDITH LUZ BALLESTEROS CARREAZO y que la fecha del fallecimiento de Pacheco Herrera fue el 26 de marzo de 2004; que además se tiene certeza que a dicha data, la norma aplicable al

presente asunto, es el Artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que reformó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

El censor en este caso, ha formulado el cargo basándose en normatividad y jurisprudencia, que si bien para una época tuvieron plena validez, hoy en día no la tienen, por cuanto las normas traídas a colación por el recurrente, para atacar de plano la sentencia impugnada en el cargo, no tienen hoy el alcance que éste quisiera darles y las sentencias anunciadas como sustento de los mismos, han sido en gran parte revaluadas.

En efecto, en cuanto al tema de la mora del empleador en el pago de los aportes, y a la decisión del Tribunal de tenerlos en cuenta para cotizar el número de semanas exigidas en la Ley 797 de 2003, esto es el mínimo de 50 en los 3 años anteriores, pertinente resulta destacar el criterio que viene adoptando la Sala de tiempo atrás en torno a ese aspecto, reiterado en sentencia SL 069-2018 del 31 de ene. de 2018, en los siguientes términos:

“cuando se presente omisión por parte del empleador en el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el pago de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios”.

Es así como, tiene razón el sentenciador de alzada, cuando en su fallo al analizar el acervo probatorio en materia de cotizaciones al Sistema de Seguridad Social del finado, luego de hacer las cuentas respectivas, concluye que para la fecha del deceso (26 – 03 – 2004), el causante cotizó más de

50 semanas, llenando así los requisitos del numeral 2 del Artículo 12 de la Ley 797 de 2003, para lo cual colacionó las semanas que adeudaba el empleador al sistema.

Para responder al requerimiento de la censura, ésta Sala de Casación ratifica, que desde la sentencia CSJ SL 22, jul, 2008, rad. 34270, varió su jurisprudencia respecto a los efectos de la mora del empleador en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones. Es por ello que a partir de la referida providencia, la Corte estableció que cuando se presente dicha situación, y esto necesariamente impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la respectiva administradora en el deber legal que tiene del cobro, es a ésta última a la que le incumbe el pago de las mismas, a los afiliados o a sus beneficiarios.

También hizo expresa precisión la Corte, para el caso concreto de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que, si estos han cumplido cabalmente 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 específico del cobro.

Ahora bien, en cuanto al requisito de fidelidad al sistema, esta Sala mayoritariamente en constantes y reiterados pronunciamientos, ha precisado que:

“...tal exigencia incorporada en las reformas pensionales (Ley 797 y Ley 860 de 2003) del Sistema General de Pensiones, impuso una evidente condición regresiva en relación con lo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993, motivo por el cual, los juzgadores tienen el deber de abstenerse de aplicarla, por resultar abiertamente incompatible con los contenidos materiales de la Carta Política, especialmente con el principio de progresividad y no regresividad.

Tal decisión no implica darle retroactividad a la sentencia C-556 de 2009, sino, más bien, constituye una expresión del deber de los jueces de inaplicar, en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad (art. 4.º de la C.P.), las normas legales que sean manifiestamente contrarias e incompatibles con el marco axiológico de la Constitución Política”. Ver sentencia SL607-2018 del 28 de febrero de 2018.

Así las cosas, esta Sala no encuentra mérito para la prosperidad del cargo.

IX. RECURSO DE CASACIÓN - LLAMADA EN GARANTÍA (SEGUROS BOLÍVAR S.A.)

Interpuesto por la llamada en garantía, concedido por el tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

X. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Textualmente la planteó así: *“Se pretende con este recurso la CASACIÓN de la sentencia de segunda instancia. En sede de instancia, solicito la absolución de mi representada”.*

En ese sentido formula dos cargos por la causal primera de casación, y por violación directa de la ley sustancial del orden nacional, los cuales fueron replicados en la oportunidad legal. Al ser invocados por la misma causal y con argumentación similar, se analizarán en conjunto.

XI. CARGO PRIMERO

“La violación directa de la ley sustancial consistente en la falta de aplicación de los artículos 39 y 53 del decreto 1406 de 1999”.

Al fundamentar su ataque contra la sentencia impugnada, transcribe textualmente los artículos mencionados en el cargo para destacar que según estas normas, no podían hacerse pagos al sistema de seguridad social en pensiones una vez hubiera ocurrido el siniestro, so pena de incurrir en una responsabilidad exclusiva del empleador. Habla que la ley permite la posibilidad de los pagos extemporáneos y otorga validez a los mismos, sólo con la condición que el siniestro no hubiera ocurrido, sin admitir ninguna otra interpretación.

Aduce también, que tanto el juez de primera instancia como el tribunal, tuvieron en cuenta para sendas sentencias, computar las semanas cotizadas a nombre del trabajador fallecido y pagadas por su empleador luego del deceso de aquel, por lo tanto las mismas fueron canceladas con posterioridad al siniestro. Que al tribunal adoptar dicha conducta, de pasar por alto estas normas precitadas, agrupó sin distinción alguna los pagos efectuados antes y después del siniestro, desconociendo que estos últimos no son válidos ante la ley.

También recalca, que la decisión adoptada por el ad quem, luego de llegar a una conclusión equivocada, es ilegal

y está reconociendo a la actora un derecho que no tiene o por lo menos que no puede tener, a cargo de la demandada y de su mandante SEGUROS BOLÍVAR S. A.

XII. LA RÉPLICA

Dice que en el alcance de la impugnación se solicita la absolución, pero no determina con precisión, qué debe hacerse con la sentencia de primera instancia. Así mismo, que el cargo expresamente se pretende que la Sala recoja su actual posición jurisprudencial en relación con la responsabilidad que les asiste a las administradoras de pensiones, en el cobro de las cotizaciones al empleador moroso, la cual se adoptó mediante sentencia de esa Sala, cuyo radicado es el 34270 de julio de 2008, argumentando que el principio de favorabilidad en materia laboral no puede llegar al extremo de suplir la Ley, que prohíbe los pagos realizados después del siniestro.

Siendo así, advierte que no puede prosperar la acusación, ya que contrariamente a lo sostenido por los censores, el criterio jurisprudencial vertido en esta sentencia no exime de responsabilidad ni premia a los empleadores morosos, sino que, son las administradoras de pensiones y no el trabajador afiliado, quienes tienen la capacidad de promover las acciones judiciales para el cobro de las cotizaciones, como primer paso antes de atribuir responsabilidad a morosos empleadores; destaca que se debe determinar si la administradora de pensiones adelantó algún proceso o gestión de cobro, pues de ser así la responsabilidad

es del empleador, de lo contrario se le impondrá a la administradora de pensiones el pago de la prestación. Remata diciendo: *“así las cosas, y como la conclusión fáctica relativa a que la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER (Hoy ING S.A.) no adelantó las gestiones de cobro se mantiene incólume, se debe también mantener el sentido del fallo”*.

XIII. SEGUNDO CARGO

“La violación directa de la ley sustancial consistente en la infracción directa por no aplicación de los artículos 1072 y 1054 del Código de Comercio”.

Lo argumenta validando la vinculación al proceso de la figura del llamamiento en garantía, pero habla de la diferencia de está con la solidaridad. También menciona el contrato de seguro previsional, existente entre AFP SANTANDER S.A. y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A., donde se establece con claridad las obligaciones en caso de siniestro, pero que dicho contrato no contempla que la responsabilidad de la aseguradora sea automática en todos los eventos de surgimiento de una pensión. Hace también referencia a las características de este tipo de contratos, y expone diferentes situaciones para llegar a dos conclusiones, como que *“el siniestro amparado nunca existió”* y que *“si no se casa la sentencia se está reconociendo que el siniestro fue provocado por el fondo de pensiones y en consecuencia el evento está excluido de cobertura por ser un hecho meramente potestativo del tomador, que no constituye riesgo”*. Al final advierte, que en caso *“de existir, la obligación de la aseguradora es el pago de la suma adicional necesaria para completar el capital que financie la pensión de sobrevivientes, pero nunca el reconocimiento y pago de la pensión, por ser esta una obligación*

a cargo de la AFP y no de la aseguradora”.

XIV. LA RÉPLICA

Destaca el opositor que en este cargo el censor ni siquiera se toma el trabajo de justificar, las razones por las cuales en su proposición jurídica incluye única y exclusivamente normas del Código de Comercio; pretende se le absuelva con dos planteamientos que se desenvuelven en el nivel del vínculo contractual que unió a la Compañía de Seguros BOLÍVAR S.A. con la administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías SANTANDER S.A. Advierte por su parte, que el cargo adolece de un error técnico insuperable en su proposición jurídica, al no contener ninguna norma de derecho laboral o de la Seguridad Social, por lo que considera que esa sola falencia conlleva al fracaso de la acusación; que además la jurisprudencia ha establecido que el seguro previsional en materia de Seguridad Social, se regula por las normas de la Ley 100 de 1993, y no por las del Código de Comercio.

XV. CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar que en el alcance de la impugnación, la censura pide la casación de la sentencia del juez colegiado, a la par que pretende en sede de instancia la absolución de la representada por él, sin indicar qué camino debe tomar esta Corporación con la sentencia de primer grado, falencia que no permite a esta Sala, en caso de prosperar los cargos, definir los términos en los cuales se

pronunciaría en sede de instancia con un fallo del sentenciador.

No obstante la falencia advertida, y para dar paso al estudio sobre el fondo de la acusación, entiende la Corte que lo pretendido en sede de instancia por el recurrente, es que sea revocada la sentencia de primer grado, mediante la cual se le condenó al reconocimiento y pago de la prestación económica solicitada, y en su lugar, se dicte una nueva providencia en la que se absuelva de todas las reclamaciones incoadas en su contra.

Tiene razón el opositor cuando manifiesta en su réplica al cargo primero que: *“el criterio jurisprudencial vertido en esta sentencia no exime de responsabilidad ni premia a los empleadores morosos, sino que, en atención a que son las administradoras de pensiones y no el trabajador afiliado, quienes tienen la capacidad de promover las acciones judiciales para el cobro de las cotizaciones, como primer paso antes de atribuir responsabilidad a morosos empleadores, y consiste en determinar si la administradora de pensiones adelanto algún proceso o gestión de cobro”*.

En este punto, es necesario recordar lo que ya quedó consignado al estudiar el recurso de casación que presentó el Fondo de Pensiones y Cesantías Santander S.A., en cuanto que la Corte varió su jurisprudencia respecto a los efectos de la mora del empleador en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones; disponiendo que, en aquellos casos cuando se presente tal situación y con ella se impida el acceso a las prestaciones, si además medió el incumplimiento por parte de la administradora de fondos de

pensiones en el deber legal que tiene del cobro, es a ésta última a la que le incumbe el pago de las mismas, a los afiliados o a sus beneficiarios.

Precisó también la Corte, que para el caso de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, si estos cumplieron adecuadamente con el deber que les asiste frente a la seguridad social, de prestar sus servicios y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ni ellos ni sus beneficiarios, por culpa de 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 respectiva administradora de pensiones cumplió con el deber específico del cobro.

Queda claro entonces, que la mora no puede serle oponible en este caso a la demandante ni tampoco al empleador, como lo pretenden los censores; ahora bien, si el trabajador cumplió a cabalidad con sus funciones y su empleador procedió a efectuar pagos con la complacencia del fondo de pensiones, se dio lugar a la subrogación plena de la pensión de sobrevivientes, en este caso a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías SANTANDER S.A., razón por la cual el empleador ya no tenía por qué responder por dicha prestación, como quedó consignado en los dos fallos de instancia, sin perjuicio de que el fondo pueda activar los mecanismos de cobro correspondientes.

Refiriéndose al tema, esta Sala de Casación se

pronunció mediante Sentencia SL5166-2017, y en lo pertinente dijo:

Ciertamente, sobre el tema de los efectos de la mora empresarial, a partir de la sentencia de la CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, esta Sala, varió su jurisprudencia y rectificó los pronunciamientos anteriores como los fallos en que se soportó la sentencia impugnada, para lo cual estimó que cuando se presente la omisión por parte del empleador en el pago de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, y esto impida el acceso a las prestaciones, si además medió incumplimiento de la administradora en el deber legal que tiene de cobro, es a esta última a quien le incumbe el reconocimiento de las mismas a los afiliados o sus beneficiarios. En esa sentencia, entre otros razonamientos, se concluyó que «Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación».

De ahí que la Corte, en casos análogos, igualmente ha precisado, que tratándose de afiliados en condición de trabajadores dependientes, que si han cumplido con el deber de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes, y que antes de trasladar a la empresa las consecuencias de esa omisión, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber de cobro.

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

Tal criterio es fruto del análisis hermenéutico de las normas que armónicamente integran el sistema de seguridad social en pensiones y que imponen obligaciones tanto a empleadores como a las administradoras, para así poder garantizar el derecho a la pensión de los trabajadores asegurados; además que el hecho de que se puedan tener en cuenta las cotizaciones en mora para conceder la prestación, a cargo de la entidad de seguridad social que no cumple con la gestión de iniciar las acciones de cobro pertinentes, cuando el empleador se sustraiga de su obligación de hacer el pago oportuno, no afecta el equilibrio financiero del sistema, ya que este principio para estos específicos casos, no puede mirarse en perjuicio del afiliado que sí cumplió con el deber ante la seguridad social de causar la cotización con

la prestación de su servicio subordinado, y es por esto, que se debe tener en cuenta es la acción eficaz de las administradoras de pensiones de efectuar el recaudo de aportes en mora, y como se dijo en el antecedente jurisprudencial que antes se rememoró, «ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado».

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

En forma pacífica, para dirimir la controversia del sub lite, se ha ido reiterando esta postura jurisprudencial por parte de la Sala de Casación Laboral, como se puede apreciar en las sentencias CSJ SL15718-2015; CSJ SL13266-2016 y CSJ SL4892-2017 entre muchas otras.

De conformidad con lo expuesto, se ha de reiterar que, para efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el afiliado, con el fin de verificar si efectivamente se cumplen los presupuestos legales, tendientes a obtener el derecho pensional, deben tenerse en cuenta no sólo las consignadas oportunamente, sino también las que se encuentran en mora, dada la falta de gestión de cobro, por parte de la administradora a la cual se encontraba afiliado.

Con respecto al segundo cargo debe precisarse, que el numeral 1° del artículo 77 de la Ley 100 de 1993, establece que cuando la prestación en el régimen de ahorro individual

con solidaridad se origina en la muerte de un afiliado, contribuirán a la financiación de la pensión de sobrevivientes, *“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 el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora”*.

De otro lado, conviene indicar que por virtud de lo dispuesto en el artículo 108 de la citada ley, las administradoras de fondos de pensiones deberán contratar seguros previsionales *“colectivos y de participación”* para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Ello con el fin de garantizar el capital necesario en la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado y, en especial, frente a la eventualidad de resultar insuficiente el monto acumulado, caso en el cual le corresponderá acudir a la aseguradora para que contribuya con la suma adicional requerida para completar el capital que financie el monto de la pensión.

Conforme a lo visto, resulta claro que la responsabilidad sí es automática, en tanto que si se profiere condena en contra del Fondo Privado de Pensiones por la prestación de sobrevivientes reclamada, a la entidad aseguradora, por disposición de la misma ley, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por lo tanto tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes.

También se ha precisado por la Corporación, que no es necesario que la AFP demuestre la necesidad de la suma adicional, en un monto específico, pues basta con acreditar la causación de la prestación y la existencia del contrato de seguro previsional respectivo, como ocurre en este caso, para lo cual puede consultarse las sentencias CSJ SL11610-2015, reiterada en la CSJ SL6030-2017, en la que se dijo:

Frente a la situación planteada, la Sala acoge íntegramente los argumentos que expone el censor en los dos cargos propuestos, en la medida en que la responsabilidad que adquiere la aseguradora se reduce simple y llanamente a cubrir la suma adicional que hiciera falta para completar el capital necesario para acceder a la pensión de invalidez pretendida, en la medida en que ese es el objeto del aseguramiento, sin que sea dable exigirle al llamante en garantía, como equivocadamente lo hace el Tribunal, que demuestre dentro del proceso laboral el déficit o faltante del afiliado fallecido en el financiamiento de la pensión de sobrevivientes, para que de esa forma surja la obligación de la compañía de seguros, pues la condena que eventualmente se imparte por el juez laboral en virtud del seguro previsional, es eminentemente declarativa, y por ende, su efectivización o materialización está supeditada a los términos de la respectiva póliza que suscribieron las partes.

En efecto, si el seguro previsional que toman las entidades administradoras de pensiones con las compañías aseguradoras, en cumplimiento a lo ordenado por los artículos 70, 77 y 108 de la Ley 100 de 1993, es para el colectivo de los afiliados, el cual se extiende de manera automática a cada afiliado en particular con la sola afiliación a la entidad administradora de pensiones, mal puede afirmarse que para declarar que la aseguradora debe cumplir con los términos de la póliza acordada, que es el pronunciamiento que le compete hacer al juez laboral, deba acreditarse un faltante en las sumas acumuladas en el fondo para financiar la pensión, pues tal verificación solo sería dable efectuarla, una vez se vaya a proceder al cobro, si a ello hubiese lugar, de la suma adicional derivada del respectivo seguro.

Es así como, para poder declarar las respectivas obligaciones derivadas del llamamiento en garantía por ese acuerdo de voluntades contenido en la Póliza del Seguro Previsional, y dentro del proceso en el que se pretende obtener el reconocimiento de la pensión correspondiente a cargo de la entidad administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es suficiente con demostrar, la

existencia del contrato respectivo, su término de vigencia y que el siniestro que ampara se haya presentado durante el período de cubrimiento de la correspondiente póliza, situación que fue debidamente acreditada en el plenario.

Lo anterior por cuanto, no le compete al juez laboral dentro del respectivo proceso ordinario donde se pretende obtener el reconocimiento de la correspondiente pensión, el determinar o concretar en cada caso específico, si existe o no algún faltante para integrar el capital necesario en el pago de la prestación económica deprecada, pues la obligación de la aseguradora surge o se causa, a partir del momento en que se le impone el pago a la administradora que toma el seguro previsional y a través de la figura del llamamiento en garantía donde se le vincula al juicio, en el que se corroboren los aspectos que ya se dejaron definidos.

Ello por cuanto, como la obligación de la compañía de seguros está condicionada a que exista una suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes, tal supuesto es el que debe acreditarse o corroborarse cuando se vaya a realizar el respectivo cobro de la Póliza que cubre el amparo, y no como se reitera, en el proceso ordinario laboral.

Ahora bien, en lo que si le asiste razón al recurrente y que se plantea en el cargo propuesto, es en lo que se relaciona con que la única obligación de la aseguradora, se circunscribe al pago de la suma adicional necesaria para completar el capital que financie la pensión de sobrevivientes, pero no el reconocimiento y pago de la prestación, por ser ella una obligación a cargo del fondo de pensiones y no de la parte impugnante.

Lo anterior por cuanto, la responsabilidad que adquiere la aseguradora se limita simple y llanamente a cubrir la suma adicional que hiciere falta para completar el capital necesario en aras de acceder a la pensión pretendida, en tanto que ese es el objeto del aseguramiento. De ahí que la eventual condena respecto de la compañía de seguros que ha sido llamada en garantía al proceso por virtud del seguro previsional

contratado, es eminentemente declarativa, y en consecuencia, su materialización está supeditada a los precisos términos de la respectiva póliza que suscribieron las partes.

En esa medida, si fue equivocada la decisión del Tribunal al prohiar la condena por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de los demandantes y en contra de os demandados, cuando lo que debió fue imponer el pago de la referida prestación económica a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Santander S.A, y respecto de la aseguradora, condenarla a cubrir la suma adicional que llegare a resultar necesaria para completar el capital requerido a fin de financiar la respectiva pensión.

Por lo visto, el cargo prospera pero únicamente en cuanto al punto advertido.

XVI. SENTENCIA DE INSTANCIA

Teniendo en cuenta las mismas consideraciones expuestas en sede de casación, y estando demostrada la suscripción del seguro previsional, cuya existencia admitió la llamada en garantía, se modificará la decisión de primer grado y, en su lugar, se condenará a la Compañía de Seguros Bolívar S.A. a cubrir la *suma adicional* que, agregada a los recursos de la cuenta de ahorro individual y los bonos pensionales que llegaren a existir, resulte necesaria para completar el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes.

Las costas en el recurso extraordinario de casación que interpuso la codemandada Fondo de Pensiones y Cesantías Santander S.A., se le impondrán a esta y en favor del demandante. Como agencias en derecho se fija la suma de siete millones quinientos mil pesos (\$7.500.000), que se incluirán en la liquidación que el juez de primera instancia haga, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso. Sin lugar a costas en el recurso que propuso la llamada en garantía Seguros Bolívar S.A.

En las instancias se mantendrán como lo dispusieron los respectivos juzgadores.

XVII. 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, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia veinticuatro (24) de marzo de 2010, por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, dentro del proceso ordinario que instauró **EDITH LUZ BALLESTEROS CARREAZO** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A.**, al cual fue llamada en garantía la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

En sede de instancia se modifica la sentencia emitida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, del 3 de abril de 2009, para en su lugar, condenar a la Compañía

de Seguros Bolívar S.A. a cubrir la *suma adicional* que, agregada a los recursos de la cuenta de ahorro individual y los bonos pensionales que llegaren a existir, resulte necesaria para completar el capital para financiar la pensión de sobrevivientes, en caso de ser necesario.

Costas como se dijo en la parte motiva.

FERNANDO CASTILLO CADENA

Presidente de la Sala

GERARDO BOTERO ZULUAGA

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS

JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN