

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

Magistrado ponente

SL9808-2015

Radicación n.º 64329

Acta 24

Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de dos mil quince (2015).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el 30 de abril de 2013, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MARLENE DE LA HOZ BERNAL**, actuando en nombre propio y en representación del menor **BLAISE ELOY RODRÍGUEZ BARRIOS**, contra la entidad recurrente y la **FUNDACIÓN GABRIELA WILLE DE LÓPEZ – FUNDABELA -**.

I. ANTECEDENTES

La señora Marlene de la Hoz Bernal, actuando en nombre propio y en representación del menor Blaise Eloy Rodríguez Barrios, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la Fundación Gabriela Wille de López – FUNDABELA – y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, con el fin de obtener, básicamente: *i)* que se declara la existencia de una relación laboral entre la señora Shirley del Carmen Barrios de la Hoz (q.e.p.d.), de quien eran madre e hijo respectivamente, con la primera de las demandadas, vigente entre el 2 de octubre de 1995 y el 22 de septiembre de 2008; *ii)* que se ordenara la liquidación de las prestaciones sociales causadas, de acuerdo con el salario realmente devengado, y se ordenara el pago de las diferencias generadas a su favor y de los aportes dejados de cancelar a la administradora de pensiones; *iii)* y que se condenara a la segunda de las demandadas a reconocerles y pagarles la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de Shirley del Carmen Barrios de la Hoz (q.e.p.d.), junto con las mesadas dejadas de percibir, las adicionales y la indexación, además de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

En la parte que interesa al recurso de casación, los soportes fácticos de la demanda se sintetizan en que la señora Shirley del Carmen Barrios de la Hoz le prestó sus servicios a la Fundación Gabriela Wille de López – Fundabela – entre el 2 de octubre de 1995 y el 22 de septiembre de 2008, fecha esta última en la que falleció; que devengaba un salario igual a \$1.500.000.00, pero sus

prestaciones sociales fueron liquidadas con un ingreso igual a \$950.000.00; que se encontraba afiliada a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; que los demandantes reclamaron el pago de la pensión de sobrevivientes, porque dependían económicamente de la afiliada fallecida; que dicha petición les fue negada, con el argumento de que la empleadora no estaba al día en el pago de los aportes; y que el menor Blaise Eloy Rodríguez Barrios padece una depresión profunda y trastornos de conducta, además de que, junto con su abuela, se encuentran en una grave situación económica.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra. Admitió la vinculación de la señora Shirley del Carmen Barrios de la Hoz al fondo de pensiones obligatorias, el fallecimiento de la misma y la mora del empleador en el pago de los aportes. En torno a los demás hechos, expresó que no eran ciertos o que no le constaban y explicó que había negado el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes reclamada, con fundamento en lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en la medida en que la afiliada fallecida no había acreditado un mínimo de 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a su deceso. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia de acción, falta de causa en las pretensiones de la demanda,

ausencia de derecho sustantivo, responsabilidad de un tercero, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

La Fundación Gabriela Wille de López – Fundabela – también se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. Admitió la existencia de la relación laboral con la señora Shirley del Carmen Barrios de la Hoz, pero desde el mes de enero de 1996 y hasta su muerte, así como la afiliación de la trabajadora a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir. Frente a los demás hechos, manifestó que no eran ciertos o que no le constaban y arguyó que el fondo de pensiones era el encargado del pago de la pensión reclamada, por no haber realizado acciones de cobro sobre los aportes en mora. Planteó las excepciones de inexistencia de la obligación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la primera instancia, el Juzgado Tercero Laboral de Descongestión del Circuito de Barranquilla profirió fallo el 28 de febrero de 2013, por medio del cual condenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir al pago de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de Shirley Barrios de la Hoz, a favor de su menor hijo Blaise Eloy Rodríguez Barrios, desde el 22 de septiembre de 2008 y en cuantía no inferior al salario mínimo legal. De igual forma, condenó a la Fundación Gabriela Wille de López – Fundabela - *«...a pagar los aportes obligatorios en pensiones*

que se encuentren en mora por la afiliada fallecida a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., previo calculo (sic) actuarial que deberá efectuar dicho fondo.»

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Al resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a través de la sentencia del 30 de abril de 2013, revocó el numeral tercero de la decisión impugnada, que había condenado a la Fundación Gabriela Wille de López – Fundabela – al pago de los aportes en mora, previo cálculo actuarial.

Para justificar su decisión, el Tribunal confirmó que en este caso había lugar al pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, porque se cumplían las condiciones establecidas en los artículos 73 y 46 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, en el entendido que la mora en el pago de los aportes al sistema de pensiones no le podía ser trasladada injustificadamente al afiliado o a sus beneficiarios, si no se habían adelantado las correspondientes gestiones de cobro, de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación en torno al tema.

Precisó también que el único beneficiario de la pensión de sobrevivientes era el hijo menor de la afiliada fallecida,

Blaise Eloy Rodríguez Barrios, pues por su condición excluía a la ascendiente demandante, Marlene de la Hoz Bernal, de acuerdo con lo previsto en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993.

Adujo finalmente:

En cuanto a lo dicho por la fundación codemandada, de que no le asiste la obligación de pagar los aportes a pensión que se encuentran en mora a favor de la administradora de pensiones, se cita el artículo 22 de la Ley 100 de 1993 que indica:

“ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.”

Cabe decir, que no entiende la Sala porque (sic) la juez condenó al pago de aportes a pensión que se encontraban en mora, toda vez que este hecho no fu (sic) objeto del litigio y no fue debatido dentro del proceso.

Aunado a lo anterior, la orden impartida por la a quo es posible en los eventos de no afiliación, mas no en los casos de mora, pues como se cumplió con la obligación de afiliar a una determinada entidad, la respectiva administradora cuenta con los mecanismos para cobrar la deuda por la vía ejecutiva y no el

proceso ordinario, así lo establece el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que dice:

“ARTÍCULO 24. ACCIONES DE COBRO. Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.”

Por lo tanto, le asiste razón a la demandada sobre este punto y se REVOCARÁ el numeral tercero de la sentencia apelada.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida, «...en cuanto revocó la condena impuesta a la Fundación Gabriela Wille de López relativa “a pagar los aportes obligatorios en pensiones que se encuentran en mora por la afiliada fallecida a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., previo cálculo actuarial que deberá efectuar dicho fondo”. Luego, se solicita que confirme intacta la providencia de la juez a quo en lo que atañe a la orden dada a Fundabela de cancelar las cotizaciones

adeudadas por ella a la seguridad social en pensiones y correspondientes a su ex trabajadora Barrios de la Hoz (numeral 3º del fallo), para que, finalmente, se le entregue ese dinero a Porvenir S.A., quien deberá aunarlo a los recursos existentes en el fondo individual con el que ha de surtir el pago de la pensión de sobrevivientes.»

Con tal propósito formula dos cargos, por la causal primera de casación laboral, oportunamente replicados por la parte demandante y que pasan a ser examinados por la Corte.

VI. PRIMER CARGO

Se estructura de la siguiente manera:

A causa de los errores de hecho que se denunciarán más adelante, con la sentencia recurrida se infringieron en forma directa los artículos 13 literal d) y 77 de la Ley 100 de 1993, 4º de la Ley 797 de 2003, 24, 39 y 53 del Decreto 1406 de 1999, 13 del Decreto 2665 de 1988 (aplicable por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, según jurisprudencia de la H. Sala), 19 y 27 del Decreto 692 de 1994, 18 del Decreto 1818 de 1996, 1º mod. 13 y mod. 135 del Decreto 2282 de 1989, 8º del decreto 832 de 1996, 8º de la Ley 153 de 1887, 174 del Código de Procedimiento Civil, que rige en los asuntos del trabajo en virtud de lo dispuesto por el artículo 145 del Código de Procedimiento Laboral, 60 y 61 de esta última codificación; se aplicaron indebidamente los artículos 22 y 24 de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 2665 de 1988. (Según la enseñanza permanente de la H. Sala, cuando un cargo se plantea por la vía de los hechos,

como ahora, la infracción directa se equipara a la aplicación indebida).

Alega que la referida infracción se produjo como consecuencia de los siguientes errores de hecho:

1- Tener como cierto, sin serlo, que el tema del pago de los aportes adeudados por el patrono “no fu (sic) objeto del litigio y no fue debatido dentro del proceso” (f. 318v, c.1).

2- No dar por demostrado, estándolo, que la cancelación por parte del empleador de las cotizaciones en mora sí fue una materia ventilada dentro del juicio y, en tal virtud, era pertinente que se confirmara la condena respectiva a Fundabela.

De igual forma, aduce que los mencionados yerros fueron el producto de la mala apreciación de la demanda inicial; la constancia expedida por Fundabela (fol. 18); la contestación de la demanda efectuada por Porvenir S.A.; el historial de aportes de Shirley del Carmen Barrios (fol. 120 a 123); la contestación de la demanda ofrecida por Fundabela (fol. 124 a 129); el memorial de apelación de Fundabela (fol. 273 y 274); el memorial de apelación de Porvenir S.A. (fol. 277 a 281); y el memorial de alegatos de conclusión de Provenir S.A. (fol. 300 a 307). Identifica también como prueba dejada de valorar el historial de aportes de Shirley del Carmen Barrios en el Instituto de Seguros Sociales (fol. 35 a 37).

En desarrollo de la acusación, el censor reproduce las consideraciones del Tribunal que soportaron la decisión de

revocar la condena en contra de la Fundación Fundabela, por el pago de los aportes en mora, y sostiene que a lo largo del proceso se hizo alusión a la mora del empleador en el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social, como puede verse en la demanda, su contestación, los recursos de apelación y los alegatos de conclusión.

Expone, de igual forma, que de acuerdo con las disposiciones incluidas dentro de la proposición jurídica, *«...es una indiscutible e ineludible obligación del patrono el efectuar los aportes a la seguridad social de sus dependientes, sin que exista norma alguna que contemple que de no existir una gestión de recaudo de esas cotizaciones, en el evento de un retardo del empleador en su cancelación, éste quede eximido de sufragarlos pues, se repite con vehemencia, el patrono es el único responsable ante la ley de realizar dichos pagos (aun si no le hizo a sus empleados la retención pertinente).»*

Explica además que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 77 de la Ley 100 de 1993 y 8 del Decreto 832 de 1996, la pensión de sobrevivientes se debe financiar con el dinero depositado en la cuenta de ahorro individual del afiliado, comprendido por las cotizaciones obligatorias y voluntarias, además de los bonos pensionales y la suma adicional, por lo que el Tribunal incurrió en un grave error al dejar de lado la obligación del empleador de pagar los aportes que le correspondían, a pesar de que en su sentencia reconoció la mora en su pago, *«...pues aun si en gracia de discusión se admitiera que nunca hubo una alusión*

explicita a que el patrono estaba compelido a satisfacer sus obligaciones pendientes con el sistema de seguridad social en pensiones sí es absolutamente cierto que durante todo el juicio se hizo referencia a la mora patronal y al deber legal del patrono de efectuar las cotizaciones pertinentes, como ya quedó visto con antelación, de lo que resulta inexorable colegir que mal obró el juez colegiado al revocar la decisión de la juez a quo en lo que respecta a la condena impuesta a la Fundación Gabriela Wille de López a pagar “los aportes obligatorios en pensiones que se encuentran en mora por la afiliada fallecida...” (f.256v, c.1) dado que, como se puso de manifiesto a (sic) con este ataque, lo legal y fácticamente acertado hubiera sido confirmarla.»

VII. RÉPLICA

La apoderada de los demandantes afirma que los fondos de pensiones tienen a su cargo el ejercicio de acciones de cobro, respecto de los aportes en mora, y que tal situación debe ser tratada administrativamente con los empleadores, sin extenderla a un proceso judicial. Asimismo, que tales cotizaciones son contribuciones parafiscales y deben ser cobradas oportunamente, so pena de que opere la prescripción, además de que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, las administradoras de pensiones son las tienen que asumir el pago de las prestaciones causadas, por no haber adelantado las respectivas gestiones de cobro.

La Fundación Fundabela no presentó oposición.

VIII. SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia recurrida por haber infringido de manera directa «...los artículos 13 literal d) y 77 de la Ley 100 de 1993, 4º de la Ley 797 de 2003, 24, 39 y 53 del Decreto 1406 de 1999, 13 del Decreto 2665 de 1988 (aplicable por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, según jurisprudencia de la H. Sala), 19 y 27 del Decreto 692 de 1994, 18 del Decreto 1818 de 1996, 1º mod. 13 y mod. 135 del Decreto 2282 de 1989, 8º del Decreto 832 de 1996 y 8º de la Ley 153 de 1887 y se aplicaron indebidamente los artículos 22 y 24 de la Ley 100 de 1993 y 11 del Decreto 2665 de 1988.»

En desarrollo de la acusación, el censor alude a las consideraciones de la decisión del Tribunal y reproduce los artículos 13, literal d, y 22 de la Ley 100 de 1993, 4º de la Ley 797 de 2003 y 19 del Decreto 692 de 1994, a partir de lo cual expone que «...es indiscutible que para el patrono existe una obligación legal de cancelar las cotizaciones de sus empleados a la seguridad social, inclusive en el caso de que hubiera dejado de descontar a sus funcionarios la parte que les compete asumir a ellos.»

Cita también los artículos 77 de la Ley 100 de 1993 y 8 del Decreto 832 de 1996 y arguye que una vez que se causan los aportes, los mismos deben hacer parte del capital necesario para financiar las prestaciones de los afiliados, por lo que, en este caso, la Fundación Fundabela

estaba en la obligación de pagarlos. En ese sentido, precisa que ninguna disposición exime al empleador del pago de las cotizaciones, por el hecho de que no se hubieran adelantado las gestiones de cobro, además de que *«...es incontrovertible que la jurisprudencia de la H. Sala jamás ha enseñado que si la entidad no gestiona el cobro de las cotizaciones en mora por ello deba sufragarlas con su propio peculio, que sería una consecuencia implícita de la errada decisión del Tribunal, pues, se reitera, esos recursos son indispensables para financiar la prestación, y lo que conlleva el quebranto de lo previsto por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 al generarse un enriquecimiento sin causa para Fundabela a costa del patrimonio de Porvenir S.A.»*

IX. RÉPLICA

La apoderada de la parte actora reitera que las administradoras de pensiones tienen a su cargo el ejercicio de acciones de cobro respecto de las cotizaciones en mora, sin que se afecte el reconocimiento de las prestaciones, y solicita que, en el evento de que se case la sentencia recurrida, se acceda a todas las pretensiones de la demanda inicial.

La Fundación Fundabela no presentó oposición.

X. CONSIDERACIONES

Los cargos se analizan de manera conjunta, en la medida en que, a pesar de dirigirse por diferente vía, atacan el mismo punto de la decisión del Tribunal y se valen de una argumentación complementaria.

En torno al tópico planteado en los cargos, en esencia, el Tribunal negó que pudiera imponerse a la Fundación Gabriela Wille de López – Fundabela –, en su condición de empleadora de la afiliada fallecida Shirley del Carmen Barrios de la Hoz, la condena por el pago de los aportes al sistema de seguridad social que estaban en mora, por cuanto: *i)* tal cuestión no había sido discutida en el curso del proceso; *ii)* y porque, en la medida en que no se trataba de una falta de afiliación, sino de aportes en mora, la entidad administradora de pensiones podía hacer uso de las acciones de cobro contempladas en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

A partir de tales reflexiones, a no dudarlo, el Tribunal incurrió en las infracciones denunciadas en los dos cargos, pues, por un lado, desde el punto de vista fáctico, la mora en el pago de los aportes al sistema de pensiones y la responsabilidad del empleador por tal cuestión, fueron temas clara y expresamente tratados a lo largo del proceso, y, por otro lado, desde el punto de vista jurídico, nada impedía que se impusiera una condena por el pago de las cotizaciones omitidas, a pesar de que la administradora de pensiones no hubiera adelantado las gestiones encaminadas a obtener su cobro.

En efecto, en primer lugar, desde la primera pretensión de la demanda (fol. 4 y 5), se puede advertir que los demandantes reivindicaron, entre otras cosas, como consecuencia de la declaratoria de la existencia de la relación laboral entre Shirley del Carmen Barrios de la Hoz y la Fundación Gabriela Wille de López – Fundabela –, el pago de «...los aportes de pensión que haya dejado de cancelar ante el fondo Privado, Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A...», de manera que, efectivamente, el Tribunal incurrió en una valoración indebida de dicha pieza procesal, pues, de acuerdo con la misma, la condena que había sido impuesta por el a quo, había sido claramente pedida.

Aunado a lo anterior, a lo largo del proceso se discutió el hecho de que la Fundación Gabriela Wille de López – Fundabela – dejó de pagar los aportes destinados al sistema de pensiones, derivados de la relación laboral que mantuvo con la señora Shirley del Carmen Barrios de la Hoz. Tal hipótesis fáctica fue planteada en el hecho 8 de la demanda y fue respondida por las dos demandadas, por lo que hacía parte integral del debate probatorio planteado en las instancias.

Por otra parte, lo cierto es que, una vez que quedó demostrada esa situación de mora del empleador, además de que se había entablado una pretensión en tal sentido, lo cierto es que era a los jueces de instancia a quienes incumbía establecer las respectivas consecuencias jurídicas, bien que fuera la responsabilidad patronal en el

pago de las prestaciones o simplemente el pago de los aportes adeudados a través de un cálculo actuarial, sin que por ello se desbordara el marco de la discusión planteada en el juicio, como pareció entenderlo el Tribunal.

Resta decir, en torno a este punto, que, como lo sugiere la censura, en el marco de la discusión por el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, cuando media controversia frente a la mora en el pago de los aportes y respecto de quién es el encargado de asumir su pago, el juez puede determinar libremente, no solo el responsable del pago de la prestación pertinente, sino las variables a partir de las cuales debe lograrse su financiación, pues ese es un tema íntimamente relacionado con la situación.

Por lo mismo, el Tribunal incurrió en un error de hecho manifiesto al determinar que no era posible imponer el pago de los aportes en mora, *«...toda vez que este hecho no fu (sic) objeto del litigio y no fue debatido dentro del proceso...»*

En segundo lugar, para la Corte la existencia de la facultad especial consagrada en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, para que las administradoras de fondos de pensiones adelanten acciones de cobro, encaminadas a obtener el cumplimiento de las obligaciones de los empleadores, no impedía, en manera alguna, que una vez demostrada la existencia de la relación laboral y la omisión del empleador en el pago de los aportes, se condenara a su

pago integral, a través de un cálculo actuarial, como se reclamó en las pretensiones de la demanda.

Así lo ha determinado la Corte en oportunidades anteriores en las que ha advertido que, a pesar de que las administradoras de pensiones son las encargadas de perseguir el capital necesario para la financiación de las pensiones, nada les impide a los afiliados reclamar directamente por esa mora y por el pago de los aportes y, como consecuencia, no existe objeción jurídica alguna para que el juez profiera condena en tal sentido. En la sentencia CSJ SL8715-2014, se adoctrinó al respecto:

En torno al tema que se plantea en el cargo, el Tribunal advirtió que en el expediente no había prueba de que el empleador hubiera realizado los aportes al Sistema General de Pensiones, durante el tiempo que afirma el actor. A pesar de ello, consideró que no era procedente emitir condena por ese concepto, «...en contra del empleador y a favor del empleado, ya que, en principio, son dineros que pertenecen al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, por lo que la llamada a cobrarlos, sea por senda persuasiva o por vía forzada, es la administradora o el Instituto de Seguros Sociales, según sea el régimen al que esté vinculado el trabajador.»

En apoyo de dicha consideración, trajo a colación la sentencia emitida por esta Sala de la Corte CSJ SL 22 jul. 2008, rad. 34270, en la que se adoctrina que antes de trasladar a los afiliados o a sus beneficiarios, las consecuencias negativas del incumplimiento del pago de los aportes, es menester analizar si las administradoras de pensiones han cumplido con las acciones de cobro correspondientes.

Sin embargo, la Corte debe advertir que la razón real que tuvo el Tribunal para negar la pretensión de pago de los aportes al sistema de pensiones, estuvo dada en que la llamada a cobrar esos emolumentos es la entidad de seguridad social respectiva y no el afiliado, pues en ella están radicadas las diferentes acciones de cobro ante los empleadores. Asimismo, que dicha consideración, sin duda está atravesada por un error jurídico, que atenta contra el contenido de los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 100 de 1993, así como los principios que informan el sistema integral de seguridad social.

En efecto, en primer lugar, es cierto que, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, al empleador le asiste la responsabilidad de reunir las cotizaciones para el sistema de seguridad social, así como de pagarlas a la entidad respectiva, dentro de los plazos fijados legalmente. De igual forma, de conformidad con los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993, la mora en el pago de dichos aportes genera intereses moratorios y legitima a las entidades administradoras para adelantar acciones de cobro, mediante liquidaciones que prestan mérito ejecutivo.

En el contexto de dichas premisas, la Corte ha sostenido, como lo indicó el Tribunal, que las entidades administradoras de fondos de pensión son las llamadas a efectuar las acciones de cobro respecto de las cotizaciones en mora. No obstante, dicha aserción ha tenido como propósito último el develar que, de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, los afiliados y sus beneficiarios no pueden sufrir las consecuencias negativas de la mora en el pago de las cotizaciones y que, en esa perspectiva, si la entidad omite los procedimientos de cobro a los que está obligada, no tiene legitimidad para oponerse a asumir el riesgo asegurado. Dicha orientación puede verse reproducida, entre otras en las sentencias CSJ SL 26 ag. 2008, rad. 31063, CSJ SL 23 sep 2008, rad. 30346, CSJ SL 17 feb. 2009, rad. 31080, CSJ

SL 16 dic. 2011, rad. 38964, CSJ SL 28 ag. 2012, rad. 44202, entre otras.

Ahora bien, de las anteriores reglas trazadas por esta Sala de la Corte, no puede derivarse una aserción como la construida por el Tribunal y que puede resumirse en que el afiliado carece de legitimación para reclamar el pago de los aportes para su pensión, que el empleador omite o está en mora de realizar. Por el contrario, teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones que integran el sistema de seguridad social, que se construyen a través del tiempo y que, por lo mismo, pueden sufrir varias eventualidades, lo más sensato y ajustado a los principios de la seguridad social es que el directamente interesado pueda pretender la configuración de su derecho en debida forma y, en ese mismo orden, pueda atacar todos aquellos factores que afectan su nacimiento completo, como la mora en el pago de los respectivos aportes.

Esta Sala de la Corte ha indicado, en dicha dirección, que:

...debido a la naturaleza y características del sistema integral de seguridad social, generalmente los elementos necesarios para darle vida a una pensión de vejez se confeccionan dentro del mismo intervalo productivo de los afiliados, con la mediación de parámetros tales como la historia laboral o los aportes, así como el incremento de la edad, hasta un punto en el que la ley presume la merma de la capacidad de trabajo. Sin duda, dentro de dicho interregno pueden darse diversas contrariedades que, a la postre, pueden impedir que el derecho a la pensión nazca legalmente o que lo haga pero de una manera lesiva para los intereses del afiliado, en función de la rutina que mantuvo frente al sistema, en cuanto a afiliaciones, cotizaciones, ingresos bases de cotización, etc.

Por ello, teniendo en cuenta ese ideal constructivo y contributivo, que orienta las pensiones de jubilación, lo más justo y adecuado

a las normas y principios del sistema de seguridad social, es que el afiliado tenga la oportunidad de enmendar o perseguir la integración de todos aquellos elementos que contribuyen al nacimiento de su pensión, o de atacar todas las contrariedades que afecten ese derecho en construcción, en cualquier tiempo, de manera que cuando cumpla el último de los requisitos necesarios para tales efectos, pueda empezar a disfrutar de su descanso de una forma remunerada, equilibrada y digna. (CSJ SL 795-2013.)

Así las cosas, se repite, nada impide que el afiliado reclame por la mora de su empleador en el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones, pues es el directamente interesado en la confección y reconocimiento de su pensión, en forma oportuna y completa. Con ello no se niega, naturalmente, que en realidad quienes tienen el principal deber de cobrar son las entidades administradoras de pensiones, como lo ha sostenido la Corte en su jurisprudencia. No obstante, se debe reconocer legitimación a los afiliados para reclamar, pues, en últimas, es a quienes concierne la integración del capital necesario para su pensión y el cumplimiento de los requisitos necesarios para tal efecto.

Como consecuencia, el Tribunal también incurrió en un error jurídico evidente al establecer que era improcedente la condena al empleador por el pago de aportes al sistema de pensiones, debido a la existencia de la facultad consagrada en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Los cargos son fundados y se casará parcialmente la sentencia recurrida, de acuerdo con el alcance de la impugnación, en tanto revocó el numeral tercero de la decisión emitida en la primera instancia, que había

condenado a la Fundación Gabriela Wille de López – Fundabela - *«...a pagar los aportes obligatorios en pensiones que se encuentren en mora por la afiliada fallecida a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., previo calculo (sic) actuarial que deberá efectuar dicho fondo.»*

XI. SENTENCIA DE INSTANCIA

En sede de instancia basta con reiterar las mismas consideraciones expuestas en sede de casación para determinar que era plenamente procedente la condena emitida por el juzgador de primer grado contra la empleadora, Fundación Gabriela Wille de López – Fundabela -, por el pago de los aportes al sistema de pensiones que se encontraban en mora, generados en el marco de la relación laboral mantenida con la señora Shirley del Carmen Barrios de la Hoz.

En ese sentido, en torno al recurso de apelación planteado por la Fundación Gabriela Wille de López – Fundabela -, vale decir que no existe alguna regla derivada de la jurisprudencia, que pregone la exención al empleador frente al pago de los aportes al sistema de seguridad social, cuando la administradora de fondos de pensiones no adelanta las respectivas acciones de cobro, pues es esa en una obligación inmanente y permanente, que no puede eludirse en perjuicio de los afiliados ni de las entidades encargadas del pago de las obligaciones, quienes siempre tendrán a su disposición la facultad de perseguir las

fuentes de financiación de las prestaciones derivadas del sistema de pensiones.

Así las cosas, en sede de instancia, se confirmará el numeral tercero de la decisión apelada, pero con la modificación de que el pago de los aportes adeudados por el empleador debe hacerse en los términos y condiciones previstas en los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993.

Sin costas en el recurso de casación. En las instancias correrán por cuenta de las dos demandadas.

XII. 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 dictada el 30 de abril de 2013 por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **MARLENE DE LA HOZ BERNAL**, quien actúa en su propio nombre y en representación del menor **BLAISE ELOY RODRÍGUEZ BARRIOS**, contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **FUNDACIÓN GABRIELA WILLE DE LÓPEZ - FUNDABELLA** -, en tanto revocó el numeral tercero de la decisión emitida en la primera instancia, que había condenado a la Fundación Gabriela Wille de López - Fundabela - «...a pagar los aportes obligatorios en pensiones

que se encuentren en mora por la afiliada fallecida a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., previo calculo (sic) actuarial que deberá efectuar dicho fondo.» No la casa en lo demás.

En sede de instancia, se confirma el numeral tercero de la decisión emitida por el Juzgado Tercero Laboral de Descongestión del Circuito de Barranquilla el 28 de febrero de 2013, pero con la aclaración de que el pago de los aportes adeudados por el empleador debe hacerse en los términos y condiciones previstas en los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993.

Sin costas en el recurso de casación. En las instancias correrán por cuenta de las dos demandadas.

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

CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO

Presidente de Sala

JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ

RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO

GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARRA

LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS