



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2

SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO

Magistrado ponente

SL2052-2024

Radicación n.º 99228

Acta 24

Bogotá, D. C., veintidós (22) de julio de dos mil veinticuatro (2024).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023), dentro del proceso ordinario que le instauró **OLGA LUZ PEREA FLÓREZ** al que se vincularon como litis consortes necesarios a **CONSTRUCCIONES CIVILES S. A.** y a **JORGE ARMANDO SÁNCHEZ PEREA.**

I. ANTECEDENTES

Olga Luz Perea Flórez llamó a juicio a Porvenir S. A., con el fin de que se declarara que tenía derecho al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivencia, a partir del 24 de

julio de 2001, en su condición de compañera permanente del asegurado fallecido señor Juan José Sánchez.

En consecuencia, se condenara al reconocimiento y pago de las mesadas adicionales de junio y diciembre, el retroactivo y los intereses moratorios.

Fundamentó sus peticiones, básicamente, en que Juan José Sánchez se encontraba afiliado al régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S. A. desde el 18 de marzo de 1998 y cotizó como trabajador dependiente un total de 178 días equivalentes a 25.42 semanas durante el año inmediatamente anterior a su deceso.

Señaló que, de acuerdo al reporte de cotizaciones entregado por Porvenir S. A. se evidenciaba que la empresa Construcciones Civiles S. A. (último empleador del causante) omitió realizar el aporte correspondiente al mes de noviembre del año 2000, periodo que incrementaría el número de semanas cotizadas durante el año inmediatamente anterior a su deceso a 29.71.

Informó que Juan José Sánchez falleció el 23 de julio de 2001.

Relató que, el 10 de febrero de 2016 solicitó a Porvenir S. A. el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia y el 27 de mayo de la misma anualidad, la entidad negó la prestación por no acreditarse el número de semanas exigido.

Dijo que, el 24 de agosto de 2016, solicitó nuevamente a Porvenir S. A. el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia y el 2 de septiembre de ese mismo año la AFP despachó desfavorablemente tal pedimento por no acreditarse el número de semanas requerido para el reconocimiento pensional.

Manifestó que, el 13 de septiembre de 2016, solicitó al empleador Construcciones Civiles S. A. certificado sobre el tiempo de servicios prestados por el causante, así como copia de los formularios de afiliación y comprobantes de pago al sistema general de seguridad social en pensiones y el 11 de octubre de 2016 la empresa dio respuesta a la petición elevada, indicando el tiempo de servicios prestados (incluido noviembre del año 2000) y adjuntando formularios de afiliación, no obstante, no aportó copia de los comprobantes de pago al sistema general de seguridad social en pensiones.

Recordó que, el 25 de octubre de 2016, radicó ante Porvenir S. A. solicitud documental respecto de los formularios de afiliación del causante y comprobantes de aportes realizados por sus empleadores, advirtiendo que en la historia laboral del asegurado no se encontraban relacionados la totalidad de los periodos laborados y el 28 de octubre de 2016, la entidad entregó reporte detallado de la historia laboral, empero, no aportó copia de los comprobantes de pago al sistema general de seguridad social en pensiones realizado por los empleadores del causante.

Expresó que, el 25 de noviembre de 2016, solicitó a Porvenir S. A.: i) la corrección de la historia laboral del causante respecto del periodo correspondiente al mes de noviembre del año 2000, ii) se iniciaran las acciones de cobro al empleador Construcciones Civiles S. A. y iii) se expidiera copia de las planillas que indicaran las novedades de ingreso y retiro reportadas, petición reiterada el 10 de febrero de 2017.

Acotó que Porvenir S. A. informó el 16 de diciembre de 2016 que *«realizadas las validaciones respectivas no se evidenció pago de aportes correspondiente al periodo de noviembre del año 2000»*; igualmente señaló que *«aunque el empleador Construcciones Civiles S. A. realizara el pago del aporte correspondiente al periodo de noviembre de 2000, no es procedente la acreditación de dicho aporte dado que los pagos debieron realizarse antes de la fecha del siniestro»*, pero no se adjuntó copia de las planillas que indicaran las novedades de ingreso y retiro reportadas por el empleador Construcciones Civiles S. A. como le fue solicitado, respuesta que solo fue conocida hasta mayo de 2017.

Anotó que, el 1º de septiembre de 2017, solicitó a la empresa Construcciones Civiles S. A. copia del comprobante y/o planilla de pago de los aportes a pensión de su difunto compañero, correspondiente al mes de noviembre del año 2000 y, el 9 de octubre de la misma anualidad, la empresa indicó que adjuntaba tal planilla, pero aquella era del periodo de octubre de 2000 que fue pagada en noviembre de ese año

y no reportaba retiro, por lo que el 17 de octubre reiteró la petición sin obtener respuesta.

Expuso que, convivió con el causante como compañeros permanentes de manera ininterrumpida y bajo el mismo techo, brindándose amor, solidaridad, respeto y apoyo desde septiembre de 1985 y hasta el 23 de julio de 2001, procreando 3 hijos, quienes dependían económicamente del causante (f.º 75 a 81, archivo: «*Primera Instancia_Cuaderno Principal 1_Cuaderno_2023045803883*», del cuaderno digital del Juzgado).

Porvenir S. A. se opuso a las pretensiones incoadas en su contra y, en cuanto a los hechos, admitió la fecha del fallecimiento; las varias solicitudes de reconocimiento pensional, documental, corrección de historia laboral, acciones de cobro; la omisión del empleador Construcciones Civiles S. A. de realizar el aporte correspondiente al mes de noviembre de 2000, respecto a los restantes indicó no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó, inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, cobro de lo no debido e incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica, buena fe de Porvenir S. A., compensación, prescripción y la genérica (f.º 108 a 123, archivo: *ibidem*, del cuaderno digital del juzgado).

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 30 de agosto de 2019, vinculó en condición de litis consorte necesario a Construcciones Civiles S. A. (f.º 129 del cuaderno digital del juzgado).

A su turno Construcciones Civiles S. A., no se opuso a las pretensiones incoadas y, en cuanto a los hechos, admitió su omisión como empleador en realizar el aporte correspondiente al mes de noviembre de 2000, las diferentes solicitudes elevadas ante la empresa y sus respuestas; respecto a los restantes indicó no ser ciertos o no constarle.

En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó, carencia actual de objeto por hecho superado, inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (f.º 144 a 150 *ib.*).

El Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, en diligencia pública celebrada el 6 de octubre de 2021, integró como litis consorte necesario a Jorge Armando Sánchez Perea, hijo del causante (f.º 183 y vto. del cuaderno digital del juzgado) quien, al dar contestación a la demanda, no se opuso a las pretensiones incoadas y por el contrario se allanó a las mismas; en cuanto a los hechos, los admitió en su totalidad y no formuló excepciones en su defensa (f.º 193 a 196 del cuaderno digital del juzgado).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante fallo del 6 de octubre de 2022 (f.º 210 a 212 del cuaderno digital del juzgado), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora Olga Luz Perea Flórez tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente Juan José Sánchez, a partir del 24 de julio de 2001, cuya mesada pensional lo será en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente, y reconocida en 14 mesadas pensionales al año, conforme quedó expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, formulada por la apoderada judicial de la demandada Porvenir S. A., respecto del retroactivo pensional causado con anterioridad al 10 de febrero de 2013, y no probados los demás medios exceptivos formulados.

TERCERO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., a pagar en favor de la señora Olga Luz Perea Flórez el valor del retroactivo pensional en la suma de \$102.631.926,00; el cual fue liquidado del 10 de febrero de 2013 al 30 de septiembre de 2022 como se señaló en esta decisión.

Autorizando a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. para que, de dicho monto, realice los descuentos respectivos, con destino al Sistema de seguridad Social en salud.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., a pagar en favor de la señora Olga Luz Perea Flórez el valor correspondiente a los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, respecto del retroactivo pensional, a partir del 10 de abril de 2016 y hasta tanto se verifique su pago, conforme con lo expuesto.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., en favor de la demandante señora Olga Luz Perea Flórez, fíjense como agencias en derecho suma equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEXTO: Sin pronunciamiento alguno en contra de la sociedad Construcciones Civiles S. A., conforme a lo expuesto. Así como a las demás personas vinculadas en el proceso.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Por apelación de la parte demandada Porvenir S. A., la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo del 27 de enero de 2023 (f.º 13 a 26, archivo: «Segunda Instancia_Cuaderno Apelacin Sentencia_Cuaderno_2023045823344», del cuaderno digital del Tribunal), resolvió:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia del 6 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, en sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S. A.** a pagar a la señora **OLGA LUZ PEREA FLOREZ** la suma de **\$106.828.426**, por concepto de retroactivo de la pensión de sobrevivientes liquidado del 10 de febrero de 2013 al 30 de diciembre de 2022, el cual se seguirá causando hasta la fecha efectiva de su pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte DEMANDADA. Inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal consideró como problema jurídico determinar si Juan José Sánchez dejó o no causado el derecho a la pensión de sobrevivientes.

Indicó que la norma aplicable para dilucidar el presente conflicto era la vigente al momento de la muerte del afiliado, que ocurrió el 23 de julio de 2001, calenda en la que estaba en vigor el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, el cual remite de forma expresa al 73 de dicho compendio normativo.

Señaló que, de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas emitido por Porvenir S. A., la última cotización de Juan José Sánchez correspondía al ciclo de febrero de 2001, de ahí que, para la fecha de la muerte del afiliado, 23 de julio de 2001, este no se encontraba cotizando y, por tanto, la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes se regía por el literal b) de la norma en cita, es decir, debía acreditar un mínimo de 26 semanas en el año inmediatamente anterior al deceso.

Advirtió que, la demandada Porvenir S. A. reconoció que entre el 23 de julio de 2000 y el 23 de julio de 2001, interregno que correspondía al año inmediatamente anterior al del fallecimiento, aquel efectivamente cotizó 25,43 semanas, como quiera que no tuvo en cuenta el ciclo de noviembre de 2000, por encontrarse en mora, por lo que consideró la AFP imposible de contabilizar, aun cuando el empleador Construcciones Civiles S. A. realizó su pago de forma extemporánea, aduciendo que el artículo 53 del Decreto 1406 de 1990, solo permitía el pago de los aportes en mora cuando no hubiera tenido lugar el siniestro que daba lugar al pago de la pensión de sobrevivientes y con el cual el causante alcanzaría un total de 29,71 semanas.

Refirió que, si bien el inciso segundo del numeral 4º del artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, establecía que: *«Cuando el período declarado corresponda a obligaciones en mora para el riesgo de pensiones, podrá efectuarse el pago correspondiente a dichas obligaciones, siempre y cuando no hubiere tenido lugar el siniestro que daría lugar al pago de*

prestaciones de invalidez o sobrevivencia.», no podía pasarse por alto que el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, estableció en cabeza de la AFP la obligación de adelantar las acciones de cobro «...con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador...».

Expresó que, como quiera que la administradora no inició las acciones de cobro para obtener el pago coactivo de los aportes insolutos, el periodo de noviembre de 2000 que se encontraba en mora por parte del empleador Construcciones Civiles S. A. para la fecha del deceso del causante, sí se debía tener en cuenta dentro del cómputo de las semanas cotizadas a efectos de determinar la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes, independientemente de que la referida compañía hubiese realizado el pago de la cotización de forma extemporánea, porque al haber incurrido la AFP en tal omisión quedaba obligada al pago de las prestaciones correspondientes, pues ni el afiliado ni sus beneficiarios podían verse afectados por la omisión del empleador en el pago de los aportes y, en este caso, tal como lo manifestó el *a quo* y contrario a lo argüido por el recurrente, no existía ningún elemento de juicio que demostrara que Porvenir S. A. ejerció oportunamente las acciones de cobro frente a la mora en el pago del aporte de noviembre de 2000.

Aludió que no resultaba de recibo el argumento del recurrente, en tanto adujo que para la AFP no era claro si este caso correspondía a un periodo en mora por omisión en el pago del aporte o por omisión en la afiliación por parte del

empleador, no solo porque este resultaba totalmente contradictorio con la afirmación de la administradora de que sí realizó las acciones de cobro frente Construcciones Civiles S. A., de lo que de contera se extraía que tenía la plena certeza de que se trataba de un aporte en mora, sino porque del mismo reporte de semanas expedido por Porvenir S. A., se observaba que el causante estuvo afiliado por cuenta de dicho empleador desde agosto de 2000 hasta febrero de 2001, cuando se registró la novedad de retiro.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por Porvenir S. A, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que se case totalmente la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, se revoque la providencia del *a quo* y en su lugar la absuelva de todas las pretensiones.

Con tal propósito formula un cargo por la causal primera de casación, el cual no fue replicado y se pasa a estudiar (f.º 1 a 10, archivo: «*Recursos Extraordinarios_CuadernoCorte_Demanda_2023121206080*», del cuaderno digital de la Corte.

VI. CARGO ÚNICO

Acusa la sentencia recurrida de violar, por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 22 y 24 de la Ley 100 de 1993, lo que trajo como consecuencia la infracción directa de los artículos 48 de la Constitución Política, 17 y 77 de la Ley 100 de 1993, 37 y 38 del Decreto 692 de 1994, 39 y 53 del Decreto 1406 de 1999, todo lo cual llevó a aplicar indebidamente los artículos 46 a 49, 73 y 74 de la Ley 100 de 1993.

En la demostración del cargo, transcribe apartes del fallo de segunda instancia y acto seguido asevera que este se equivocó al considerar que la administradora estaba obligada al reconocimiento de la pensión deprecada, pese a que los aportes de un mes se pagaron mucho tiempo después del deceso.

Asegura que las normas que aplicó el fallador, de ser correctamente interpretadas, no permiten concluir que las administradoras de pensiones deben otorgar las prestaciones así los empleadores se encuentren en mora en el pago de las cotizaciones.

En hilo con lo anterior, señala que si bien, las administradoras del sistema de pensiones cuentan con mecanismos legales para efectuar el cobro de los aportes en mora, ello no significa en modo alguno que deban asumir la responsabilidad que les corresponde a los empleadores morosos, no siendo posible trasladar una obligación, de quien debe hacer el pago a quien debe recaudar el mismo, pues no hay ninguna razón y por el contrario, la ley señala

con precisión la obligación del empleador de pagar su aporte y el de los trabajadores a su servicio. De análoga manera, indica que es el empleador quien debe asumir el pago de la totalidad de esa contribución, así no haga el respectivo descuento al trabajador.

Agrega que, en todo caso, las entidades que administran el régimen de ahorro individual no cuentan con mecanismos legales de orden procesal que les permitan adelantar el cobro de una manera eficaz y expedita, pues el inicio de una acción judicial no lo es.

Seguidamente, alude a que esta Corporación 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.

Acota que del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, que igualmente consideró mal interpretado, en modo alguno establece que una administradora que no adelante acciones judiciales para obtener el pago de los aportes en mora sea negligente, como lo entendió el Tribunal, pues del texto literal de la disposición legal, correctamente comprendido, lo que se colige es que se deben adelantar acciones, pero sin precisar cuáles.

Refiere que el cargo no desconoce que el criterio jurídico utilizado por el Tribunal tiene respaldo en la jurisprudencia vigente de la Sala, por lo que solicita un replanteamiento de ella, para que se regrese a los que habían sido los

discernimientos sobre esta temática, por corresponder con la especial naturaleza del Sistema de Seguridad Social.

Destaca que, otras normas infringidas en forma directa son las que, a diferencia de las tenidas en cuenta por el Tribunal, sí gobiernan los efectos de la mora del empleador en el pago de los aportes, de las que se desprende que esa mora trae como consecuencia que sea aquel el único responsable del pago de las prestaciones, comenzando por el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, que no fue aplicado, así como el artículo 3 del Decreto 2280 de 1994 y el 39 y 53 del Decreto 1406 de 1999.

Advierte que pasó por alto el fallador de la alzada lo preceptuado por el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, que señala que las sociedades administradoras de fondos de pensiones obligatorias del régimen de ahorro individual con solidaridad reconocen y pagan las pensiones de sobrevivientes, 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 el monto de la pensión, de forma tal que la financiación de las pensiones de sobrevivientes que ofrece ese régimen no se fundamenta, como la de vejez, en la acumulación de un capital, sino en el aseguramiento del riesgo de muerte, mediante el pago efectivo y oportuno de los aportes pensionales por el empleador a las sociedades administradoras y el traslado, por parte de estas, a las compañías de seguros con quienes se haya contratado el

seguro previsional, del valor de la prima con cargo al aporte pensional. Desde luego, si no hay pago de aportes por el empleador, no es posible asegurar el pago de la suma adicional y de ello no debe hacerse responsable la entidad administradora.

En relación con lo expuesto, el juez de la alzada incurrió en infracción directa del artículo 48 de la Constitución Política, en la forma como fue adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, por cuanto esta norma consagra el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, la cual resulta afectada cuando por la vía judicial se otorgan prestaciones por fuera de lo establecido en las normas vigentes, que no cuentan con el respaldo financiero suficiente por carecer los beneficiarios de los requisitos en materia de aportes ante la omisión de los empleadores, lo que indica que no se cuenta con los recursos necesarios para ser adecuadamente financiada.

Arguye que como el sistema de seguridad social es de naturaleza contributiva, resulta indispensable que la financiación de las prestaciones se haga con base en las normas que establecen las exigencias en materia de cotizaciones, porque son estas las que se han considerado por el legislador como necesarias y suficientes para financiar las prestaciones de todos los afiliados al sistema y no solamente de una parte de ellos.

Concluye que, si el Tribunal no hubiera incurrido en los errores que le imputa no habría validado el pago de semanas

de cotización no pagadas oportunamente, y, por lo contrario, habría concluido que la demandante no tiene causados los requisitos para una pensión de sobrevivientes.

VII. CONSIDERACIONES

Sea lo primero recordar que el juez de la apelación edificó como base de su decisión, que si bien se presentó el pago extemporáneo de un periodo de cotización, tal circunstancia no impedía incluir en el conteo tal lapso, por lo que se acreditaron 29.71 semanas de cotización dentro del año anterior al momento de la muerte del causante, cumpliéndose así el requisito contemplado en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Por su parte la censura, considera que el colegiado se equivocó por cuanto: *i)* las entidades administradoras del sistema si bien cuentan con mecanismos legales para efectuar cobros de aportes en mora no por eso deben asumir la responsabilidad del pago; *ii)* la obligación de efectuar los aportes es del empleador, y en caso de incumplimiento, el riesgo debe ser responsabilidad de este. Y, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 39 y 53 del Decreto 1406 de 1999, las consecuencias jurídicas del incumplimiento de los deberes del empleador, errores y omisiones en el pago de aportes son responsabilidad del aportante; *iii)* se presenta afectación al principio de sostenibilidad financiera del sistema; *iv)* la financiación de las pensiones de sobrevivientes se fundamentan en el aseguramiento del riesgo de muerte, mediante el pago efectivo y oportuno de los aportes

pensionales por el empleador a las sociedades administradoras.

De suerte que, la Sala debe resolver si el sentenciador de segundo grado se equivocó al otorgar la pensión de sobrevivientes a la demandante, teniendo en cuenta en el conteo de semanas un periodo cotizado extemporáneamente.

Dada la vía escogida por la censura, no se controvierten los siguientes supuestos fácticos del fallo impugnado: (i) la fecha de muerte del *de cujus*, que lo fue el 23 de julio de 2001, (ii) el carácter de beneficiaria de la demandante, (iii) que Construcciones Civiles S. A. en calidad de empleador realizó el pago del aporte pensional correspondiente al ciclo de noviembre de 2000 el 13 de noviembre de 2019, (iv) que la norma aplicable, en este caso, es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993; (v) que la parte accionante elevó solicitud de pensión de sobrevivientes; (vi) que la administradora negó la prestación, argumentando que durante el año inmediatamente anterior al deceso, el afiliado solo cotizó 25.43 semanas, ya que los ciclos cancelados extemporáneamente no podían ser tenidos en cuenta.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, resulta oportuno memorar que, frente a la obligación de las entidades administradoras de cobrar los aportes en mora, esta Corporación, desde la sentencia hito CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, rectificó «una larga tradición jurisprudencial, de no atribuirle responsabilidad a las administradoras de pensiones en el caso de mora del

empleador en el pago de cotizaciones a la seguridad social».

Precisamente, en la decisión referida, se adoctrinó:

Dentro de las obligaciones especiales que les 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.

Dicha postura ha sido reiterada por la Sala de forma constante, entre otras, en las providencias CSJ SL, 6 feb.

2013, rad. 45173; CSJ SL907-2013; CSJ SL5429-2014; CSJ SL4818-2015; CSJ SL8082-2015; CSJ SL15718-2015; CSJ SL16814-2015; CSJ SL4952-2016; CSJ SL6469-2016 y CSJ SL13266-2016.

En este orden, en la captación de aportes al sistema, se presenta concurrencia de obligaciones, respecto de los empleadores el pago oportuno y en cuanto a las administradoras de gestionar el cobro. Por ende, al materializarse la mora en el pago de las cotizaciones, ello se genera automáticamente un crédito a favor del fondo de pensiones, momento en el cual debe cumplir con su deber de recaudo a través de las herramientas que el mismo artículo 24 de la Ley 100 de 1993 le proporciona.

Por su parte, al trabajador le basta con prestar el servicio para tener la condición de cotizante activo, pues con el solo despliegue de su actividad económica causa la contribución, independientemente si el empresario cancela o no los aportes, ya que estos, en lo que concierne a su cuota parte, fueron descontados desde el pago de su salario en la nómina. Así se ha expuesto en sentencia CSJ SL. 25 ene. 2011, rad. 37846, reiterada, entre otras, en la CSJ SL4952-2016:

Se ha de advertir que, a la luz de la jurisprudencia de esta Sala, el trabajador subordinado afiliado a la seguridad social se tiene como cotizante activo mientras permanezca vigente la relación laboral, aunque se presente mora patronal. Es decir, que la condición de cotizante activo del trabajador dependiente se deriva no solamente de la afiliación al sistema de seguridad social en pensiones como equivocadamente parece entenderlo el Tribunal, sino también de que tenga una relación laboral vigente,

independientemente de que haya incumplimiento del patrono en el pago de los aportes respectivos.

Lo anterior, permite concluir que: *i)* el incumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP o el nominador no puede perjudicar al trabajador, pues ya éste cumplió su carga dentro del sistema; y *ii)* que a la administradora al no cumplir con la gestión de hacer efectivo el crédito de las cotizaciones faltantes, se le impone como consecuencia el pago de la prestación correspondiente.

Entonces en este punto el precedente ha sido muy claro en señalar que la obligación se encuentra a cargo de la AFP, por ser la entidad que administra los recursos pensionales de sus afiliados, esto conforme a la habilitación dada constitucionalmente al gobierno de delegar la prestación del servicio público de la seguridad social en entidades tanto públicas como privadas (CSJ SL 5665-2021).

Lo dicho en armonía con lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 656 de 1994

ARTÍCULO 4o. En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.

En consecuencia, las entidades, al ser prestadoras de un servicio público esencial, tienen la obligación de desplegar una diligencia superior a la de cualquier otra actividad, de manera que, el regulador determinó que debían desarrollar

sus funciones de manera eficiente, eficaz y oportuna, y su responsabilidad, ante su inobservancia, los hace responsables de los perjuicios que se le puedan causar a sus afiliados. Y no puede trasladar las consecuencias al trabajador (CSJ SL51513-2020).

De suerte que,

[...] no es dable trasladar al trabajador las consecuencias del no pago del aporte por parte de su empleador, así como que la administradora tiene el deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes a efectos de persuadir al aportante incumplido de honrar su obligación. Sin embargo, en aquellos eventos en que la administradora no demuestre haber adelantado, o no adelante en debida forma u oportunamente las acciones de cobro frente a los aportes tardíos, será la directa obligada al reconocimiento de la prestación por su inacción» (CSJ SL5665-2021).

De otro lado, en lo que atañe a la mora en el pago de las cotizaciones y su aporte extemporáneo en materia de pensión de sobrevivientes, el Decreto 1406 de 1999, sustento normativo entre otros de los argumentos expuestos por la censura, reglamentó la Ley 100 de 1993 y el artículo 91 de la Ley 488 de 1998 y regula lo relativo a la puesta en operación del registro único de aportantes al sistema de seguridad social integral y establece, además, el régimen de recaudación de aportes que financian dicho sistema, señala en su artículo 53

Artículo 53. Imputación de Pagos en los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones. La imputación de pagos por cotizaciones realizadas a los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones se efectuarán tomando como base el total de lo recaudado para cada uno de dichos riesgos, y conforme a las siguientes prioridades:

1. Cubrir los aportes voluntarios realizados por los trabajadores.

2. Cubrir las obligaciones con los fondos de solidaridad.
3. Aplicar al interés de mora por los aportes no pagados oportunamente y correspondientes al período declarado.

4. Cubrir las cotizaciones obligatorias del período declarado. En el caso de pensiones, se entienden incluidos los aportes para la pensión de invalidez y sobrevivientes, al igual que los gastos de administración y reaseguro con el Fondo de Garantías.

Cuando el período declarado corresponda a obligaciones en mora para el riesgo de pensiones, podrá efectuarse el pago correspondiente a dichas obligaciones, siempre y cuando no hubiere tenido lugar el siniestro que daría lugar al pago de prestaciones de invalidez o sobrevivencia.

5. Acreditar lo correspondiente a aportes voluntarios efectuados por el empleador en favor de sus empleados.

Si al hacer aplicación de las sumas recibidas como cotizaciones para el SGSSS, conforme a las prioridades fijadas, los recursos se agotan sin haberlas cubierto completamente, habrá lugar a la devolución del remanente. En el caso de cotizaciones para el Sistema de Seguridad Social en Pensiones, habrá lugar a la aplicación proporcional del remanente para todos los afiliados y conforme a las prioridades enunciadas.

Cuando con base en un mismo formulario se estén efectuando pagos correspondientes a distintos riesgos o a distintas administradoras, el pago correspondiente a cada uno de ellos será el que aparezca registrado en dicho formulario, y su imputación se hará conforme a lo establecido en el presente artículo.

Lo dispuesto en el presente artículo no será aplicable para los trabajadores independientes.

Parágrafo. Para efectuar la imputación de pagos conforme a las prioridades previstas en el presente artículo, se tomará como base el período determinado por el aportante en la respectiva declaración o comprobante de pago. Si después de cubiertos todos los conceptos aquí contemplados existiere un remanente, el mismo se aplicará al período de cotización en mora más antiguo, siguiendo el mismo orden de prioridades establecido.

Así las cosas, frente al alcance de la citada disposición en relación con el pago de cotizaciones en mora, se reitera lo

expresado por esta Corporación en casos similares:

Considera la Sala que la norma contiene dos supuestos claros: el primero de ellos es que el cubrimiento de las cotizaciones obligatorias debe realizarse, en principio, por el período declarado y, el segundo, regula la precisa situación de las cotizaciones en mora, caso en el cual establece que podrá efectuarse el pago siempre y cuando no haya tenido lugar el siniestro que daría lugar al pago de las prestaciones de invalidez o sobrevivencia. En este punto vale la pena precisar que la mora se origina en el incumplimiento de quien tiene la obligación de realizar el pago de aportes y que parte de la afiliación al sistema de seguridad social y del vínculo laboral (CSJ SL1078-2021).

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corporación al realizar el análisis del presente artículo se ha referido básicamente a la forma cómo deben imputarse los pagos que se efectúen por concepto de cotizaciones en mora (CSJ SL9854-2014). Al respecto se ha dicho que:

Son válidos los pagos de cotizaciones en mora, tratándose de la pensión de vejez, aunque el afiliado haya cumplido la edad exigida para la causación del derecho, lo que tiene una explicación lógica y es que la vejez no es una contingencia inesperada, razón por la que frente a ésta el legislador exige unos aportes que, conforme a los estudios actuariales, deben ser suficientes para cubrir la prestación, de manera que lo que tiene preponderancia es que el capital constitutivo que se debió conformar, de acuerdo con lo previsto por el legislador, esté cubierto en su integridad (CSJ SL38756-2012).

Así mismo, se ha dicho por parte de la jurisprudencia de la Corporación que, en el cómputo de los aportes necesarios para efectos pensionales se podrán tener en cuenta los que se reportan en mora, dado que de la omisión del empleador o de los actores del sistema de seguridad social no pueden derivar en el desconocimiento de los derechos del trabajador. Lo anterior, conforme con el criterio jurisprudencial expuesto, entre otras, en decisión CSJ SL 10783-2017, CSJ SL358-2021.

Además, en este punto existen dos temas que han sido desarrollados por el precedente y que han sido tenidos en cuenta tanto para la pensión de sobrevivientes como la de invalidez, así:

Uno, es que el estado de mora no genera la pérdida de la calidad de cotizante activo del trabajador, en la medida que el retardo en el pago de las cotizaciones constituye una conducta que no puede atribuírsele, ni menos puede generar los efectos de una desafiliación (CSJ SL667-2013); y dos, en los eventos de mora del empleador, las administradoras de pensiones deben adelantar

las gestiones de cobro, a fin de obtener el debido recaudo de las cotizaciones, de modo que, de omitirse esta obligación, responderán por el pago de la prestación, **lo que indica que si estas se realizan aun de forma extemporánea, deben tenerse en cuenta para el pago de la prestación deprecada** (CSJ SL2074-2020).

En hilo con el precedente vigente frente a una mora en el pago de aportes y en el caso de que el trabajador sufra la contingencia -muerte- de la cual se desprenda el pago de la pensión de sobrevivientes, si la entidad administradora no inicia las acciones de cobro para obtener el pago coactivo de los aportes insolutos, queda obligada al pago de las prestaciones correspondientes, pues ni el afiliado ni sus beneficiarios pueden verse afectados por la omisión del empleador en el pago de los aportes. Y, si se cancelan dichos aportes y no se dio una gestión de la administradora para recaudar, la consecuencia debe ser el pago de la prestación. Es decir: *«si no hay pagos de aportes antes del riesgo, las prestaciones derivadas del mismo se causan para el trabajador o sus beneficiarios, según el caso; y si hay pago posterior al riesgo del empleador de dichos aportes, igual surge para la administradora el pago de esas prestaciones»* (CSJ SL7300-2016).

Cumple reiterar que cuando un empleador evade la obligación de cotizar y la entidad administradora se abstiene de ejecutar las acciones de cobro, deben contabilizarse a favor del afiliado las semanas reportadas en mora, por manera que ese tiempo de servicio debe convalidarse (CSJ SL2136-2016 y CSJ SL759-2018).

Precisado lo anterior, no existe duda de que deben tenerse en cuenta para efectos de contabilizar el tiempo para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el pago de los aportes realizado el 13 de noviembre de 2019, por Construcciones Civiles S. A. en calidad de empleador, correspondiente al ciclo de noviembre de 2000, por lo que el Tribunal no incurrió en los desatinos de orden jurídico que le enrostra la recurrente.

Por tanto, no resulta de recibo lo alegado por la quejosa, máxime cuando confunde las consecuencias de la no afiliación con las de la mora en el pago de las cotizaciones, pues ante la omisión de la empresa de afiliar a su trabajador y de hacer las correspondientes cotizaciones, aquella debe remediar la situación mediante el pago de un título pensional, antes de que se estructure el riesgo de la muerte, con el ánimo de que dichos ciclos sean tenidos en cuenta para el derecho prestacional, escenario diferente es aquel en el que el empleador hizo la afiliación cuando debía, pero no el pago de los aportes, pues en ese supuesto es claro que el fondo de pensiones debió haber iniciado las acciones de cobro a que hubiera lugar y sin que por ello tuviera que afectarse de ningún modo al afiliado y menos a sus beneficiarios.

En la sentencia CSJ SL4103-2017, reiterada en las SL21506-2017; SL4968-2020, SL1807-2022 y SL138-2022, entre otras, la Sala ilustró claramente la distinción entre las consecuencias en la incursión en mora en las cotizaciones y

la ausencia de la afiliación al Sistema, frente al riesgo de vejez o de sobrevivencia. Dijo la Corte:

Así las cosas, se repite, las pensiones de vejez se conciben en función de la conformación de un **mínimo de capital**, respecto del cual la integración de aportes del empleador omiso encuentra pleno sentido, mientras que las pensiones de sobrevivientes se conciben en función de un **aseguramiento del riesgo**, respecto del cual la integración de aportes no tiene la misma funcionalidad ni puede producir las mismas consecuencias. Por esa razón, la orientación jurisprudencial que defiende el pago de cálculos actuariales y la responsabilidad de las administradoras de pensiones, a la que se hizo alusión, no puede ser irrestrictamente aplicable en tratándose de pensiones de sobrevivientes.

Es por ello que, en tratándose de una prestación definida en función del aseguramiento del riesgo, como la pensión de sobrevivientes, para la Corte resulta trascendental que, antes de asumir las prestaciones correspondientes a la realización del riesgo, las entidades de seguridad social hubieran contado con la posibilidad de gestionarlo, lo que solo se logra con la afiliación oportuna del trabajador o, en subsidio, con algún trámite de convalidación de los tiempos servidos, pero con antelación a que se concrete el riesgo.

Lo contrario equivaldría a imponer una carga desproporcionada en contra de las entidades de seguridad social, que tendrían que asumir el pago completo de una pensión de sobrevivientes, por la convalidación de un tiempo mínimo e indeterminado de servicios y sin poder adoptar medidas para la gestión adecuada del riesgo, por la falta de afiliación. Así, por ejemplo, si se admitiera irrestrictamente que, ante la falta de afiliación, las administradoras de pensiones son las encargadas del pago de la pensión, se llegaría a la conclusión de que el Instituto de Seguros Sociales, como administradora del régimen de prima media, debe asumir el pago de una pensión respecto de la cual: i) no tuvo conocimiento para iniciar acciones de cobro de los aportes; ii) no pudo prever y gestionar el riesgo de sobrevivientes, a través de reservas o seguros; iii) y tiene que financiar en un 100%, aun si los aportes que puede convalidar a través de título pensional no alcanzan para ello.

Con arreglo a lo anterior, para la Corte, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir,

la muerte. Si ello es así, la entidad de seguridad social puede asumir y gestionar válidamente el riesgo, a través de los mecanismos y recursos establecidos legalmente para ello, mientras que, si se admitiera esa posibilidad una vez causado el riesgo, se podría dar lugar a que la entidad tenga que financiar una pensión completa, tras el pago de escasos recursos por tiempos indeterminados de servicios.

Como corolario de lo dicho, si el empleador omiso en la afiliación no realiza el trámite de convalidación de tiempos servidos, antes de la causación del riesgo de muerte, debe asumir el pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, en aplicación de disposiciones como el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995 y sentencias de esta Sala como la CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211. De esta orientación deben excluirse, eso sí, los casos en los que se ha realizado la afiliación del trabajador y la administradora de pensiones incumple las gestiones de cobro, que han recibido otro tratamiento en la jurisprudencia (Ver CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270, reiterada, entre otras, en las CSJ SL, 17 may. 2011, rad. 38622, CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839, y CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802).

En este caso, la sociedad demandada era plenamente consciente de su omisión de la afiliación de la trabajadora fallecida al Instituto de Seguros Sociales y, a pesar de que, a partir del año 1994, la Ley 100 le dio instrumentos para solucionar esa situación, de los que también era plenamente consciente, hasta antes del 1 de marzo de 2002, fecha en la que ocurrió el fallecimiento, no adelantó diligencia alguna tendiente a la convalidación de tiempos servidos, a través de cálculo actuarial, de manera que, con posterioridad a tal suceso, como ya se dijo, no resultaba admisible ese trámite, ni la elusión de su responsabilidad.

Tampoco se le podía endilgar al Instituto de Seguros Sociales alguna responsabilidad por el no cobro de los aportes, respecto de una trabajadora que ni siquiera había sido afiliada (negrillas por fuera del texto).

Y así se señaló en la sentencia CSJ SL14388-2015, al exponer:

En consonancia con lo anterior, en sentencias como las CSJ SL, 1 nov. 2011, rad. 39811; CSJ SL, 13 mar. 2013, rad. 39874; y CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 38587, la Corte sostenía que la consecuencia de la falta de afiliación al sistema de pensiones era que el empleador asumiera el pago de las prestaciones, en los

mismos términos en los que las hubiera concedido el Instituto de Seguros Sociales. Predicaba la Corte que «...cuando el empleador no ha cumplido su obligación de afiliar al sistema, lo que apareja que no haya efectuado el pago de las cotizaciones en pensiones, y acontezca el riesgo que aquellas protegen, **le corresponde asumir la pensión**, pues no es posible que se pierda el derecho pensional por la incuria de quien estaba obligado a aportar a la seguridad social integral. En efecto, si quien estando llamado a proteger los riesgos propios de la seguridad social, a través de las cotizaciones al sistema, ni siquiera afilia al empleado, no puede exonerarse de su responsabilidad en el pago de la pensión y eso es precisamente lo que concluyó el juzgador de segundo grado al resolver la controversia, esto es, que ante la inexistencia de la afiliación en pensiones, le correspondía asumir el riesgo, dado que no lo había subrogado, y por ello no advierte esta Sala el dislate jurídico al que se hace referencia».

De la misma manera se observa que, la sentencia de segunda instancia no infringe directamente el artículo 48 de la Constitución Política, por cuanto la sostenibilidad financiera depende, precisamente, del cumplimiento de los deberes de cobro de las AFP.

Igualmente, no se encuentran vulnerados los preceptos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, en cuanto al seguro previsional, porque el pago del valor de la prima también depende de las acciones de cobro del exclusivo resorte de los fondos de pensiones, habida cuenta que, en virtud de la afiliación del trabajador, deben prever razonablemente la realización de los riesgos, gestionarlos y adoptar medidas para su financiación. El único caso en donde se exoneran de la responsabilidad a las AFP, en el entorno de una pensión de sobrevivientes, es cuando el empleado no fue afiliado al sistema, escenario que no es el que se configura, como ya quedó visto.

Conforme a lo relatado, el censor no logra derruir la tesis que se viene aplicando en forma pacífica por esta Corporación y que fue la empleada por el Tribunal, al endilgarle la responsabilidad en el reconocimiento de la pensión a Porvenir S. A.

En consecuencia, de acuerdo con el análisis realizado se concluye que el *ad quem* no cometió el yerro jurídico que se le imputa y acertó al tener en cuenta los periodos en mora en la contabilización de las semanas exigidas legalmente para acceder a la pensión de sobrevivientes e imponer a Porvenir S. A., la obligación del reconocimiento pensional.

Finalmente, valga agregar, que el recurrente no expuso argumentos novedosos que impongan la necesidad de un cambio o reconsideración de la posición reiterada por esta Corte.

Como quiera que esa fue la interpretación a la que llegó el Tribunal no prospera el cargo.

Sin cosas por no existir réplica.

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 por la Sala Laboral del Tribunal Superior

del Distrito Judicial de Bogotá, el veintisiete (27) de enero de dos mil veintitrés (2023), en el proceso que instauró **OLGA LUZ PEREA FLÓREZ** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.**, y al que se vincularon en calidad de litisconsortes necesarios a **CONSTRUCCIONES CIVILES S. A.** y a **JORGE ARMANDO SÁNCHEZ PEREA.**

Costas en el recurso extraordinario, como se dijo en la parte motiva.

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

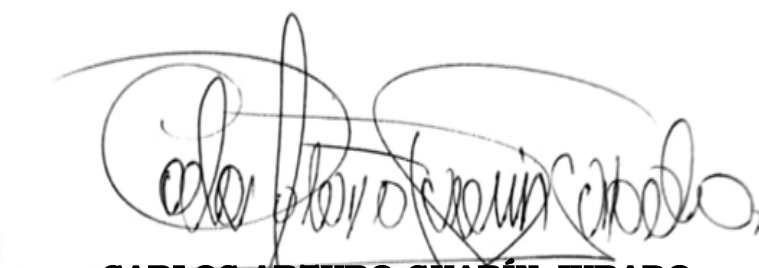
Firmado electrónicamente por:



SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO



CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA



CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en artículo 103 del Código General del Proceso y el artículo 7 de la ley 527 de 1999

Código de verificación: 1C838799C8EF3C5709652F5F9BD2631B48FE9506069F0EFE0A86CFD5847B6149

Documento generado en 2024-08-06