



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4



GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ

Magistrado Ponente

SL2068-2018

Radicación n.º 55444

Acta 16

Bogotá D.C., veintinueve (29) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos por **ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** antes **SANTANDER S.A.**, y la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 30 de septiembre de 2011, dentro del proceso ordinario promovido por la señora **TRÁNSITO CÁRDENAS VEGA** contra el fondo de pensiones recurrente y **ECOINSA S.A.**, trámite en el que se vinculó al **INSTITUTO DE**

SEGUROS SOCIALES, hoy **COLPENSIONES**, y se llamó en garantía a la referida empresa aseguradora.

Téngase a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, como sucesora procesal del Instituto de Seguros Sociales, de conformidad con el documento obrante a folios 82 y 85 del cuaderno de la Corte.

I. ANTECEDENTES

La señora Tránsito Cárdenas Vega demandó a ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., antes Santander S.A., y a Ecoinsa S.A., para procurar, en lo que interesa al recurso de casación, que se declarase la existencia de un contrato de trabajo entre su hijo Jesús Eduardo Castellanos y la última empresa, en consecuencia, que se condene al fondo de pensiones demandado, a pagarle la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de de su hijo.

En respaldo de sus pretensiones, dijo que el 3 de enero de 2001, entre Jesús Eduardo Castellanos y la empresa Ecoinsa S.A. se suscribió un contrato de trabajo por obra labor contratada, para ejercer el cargo de mensajero, vínculo laboral que se mantuvo hasta el 14 de julio de 2001, cuando falleció el trabajador. Anotó que el causante cotizó con otros empleadores al ISS, y en desarrollo del referido acuerdo laboral se trasladó al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP Santander S.A., además, que no existe prueba de la afiliación a riesgos profesionales; que, en total, el finado cotizó 94.84 semanas, de las que 58.42 fueron en los tres

años anteriores a la muerte. Por último, apuntó que dependía en forma «*total y absoluta*» del fallecido, quien no hizo vida marital ni procreó hijos.

La sociedad Ecoinsa S.A., se opuso a las pretensiones. Aceptó el contrato de trabajo y sus extremos, y que afilió al trabajador a la AFP Santander S.A.; sobre los demás hechos, manifestó que no le constaban. Propuso las excepciones que llamó inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción.

Santander S.A. también se apartó de lo pretendido, pues dijo que no es cierto que el causante estuviera afiliado con ellos al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y que si le empresa realizó descuentos, estos no se vieron reflejados; que el formulario de afiliación que reposa en el plenario no se encuentra sellado por ninguna de las dependencias de la sociedad demandada, y el radicado de recibido corresponde al Banco Santander, persona jurídica diferente; que los demás hechos no le constaban.

Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas frente al fondo de pensiones demandado, prescripción y falta de título y causa para pedir en la parte demandante. Llamó en garantía a la Compañía de Seguros Bolívar S.A., que fue admitido por auto del 23 de noviembre de 2005, en el que también se integró al ISS a la *Litis*.

El ISS se opuso a las súplicas. Frente a los hechos indicó que ninguno de ellos le constaba. Propuso las

excepciones de mérito de inexistencia de causa para demandar y cobro de lo no debido.

Por su parte, Seguros Bolívar S.A. asimismo estimó imprósperas las peticiones. Señaló que no era cierto que la empresa Ecoinsa S.A. afiliara al fallecido a la AFP demandada, como lo evidencia la constancia expedida por el área de afiliaciones; respecto de los demás hechos, manifestó que no le constaban. Como excepciones de mérito, presentó las que llamó: «*No hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en el presente caso en virtud de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley aplicable*» y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de junio de 2009, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia del contrato de trabajo entre el señor JESÚS EDUARDO CASTELLANOS CÁRDENAS y la empresa ECOINSA S.A. cuyos extremos fueron el 03 de enero de 2001 al 14 de julio de 2001 (sic).

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ECOINSA S.A. al pago de las prestaciones sociales a que tiene derecho la madre del causante la señora TRÁNSITO CÁRDENAS VEGA, en la suma de ciento noventa y un mil ochocientos cincuenta y tres pesos \$ 191.853 mcte. Suma que deberá ser indexada, como se expuso en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ECOINSA S.A. al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., en la suma de seis millones ochocientos sesenta y cuatro mil pesos \$ 6.864.000 mcte, a favor de la demandante.

CUARTO: Reconocer a la señora TRÁNSITO CÁRDENAS VEGA como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con

ocasión al fallecimiento de su hijo JESÚS EDUARDO CASTELLANOS (Q.E.P.D) a partir del 15 de julio del año 2001.

QUINTO: CONDENAR a la demandada COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS SANTANDER S.A a reconocer y pagar a la señora TRÁNSITO CÁRDENAS VEGA la pensión de sobrevivientes en su condición de beneficiaria causada con ocasión al fallecimiento de su hijo JESÚS EDUARDO CASTELLANOS (Q.E.P.D) a partir del 15 de julio del año 2001, pensión que no podrá ser inferior al salario mínimo legal y que deberá ser indexada conforme quedó expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR a la llamada en garantía SEGUROS BOLIVAR S.A. a cubrir la suma adicional, que agregada a la acumulada en la cuenta de ahorro individual por aportes obligatorios y de eventuales bonos pensionales tenga la administradora de pensiones SANTANDER S.A. a favor del causante JESÚS CASTELLANOS (Q.E.P.D) y que garantizarán el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de su señora madre señora TRÁNSITO CÁRDENAS VEGA.

SÉPTIMO: Ordenar a ECOINSA S.A. la emisión del bono pensional en favor de la AFP PENSION SANTANDER (sic) por el tiempo que estuvo vinculado el causante JESÚS CASTELLANOS (Q.E.P.D.) en el ISS, entre el 16 de diciembre de 1994 al 08 de septiembre de 1995.

OCTAVO: ABSOLVER a ECOINSA S.A. del pago de la sanción por la no consignación de las cesantías y las demás pretensiones elevadas por la actora.

NOVENO: Condénese en costas a las demandadas PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER S.A. y ECOINSA S.A. Tásense.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 30 de septiembre de 2011, al resolver el recurso de apelación presentado por la Compañía de Seguros Bolívar S.A., estipuló:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá. **ACLARAR** que el numeral séptimo del fallo, no se deberá aplicar, por lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

Previo a resolver, el *ad quem* afirmó que la apelación impetrada por la AFP Santander S.A., fue extemporánea.

Frente al recurso interpuesto por la Compañía de Seguros Bolívar S.A., advirtió que concretó su ataque en dos aspectos: el primero, en que no debió ser condenada al pago de la póliza colectiva de seguro previsional de sobrevivientes, pues quedó probado en el expediente que el causante no fue afiliado a la AFP Santander, «[...] para el momento en que sobrevino el fallecimiento»; al respecto, el juez colegiado anotó que «descarta esa argumentación, porque a quien corresponde debatir lo correspondiente a la afiliación o no del causante de la pensión de sobrevivientes es a la AFP Santander [...]».

Por otro lado, en cuanto al argumento atinente a que, incluso si se infiriera que el causante estaba afiliado a la AFP Santander, en todo caso no era ésta la que tenía la obligación de reconocer la prestación solicitada, sino el empleador por no realizar aportes desde enero hasta junio del año 2001, señaló que el juez primigenio no fue ajeno a esa situación de mora patronal, pues la advirtió y por ello dispuso que ECOINSA S.A. emitiera un título pensional en favor de la AFP, por el tiempo que el causante estuvo vinculado a la factoría.

Sin embargo, acto seguido destacó que el criterio actual de esta Corte consistía en que:

[...] si una vez se comprueba la afiliación a una administradora de pensiones, son estas entidades las que deben responder por la prestación reclamada, dado que, ellas tienen las facultades legales de cobro coactivo frente al empleador incumplido, y ante la falta de comprobación de ese trámite de requerimiento y cobro – cuestión que obviamente no se demostró en el presente caso, pues

recordemos que de hecho, la administradora ha negado siempre lo relativo a la afiliación del causante-, hace que corra a cargo de la entidad aseguradora el pago de la pensión a que haya lugar.

Este aserto lo apoyo en las decisiones CSJ SL, 2 feb. 2010, rad. 35012 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 41023, que le bastó para confirmar la responsabilidad que recaía sobre la llamada en garantía, respecto del pago de la póliza previsional de la pensión impuesta, y de paso, aclarar que no era correcta la orden impuesta a Ecoinsa S.A., en torno a constituir un título pensional, dado que, según lo explicado, «[...] quien corre con el pago de la pensión es la AFP Santander, y ella recobrará al empleador moroso, si es del caso, los aportes dejados de cancelar oportunamente», además de que una condena de esa estirpe, solo procede, según las directrices realizadas por la Superintendencia Financiera en concepto N.º 2007014853-001, en los siguientes supuestos:

(i) frente a una omisión en la afiliación y (ii) con el objetivo de lograr una reserva actuarial para el financiamiento de una pensión futura de vejez. El título deberá ser convalidado y aceptado a satisfacción de una entidad administradora de pensiones que reciba la constitución de ese cálculo actuarial.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por ING AFP S.A. y la Compañía de Seguros Bolívar S.A., concedidos por el Tribunal y admitidos por la Corte, la Sala procede a resolverlos en el orden propuesto.

ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que se case la sentencia y, en sede de instancia, se revoque la de primer grado *«[...] en cuanto condenó al fondo demandado a las pretensiones de la demanda, lo absuelva en forma total y condene al empleador demandado como único responsable del pago de la pensión de sobrevivientes, junto con las mesadas causadas y atrasadas»*.

Con tal propósito formuló dos cargos por la causal primera de casación, los cuales fueron replicados oportunamente por la parte demandante, y se abordarán de forma conjunta.

VI. CARGO PRIMERO

Acusó, por vía directa en *el concepto de infracción directa, por falta de aplicación* de los artículos:

[...] 73 de la Ley 100 de 1993 en consonancia con los artículos 46 y 74 de la misma ley, como consecuencia de la indebida aplicación de los artículos 22, 23 24 y 59 de la misma ley [...] y en relación con los artículos 2 y 5 del decreto 2633 de 1994 y 18 del decreto 1818 de 1996, 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 1991.

Resaltó que no controvertía los aspectos fácticos hallados por el Tribunal, como el fallecimiento del causante, la calidad de madre beneficiaria de la demandante, la falta de aportes de la empresa Ecoinsa S.A. *«[...] y como consecuencia de lo anterior, que, a la muerte del causante, este no había cotizado las 26 semanas durante el último año anterior al fallecimiento»*.

Expresó que lo definido por el Tribunal sería válido, de no ser porque los artículos 43 y 76 de la Ley 100 de 1993 exigen como requisito indispensable para acceder a la pensión de sobrevivientes, *«[...] que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiese cotizado por lo menos las 26 semanas en el último año antes de la muerte»*, lo que no se cumplió y por ello el *ad quem* infringió directamente tales preceptivas, aunque asimismo anota que se aplicaron indebidamente. Sus argumentos los apoyó en la sentencia rad. 16573, de esta Corte, de la que no precisó fecha y cuyo criterio pidió que se retomara.

VII. CARGO SEGUNDO

Le imputó al fallo de segunda instancia, que es violatorio de la ley sustancial, por vía directa, en la modalidad de *«[...] falta de aplicación»* de los artículos: *«[...] 39 y 53 del Decreto 1406 de 1999 en concordancia con los artículos 1605, 1608, 1625, 1627, 1630 y 1634 del Código Civil en concordancia con los artículos 1054 y 1072 del Código de Comercio»*.

Tras resaltar que no discutía las inferencias fácticas del Tribunal, reprodujo los artículos 39 y 53 del Decreto 1406 de 1999, para indicar que *«[...] las normas del Código Civil citadas establecen la definición de la obligación de dar y del pago y las consecuencias que asume el deudor al no cumplir con sus obligaciones»*, al paso que los preceptos 1054 y 1072 del Código de Comercio:

[...] son claras al establecer que si no llevan a cabo los pagos antes de ocurrido el siniestro o se realizan pagos al sistema de seguridad social una vez haya ocurrido el mismo, en este caso la muerte del causante, la responsabilidad será exclusiva del empleador.

No sería lógico que la ley fijara responsabilidad en el sistema cuando el empleador deudor no cumple con su obligación. Así mismo la ley acepta la posibilidad de pagos extemporáneos y le otorga validez a los mismos pero con las condiciones que el siniestro no haya ocurrido. No admiten las normas en cuestión, interpretaciones distintas a aquella consistentes en que el no pago o la solución de la obligación efectuada después del siniestro no pueden obligar al fondo de pensiones, y no podría ser de otra forma pues de lo contrario se estaría incentivando la irresponsabilidad y mala fe de los empleadores que o no pagan o pueden esperar a hacer sus pagos solamente cuando la necesidad de la pensión sea inminente.

Reprochó que para contabilizar las semanas se tuvo en cuenta las que no fueron pagadas por el patrono, «[...] como si pudiera crear una ficción legal de la falta [de] cumplimiento de las obligaciones por parte del empleador responsable del descuento y aporte al sistema», y además de ello se le endosara el pago de la pensión, «[...] promoviendo la irresponsabilidad patronal, el fraude al sistema con la peregrina teoría de que, por no cobrar el fondo, es el responsable». Así concluye que el Tribunal otorgó un derecho que no tiene la demandante, o que por lo menos, no debe quedar a su cargo.

VIII. RÉPLICA COMÚN

Compañía de Seguros Bolívar S.A. (llamada en garantía)

Estimó que no había razón para oponerse al recurso.

Tránsito Cárdenas Vega (actora)

Manifestó que no se configuró el interés jurídico para recurrir en casación por la cuantía, visto que las condenas impuestas ascienden a la suma de \$58.911.000, lo cual resulta inferior a los 120 salarios mínimos legales mensuales, a más de que la apelación que presentó la AFP demandada fue extemporánea, de manera que la condena que se le impuso está en firme.

Indicó que se pretende afirmar que el fallecido no se encontraba afiliado al SGP con la demandada AFP, *«toda vez que la afiliación cuyo formulario se aportó como prueba, sin que fuera controvertido, ni tachado de falso, no figuraba radicado directamente en la EPS Santander (sic) y los aportes los recibió en forma extemporánea»*, centrándose este argumento en aspectos probatorios que no *«deben discutirse con pertinencia en la instancia de casación»*, y que resulta inaceptable que, dada la contundencia de las pruebas, se continúe dilatando el reconocimiento de la prestación reclamada.

IX. CONSIDERACIONES

Atina la réplica propuesta por la demandante inicial, cuando refiere que la demandada ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., carece de interés jurídico para recurrir, toda vez que, advierte la Corte, el Tribunal desestimó el recurso de apelación interpuesto por esta sociedad contra la sentencia de primera instancia, por extemporáneo y por ese motivo, mantuvo la condena en su contra.

Así las cosas, carente de ataque ese aspecto procesal, tal premisa queda recubierta de la doble presunción de legalidad y acierto que abriga a toda decisión judicial, y siendo ello de tal forma, cabe recordar que la ausencia de alzada supone la conformidad del extremo litigioso con lo definido en primera instancia, cuestión predominante en tanto delimita su interés jurídico para recurrir en casación, que, como lo tiene dicho la Corte, *«Tratándose del demandado, [...] lo determina el valor de las condenas de la sentencia que se impugne»* (sentencia CSJ SL, 7 jul. 2009, rad. 40823, que reiteró lo expuesto en decisión del 29 de junio de 1999).

En tal sentido, al no haberse propiciado un segundo nivel, ello limita la competencia de esta Corte, por razón de que el Tribunal no tuvo posibilidad de resolver los reproches que ahora se endilgan, regla técnica que ha sido denominada *«Limitaciones del recurso de casación por razón de las posibilidades del juez de segunda instancia»*, que esta Corporación ha explicado de la siguiente manera:

La regla de técnica denominada Limitaciones del recurso de casación por razón de las posibilidades del juez de segunda instancia, formulada en la sentencia CSJ SL, 28 may. 1956, GJ LXXV, Nos 2181-2182, pág. 265-268, y luego, entre otras, en las providencias CSJ SL, 23 abr. 1985, rad. 10977; 28 feb. 2008, rad. 29224; y la del 30 sep. 2008, rad. 32618, e íntimamente relacionado con el del interés para recurrir en casación, indica que el petitum de la demanda de casación no debe incluir pretensiones a las cuales se renunció en forma expresa o tácita.

El artículo 57 de la Ley 2 de 1984, impone a quien interponga el recurso de apelación, la carga procesal de sustentar y precisar el alcance del mismo, abordando los temas sobre los cuales pretende que la providencia de primera instancia sea revocada, modificada o adicionada, de tal manera que el Tribunal no pueda enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso. Esta limitación se complementa con lo estatuido en el artículo 66A del

CPT y SS, adicionado por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, en conjunto con la sentencias CC C-968/03 y C-70/10, que le exige al Tribunal en sus providencias estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación, en el entendido de que estas incluyen siempre los derechos laborales mínimos irrenunciables del trabajador. La regla implica no solo la demarcación de la competencia del Tribunal a los motivos de desacuerdo del recurrente respecto a la sentencia de primera instancia, sino además afecta el interés jurídico para recurrir en casación.

En suma, la premisa de extemporaneidad del recurso de apelación a la que arribó el Tribunal al definir la instancia, era la que, primero que todo, debió desquiciar la censura, pero al ignorarla completamente, abre el paso para descartar la estimación de los cargos, y por contera, será condenada ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. en costas de este recurso extraordinario. Se fijan las agencias en derecho en la suma de siete millones quinientos mil pesos (\$7.500.000.00), en favor de la parte demandante, que se incluirán en la liquidación que se practique conforme a lo dispuesto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Compañía de Seguros Bolívar S.A.

X. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que se case la sentencia recurrida y, en sede de instancia, se revoque la de primer grado.

Con tal propósito formuló tres cargos por la causal primera de casación, y frente al primero presentó dos subsidiarios, los cuales fueron objeto de réplica por ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. y la accionante, los cuales, serán resueltos en el orden propuesto.

XI. CARGO PRIMERO

Reprochó el fallo del Tribunal por *«violación directa de la ley sustancial consistente en la infracción directa de los artículos 1502 del Código Civil y 1045 del Código de Comercio»*.

Para demostrar el cargo, explicó que el seguro previsional *«[...] es un contrato que tiene como objeto amparar el riesgo de que al momento en que surge un derecho pensional no exista el capital suficiente para cubrir la pensión»*; que este, como todo negocio jurídico, requiere para su existencia del cumplimiento de los requisitos generales que el artículo 1502 del Código Civil tiene previstos, así como de los esenciales contemplados en el precepto 1045 del Código de Comercio, que hacen que *«[...] el acuerdo de voluntades sea un seguro»*, que son: i) el interés asegurable, ii) el riesgo asegurable, iii) la prima o precio de seguro y iv) la obligación condicional del asegurador, sin uno de los cuales, el contrato no produciría efectos.

Bajo ese contexto, indicó que el causante no se afilió en forma efectiva a la AFP Santander S.A, dado que la solicitud de vinculación fue entregada a una persona jurídica distinta al fondo de pensiones, por lo que este *«jamás pudo haber contratado póliza de seguros para cubrir la cuenta del señor Castellanos y por ende nunca pudo haber habido respecto de él, consentimiento para asegurarlo, interés asegurable, riesgo asegurable y prima»*, dicho de otra manera, *«[...] el contrato de seguro nunca existió»*, pues entre ella y la AFP *«resultaba física y jurídicamente imposible que hubieran coincidido las*

voluntades de amparar el riesgo de pensión del señor Jesús Castellanos». Argumentó entonces que era necesario analizar separadamente la responsabilidad de la AFP y la validez de las cotizaciones, de los requisitos propios para poder concluir que existe un seguro.

XII. CARGO PRIMERO SUBSIDIARIO

Acusó, por el sendero indirecto, la «[...] infracción de los artículos 1502 del Código Civil y 1045 del Código de Comercio, por apreciación errónea de la póliza».

Arguyó que, de considerarse que no existió la transgresión jurídica alegada, denunció que el Tribunal «[...] dio por probada la existencia de un contrato de seguro que, en la práctica no existe, por ausencia absoluta de consentimiento de ambas partes», puesto que «[...] el hecho de que se allegue el texto de una póliza global que tiene contratada la AFP con Seguros Bolívar no significa que cualquier persona que afirme estar afiliada a ese fondo, queda cubierta por la póliza». Aseveró que este «seguro de grupo», que cubre «[...] tantos riesgos como afiliados existen en fondo», requiere que el afiliado quede cobijado a través de su incorporación a la AFP, y que la aseguradora lo acepte, pues hecho esto se celebra un acuerdo para cobijar ese nuevo riesgo, y por contera nace la obligación de cancelar la prima respectiva.

XIII. CARGO SEGUNDO SUBSIDIARIO

Le endosó al Tribunal la violación, por la senda directa, de los artículos 1072, 1054 y 1055 del Código de Comercio. Dijo que, de colegirse la existencia de un contrato de seguro, debía tenerse en cuenta que los artículos 57 y siguientes de la referida codificación, estipulan que es válida la vinculación al proceso de la llamada en garantía, *«[...] figura procesal que difiere de la solidaridad»*, pues aquella tiene razón en que *«le asiste una obligación legal o contractual de pagarle al demandado total o parcialmente las sumas por las cuales sea condenado este último»*.

Resaltó lo anterior la compañía recurrente, por cuanto, dijo, el contrato suscrito con la AFP no contempla su responsabilidad automática *«[...] en todos los eventos del surgimiento de la pensión»*, toda vez que dicho seguro no es universal ni absoluto, sino que exige la verificación de los siguientes presupuestos: *«(i) que el derecho a la pensión realmente exista y (ii) que de conformidad con las cláusulas del contrato de seguro y las normas del Código de Comercio se haya configurado el siniestro amparado por la póliza»*, ninguno de los cuales se satisfizo, pues (i) no se causó el derecho a la pensión por falta de afiliación y tampoco se cumplieron las semanas requeridas legalmente y, (ii) el siniestro no ocurrió dado que la póliza *«[...] es inexistente para este afiliado»*, además de que aplica para prestaciones reconocidas en la Ley 100 de 1993, que no es el caso, dado que el Tribunal se basó en la jurisprudencia.

Además, continuó, la sentencia reconoce que el siniestro fue provocado por el Fondo de Pensiones y en consecuencia el evento está excluido de la cobertura, «[...] *por ser un hecho meramente potestativo del tomador, que no constituye riesgo*», que según el artículo 1054 del Código de Comercio, no es asegurable, de ahí que la negligencia de la AFP no se le puede hacer extensiva.

XIV. RÉPLICA COMÚN

ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.

Anotó que no le asiste razón a la aseguradora recurrente al decir que no está obligada a pagar la suma adicional a la que fue condenada en las instancias, dado que ello no es necesario probarlo, sino que se prevé por ministerio de la ley.

Demandante.

Se refirió a este cargo, en los mismos términos que utilizó para responder la demanda de casación presentada por ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., en lo que no tiene que ver con el interés jurídico que allá formuló.

XV. CONSIDERACIONES

En varias decisiones, esta Corte ha precisado que los contratos entre las administradoras de fondos de pensiones y cesantías y las compañías aseguradoras, con sujeción a la

Ley 100 de 1993, «*son verdaderos seguros previsionales propios de la seguridad social y no de naturaleza comercial*». Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias CSJ SL, 21 nov. 2007, rad. 31214, CSJ SL, 15 oct. 2008, rad. 30519, CSJ SL, 10 ago. 2010, rad. 36470 y CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839. Lo precisado, revela una disfunción técnica que consignan los cargos presentados, tanto principales como subsidiarios, y que no puede ignorarse debido a su trascendencia.

Esa deficiencia atañe a la falta de denuncia de alguna norma laboral de carácter sustancial, pues el ataque se sustrae a la violación de los artículos 1502 del CC, y 1045, 1054, 1055 y 1072 del Código de Comercio, que se esgrimieron para elaborar un argumento tendiente a demostrar la inexistencia de un seguro para cubrir la pensión de sobrevivientes concedida por vía judicial (CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839).

Además, en un cargo enfilado por vía jurídica, no se pueden abordar las inferencias fácticas del Tribunal, que es lo que impropia mente hace la censura, al basar parte de su reproche en la inexistencia de la afiliación del causante, supuesto que halló probado aquel juzgador y que no puede acometerse, se insiste, porque este sendero es de puro derecho.

Con todo, desde lo jurídico y partiendo de la existencia del contrato comercial y que lo que se critica, desde el punto de vista jurídico, es su inaplicabilidad al caso del señor Jesús Eduardo Castellanos, conviene memorar, en gracia de la

discusión, que esta Sala de la Corte ha sostenido que ante los reconocimientos de prestaciones periódicas que se le impongan a una AFP, a la compañía aseguradora se le *extienden* sus efectos en calidad de garante, **por ministerio de la ley**, de suerte que tal cobertura es automática y, en esa medida, tiene la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie, como en este asunto, la pensión de sobrevivientes concedida por vía judicial. Frente al tema, es útil y reciente la sentencia CSJ SL6558-2017, que iteró:

*Para dar respuesta a los argumentos esgrimidos por el replicante respecto al llamamiento en garantía de la Compañía de Seguros Bolívar S.A., se debe indicar que, el numeral 1.º del artículo 77 de la Ley 100/1993, relativo a la pensión de sobrevivientes de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad, establece que cuando dicha prestación se origina en la muerte de un afiliado, contribuirán a la financiación de la misma «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**». (Resaltado fuera del texto original).*

De otra parte, se debe indicar que el artículo 108 ibidem, preceptúa que las AFP deberán contratar seguros previsionales «colectivos y de participación» para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia.

Lo anterior, con la finalidad de garantizar el capital necesario en la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado y, en especial, frente a la eventualidad de que lo que esté en ella acumulado, resulte insuficiente para completar el monto de la pensión respectiva, caso en el cual le corresponderá acudir a la aseguradora en «la suma adicional que se necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión», tal como lo consagra el artículo 77 citado.

Por tanto, resulta obligatoria la contratación de ese tipo de seguros en el sistema de ahorro individual, porque a diferencia de lo que sucede en el régimen de prima media con prestación definida - donde los recursos ingresan a un fondo común-, la cuenta de cada afiliado está conformada por los aportes efectuados por éste y sus rendimientos, de ahí que cuando éstos resultan insuficientes para

financiar la prestación, el faltante será provisto por la compañía aseguradora con la que se haya contratado el seguro.

*Así las cosas, resulta claro que tal cobertura es automática, pues si se condena a la AFP al pago de la prestación periódica, a la Aseguradora, **por ministerio de la Ley**, se le extienden sus efectos en calidad de garante y, por tanto, tendrá la obligación de cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes (resaltado es original).*

Esta Sala de la Corte, ya tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre el tema que ahora se debate, en sentencia CSJ SL, 2 oct. 2007, rad. 30252 -reiterada en las recientes sentencias SL5429-2014 y SL6094-2015-, en la que se adocrinó:

Por lo visto, no prospera la acusación.

XVI. CARGO SEGUNDO

Por la vía directa, acusó la aplicación indebida de las siguientes disposiciones:

[...] inciso 3º del artículo 5º del Decreto Número 3995 del 16 de octubre de 2008, consecuentemente la infracción indirecta de los artículos 14 del Decreto 692 de 1994 modificado por el artículo del Decreto 1161 de 1994, 11, 17 y 37 del Decreto 692 de 1994, 10 del Decreto 1161 de 1994 y de la Circular 058 de 1998 de la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera.

Resaltó que no podía aplicarse el inciso 3º del artículo 5 del Decreto 3995 de 2008 a una situación que ocurrió en el año 2001 y, siendo que este es un decreto que regula casos de multivinculación, ello supone una afiliación que aquí no sucedió, para lo cual retoma los argumentos ya reseñados, y añade que la norma solo es pertinente «[...] en aquellos eventos en los que se realizan cotizaciones sin previa afiliación al sistema», lo que no pasó en este asunto en el que el causante se afilió previamente al ISS, por lo que explicó que una cosa es dicho acto, y otra la vinculación, a más de que

el artículo 10 del Decreto 1161 de 1994, *«[...] en ningún momento valida la vinculación a la AFP que recibe cotizaciones»*, sino que la obliga a consignar estos aportes en una cuenta especial de no vinculados, todo lo cual fue una temática que no tocó el Tribunal en su fallo por cuanto *«[...] no había sido objetado por la AFP Santander demandada»*, pese a que ella, como parte del proceso en calidad de llamada en garantía, sí lo apeló pues *«[...] tiene no solo interés sino también tenía plenas facultades para alegar la no afiliación y la inaplicación del decreto»*.

De otro lado, dijo que el artículo 37 del Decreto 692 de 1994, al regular la compensación de aportes entre las entidades administradoras, señaló que debió seleccionarse una de ellas, que en este caso fue el ISS y no la AFP Santander, pues insistió que esta no recibió el formulario correspondiente, y en tal sentido, quien debe asumir el reconocimiento pensional es la primera.

XVII. RÉPLICA COMÚN

ING Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.

Compartió el criterio según el cual, la pensión debe ser reconocida por el ISS dado que al caso no era aplicable una norma promulgada en el 2008, además porque el causante nunca fue su afiliado, luego los aportes que este realizó no son válidos. Además, si el formulario no se diligenció en

forma efectiva, el señor Castellanos nunca perdió la calidad de afiliado en el Régimen de Prima Media.

Demandante.

Se reitera lo indicado en la réplica inherente al cargo anterior.

XVIII. CONSIDERACIONES

Al resolver la apelación propuesta por la compañía aseguradora y ahora recurrente, el Tribunal consideró que la descartaba «[...] porque a quien corresponde debatir lo correspondiente a la afiliación o no del causante de la pensión de sobrevivientes es a la AFP Santander [...]», y como se entendía que esta no apeló (por la extemporaneidad antes dicha), tal aspecto quedaba incólume; sin embargo, pese a lo anterior no halló talanquera para abordar la problemática de la responsabilidad pensional por mora patronal y omisión en el cobro de los aportes al SGP por parte de la entidad administradora de pensiones, razón por la cual, a no dudarlo, el Juez Plural incurrió en una falacia argumentativa, dado que es lógicamente contradictorio abstenerse de analizar una temática bajo un motivo que, además de no ser debidamente sustentado, en todo caso no tuvo la misma eficacia para emprender la resolución de otra problemática, propuestas ambas por quien consideró que carecía de interés para recurrir en apelación.

En esa medida, le asiste razón a la censura al aducir que el Juez Colegiado, con argumentos que no tienen asidero

jurídico, vació el interés que le asistía de cuestionar la inferencia hallada por el *a quo* respecto de la afiliación del causante a la entonces AFP Santander S.A.

Y así lo es, pues esta Sala ha señalado que la condena contra quien es llamado en garantía, debe partir, por regla general y salvo algunas excepciones, de la impuesta al demandado principal, que en este asunto se trata de la referida AFP, que fue condenada al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes. De tal forma, el interés jurídico en la apelación de la compañía aseguradora, se contraía a la parte de la providencia que le fue adversa, que para el caso tuvo que ver con *«cubrir la suma adicional, que agregada a la acumulada en la cuenta de ahorro individual por aportes obligatorios y de eventuales bonos pensionales tenga la administradora de pensiones SANTANDER S.A. a favor del causante JESÚS CASTELLANOS (Q.E.P.D) y que garantizarán el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de su señora madre señora TRÁNSITO CÁRDENAS VEGA»* (Destaca la Corte). Luego, pleno interés le asistía de discutir los aspectos que originaron esa condena.

Sobre este tema, en sentencia CSJ SL471-2013, la Corte tuvo oportunidad de puntualizar lo siguiente:

Es lógico que el llamado en garantía sea convocado a la jurisdicción en la que se tramite el proceso donde se discuten unas pretensiones por las que eventualmente tiene que salir a responder, como sucede en este asunto donde se reclaman unos créditos laborales, donde, en principio, el beneficiario de la prestación del servicio o de unas obras realizadas está obligado a responder solidariamente por disposición legal, de las deudas laborales del contratista independiente con quien celebró un “contrato de Construcción de Redes Internas para Gas”, en virtud del cual la empresa recurrente, como compañía de seguros, expidió

*previamente una póliza de seguros de cumplimiento, en la que figura como tomador el contratista COLCIREDES LTDA. y como asegurada la sociedad GASES DE OCCIDENTE S.A. E.S.P. para garantizarle a ésta los desembolsos que eventualmente tenga que hacer, en este evento por disposición de la sentencia que ponga fin a la controversia. Esto por cuanto que sería la única forma en que el llamado en garantía podría oponerse ante un tercero que reclama al tomador de la póliza y al asegurado unos créditos laborales derivados de una relación laboral que tuvo origen en el contrato de obra que estos celebraron, **toda vez que sería precisamente en el proceso laboral donde podría proponer todas las excepciones de que hicieran uso el contratista independiente y el contratante solidario; ello sin descontar las propias que se refieran a que no está obligado a responder por una cualquiera de las vicisitudes que se puedan presentar en torno al contrato de seguros por el cual es convocado a responder.***

*En este sentido se encuentra que el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión, al trámite procesal laboral, que regula lo concerniente al llamamiento en garantía, prevé que esta citación procesal se sujetara a lo dispuesto en las dos normas que le preceden, de donde se desprende que en aplicación armónica de estas disposiciones **el llamado en garantía tiene las mismas facultades de quien pide su comparecencia al proceso, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 56 de esa obra. Es cierto entonces que es en el proceso donde es citado que, el llamado en garantía, tiene a plenitud la potestad de ejercer sus derechos de contradicción y defensa.** (Resaltado no es original).*

Y en sentencia CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839, al resolver un asunto similar al debatido, en el que el llamado en garantía, como único recurrente, reprochó la condena que se le impuso al demandado principal por cuanto consideraba que, al efectuarse pagos de aportes de manera extemporánea, quien debía responder era el empleador, la Corte emprendió el estudio de ese cuestionamiento, una vez consideró que:

Esta Sala de la Corte tiene precisado que la condena contra quien es llamado en garantía debe partir por lo general, salvo algunas excepciones, de la condena impuesta al demandado principal. Así se ha expuesto entre otros fallos, en el del 15 de mayo de 2007, con Radicado 28246 en el que se dijo:

“La entidad llamada en garantía es parte circunstancial al proceso al que se le convoque; las relaciones jurídicas que cuentan para

cuando se pretende declaración de existencia del derecho a una remuneración por un contrato de mandato, y la responsabilidad principal de su pago son las habidas entre el mandante y el mandatario.

“La responsabilidad de la convocada al proceso como llamada en garantía no es autónoma frente a quien no tiene ningún vínculo contractual; es una relación derivada de la que se ha constituido por las relaciones contractuales (...), bajo el supuesto ineludible de la existencia de una obligación entre quien es la garantizada, la entidad demanda, y el actor.

“Así, por tanto, la absolución de la llamante en garantía arrastra la de la llamada en garantía”.

Como la única recurrente en casación es la Compañía de Seguros llamada en garantía, su interés jurídico se contrae a la parte de la sentencia que le fue adversa. Al punto hay que recordar que el Tribunal confirmó la de primer grado que condenó a COLFONDOS S. A. a pagar la pensión por invalidez y a la compañía de Seguros, recurrente, a “responder en los términos y condiciones del contrato de seguro”.

No obstante, aunque el cargo resulta fundado en este aspecto, no por ello resultará próspero, pues al constituirse la Corte en sede de instancia, se ratificaría, igual que el Tribunal, la condena de primer grado, pero por los siguientes motivos:

Para que el Juzgado declarara que fue la AFP Santander S.A. la última entidad a la que se encontraba afiliado el causante, fue predominante que la compañía efectuara aportes dirigidos a esa entidad, tal como lo observó de los formularios de autoliquidación de aportes que observó a folios 101 y siguientes, y sobre lo cual, destacó, no había prueba que informara que tales pagos se hubieran rechazado o trasladado a otra administradora de pensiones.

Desde esa premisa fáctica, y una vez reprodujo el artículo 5º del Decreto 3995 de 2008, coligó que, al margen de la vicisitud ocurrida con el formulario de afiliación, dado

que el que militaba en el plenario no fue recibido por la administradora de pensiones, sino por el Banco Santander, lo cierto era que:

[...] al no haber constancia de pago de cotizaciones entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007 y habiendo recibido la demandada la última cotización, es decir la realizada por el empleador en folios 101 y 102, se entiende que el señor Jesús Eduardo Castellanos se encontraba vinculado a (sic) Fondo de Pensiones y Cesantías Santander [...].

La compañía aseguradora aceptó que tales pagos sí se efectuaron, solo que extemporáneamente, dado que la cotización que correspondió al mes de abril de 2001, que fue el período hallado por el Juzgado como cancelado, en realidad *«[...] no fue efectiva, al haber sido cancelada el 1º de septiembre de 2001 (conforme obra en el sello de recibido del banco donde se realizó dicho pago, consignado en el formulario que obra en el expediente), esto es, más de un mes después del fallecimiento del afiliado»*, por lo que, en su criterio, no es cierto que se haya hecho alguna cotización.

Además de lo anterior, la parte demandada reprocha que el formulario de afiliación se presentó ante un ente diferente a la AFP y, además, que se aplicó una norma que no estaba vigente al momento en que ocurrió la contingencia.

Pues bien, sobre la posibilidad jurídica de darle o no validez a la afiliación a una administradora del Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta que se hayan realizado o no cotizaciones efectivas, y en general sobre el enfoque que debe prestarse cuando se discute la materialización del acto jurídico de afiliación a una entidad de la referida estirpe, recientemente la Corte, en sentencia

CSJ SL413-2018, precisó su doctrina bajo el prisma de la primacía que, sobre las formalidades previstas en la ley, debe imprimir la realidad material en las relaciones jurídicas laborales y de seguridad social en las que un trabajador despliega su voluntad, la cual no debe vaciarse por meros formalismos.

Así lo explicó esta Corporación:

En los términos descritos en la impugnación, le corresponde a la Sala dilucidar si la afiliación a una administradora del sistema general de pensiones se perfecciona con el simple diligenciamiento, firma y tramitación del formulario de vinculación, o si, por el contrario, ese acto además requiere de las cotizaciones que permitan concretar la voluntad del afiliado.

Frente a este tópico, a partir de la sentencia SL 42787, 13 mar. 2013 esta Sala de la Corte fijó la regla según la cual el simple diligenciamiento del formulario de vinculación produce el efecto de la afiliación o traslado de régimen o entidad administradora, así no existan cotizaciones al sistema. Para una mejor ilustración, en aquella sentencia, se expuso:

“1.- La jurisprudencia tradicional de la Corte ha entendido que tanto en el caso del régimen de prima media, como en el de ahorro individual, para que la afiliación tenga validez, y surta plenos efectos, es menester que vaya acompañada de al menos una cotización, pues de lo contrario el acto jurídico de la afiliación no pasa de ser una mera formalidad y debe ser asimilado a una falta de afiliación.

“En sentencia de 9 de marzo de 2004, rad. N° 21541, en un proceso contra el Instituto de Seguros Sociales precisó la Corporación:

‘Debemos indicar que si bien es cierto en el año de 1971 la demandada inscribió al trabajador al seguro social se trató de un acto simplemente formal, en cuanto no estuvo acompañado de cotización alguna, lo cual se ha de asimilar a una falta de afiliación; así se ha de entender que el actor sólo (sic) fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en 1997, para cuando se hizo una inscripción acompañada de cotizaciones’.

“En sentencia de 18 de mayo de 2006, rad. N° 26692, se reiteró dicho criterio en los siguientes términos:

‘Aunque la afiliación determina la inclusión del trabajador en el sistema, para el caso al régimen de ahorro individual, la misma no se hace efectiva mientras no se cumpla el deber de cotizar...’.

“Más tarde en sentencia de 14 de septiembre de 2010, rad. N.º 33137, volvió a invocar dicha postura y asentó textualmente:

‘Se ha precisado por la Sala, que la afiliación determina la inclusión del trabajador al sistema para el caso del régimen de ahorro individual y que la misma no se hace efectiva mientras no se cumpla con el deber de cotizar’.

“No obstante lo anterior, en los últimos tiempos, la Corporación ha dado pasos hacia la morigeración de esta tesis, y es así como en sentencia de 17 de julio de 2012, rad. N.º 44242, se le dio validez a la afiliación y se concedió la pensión de invalidez, estructurada un mes y once días después de iniciada la relación laboral y surtida la afiliación, sin que se hubiera efectuado pago alguno, pues este se hizo en forma extemporánea; y en sentencia de 20 de junio de 2012, rad. N.º 34132, se les dio validez a sendas afiliaciones realizadas por los dos últimos empleadores del pensionado que con las respectivas cotizaciones impagadas pretendía el reajuste de su pensión de jubilación.

“Esta situación ha llevado a la Corte a un replanteamiento del tema, en el sentido de considerar que la afiliación al sistema general de pensiones una vez realizada por el empleador, si la ha hecho con el lleno de los requisitos de ley, produce plenos efectos, sin que se tenga como exigencia adicional para su validez, que vaya acompañada de cotizaciones.

“Y eso es así porque de conformidad con las normas que han regulado los efectos de la afiliación al sistema general de pensiones, este acto jurídico produce efectos desde cuando se entrega debidamente diligenciado el correspondiente formulario. Así lo preveía el artículo 14 del Decreto 692 de 1994, modificado por el artículo 1º del Decreto 1161 de 1994; y luego el artículo 46 del Decreto 326 de 1996 que derogó el anterior, vigente para la época en que la causante fue afiliada al Instituto por la empresa Lavaséptica Ltda., que a la letra decía:

‘El ingreso de un afiliado cotizante tendrá efectos para la entidad administradora, desde el día en el cual ésta reciba el correspondiente formulario...’.

“Posteriormente el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999 que derogó el Decreto 326 de 1996, prevé:

‘Efectividad de la afiliación. El ingreso de un aportante o de un afiliado, tendrá efectos para la entidad administradora que haga parte del Sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a esta, debidamente diligenciado, el formulario de afiliación. Mientras no se entregue el formulario a la administradora, el empleador asumirá los riesgos correspondientes’.

“Ahora bien, las normas que regulan la afiliación a la seguridad social en pensiones brindan los mecanismos a las administradoras, para cuestionar ese acto si encuentran alguna

irregularidad, como lo contempla el artículo 12 del Decreto 692 de 1994, que dice:

‘Art. 12.- Confirmación de la vinculación. Cuando la vinculación no cumpla los requisitos mínimos establecidos, las administradoras deberán comunicarlo al solicitante y al respectivo empleador dentro del mes siguiente a la fecha de solicitud de vinculación.

Si dentro del mes siguiente a la solicitud de vinculación, la respectiva administradora no ha efectuado la comunicación prevista en el inciso anterior, se entenderá que se ha producido dicha vinculación por haberse verificado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos para el efecto’.

“Por lo tanto, si la administradora una vez surtida la afiliación guarda silencio y no formula ningún reparo en los términos de la norma precedente, hay que entender que produce plenos efectos.

“La consecuencia es que, ante una afiliación válida y aceptada por la administradora, se activan para ella todas las obligaciones que la ley prevé, entre las cuales está el deber de cobro de las cotizaciones en mora, estipulado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

“[...] En los términos anteriores se corrige el criterio sobre la validez de la afiliación a la seguridad social en pensiones, cuando no va acompañada de cotizaciones.

Una nueva comprensión del asunto lleva a la Corte, en esta oportunidad, a precisar el criterio doctrinal esbozado en el sentido que, no en todos los casos, es dable deducir la afiliación o traslado con el simple diligenciamiento, firma y entrega del formulario de afiliación.

En tal dirección, cabe recordar que el derecho laboral y la seguridad social son instituciones cuyo eje central es la protección de la persona del trabajador y, en el caso de la última de las disciplinas, la garantía de «los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten» (art. 1 L. 100/1993). Debido a esta fuerte conexión que existe entre el respeto a autonomía moral y la dignidad humana, y la garantía de las prestaciones que el sistema consagra, el derecho social es un derecho que se edifica sobre realidades y verdades.

Este planteo implica que el principio de la primacía de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Carta Política, tradicionalmente comprendido en el contexto del contrato de trabajo, también permea las actuaciones de los ciudadanos al interior de los sistemas de protección social.

De esta forma, la jurisprudencia de la Sala en distintas ocasiones ha dado preeminencia a la intención real del trabajador o afiliado en asuntos relativos al derecho de la seguridad social por encima de las formalidades. Así, por ejemplo, en punto al disfrute de la

pensión de vejez, ha sostenido que si bien la regla general es la desafiliación formal del régimen, en determinados casos es dable derivar la intención del afiliado a partir del cese definitivo de las cotizaciones al sistema (SL5603-2016; SL9036-2017; SL15559-2017; SL11005-2017; SL11895-2017); también frente a la figura de la “aceptación tácita de la afiliación”, consistente en que, cuando hay silencio de la administradora de pensiones con relación a las posibles deficiencias de la afiliación o vinculación y, al tiempo, esta recibe el pago de aportes por un período significativo, se da una manifestación implícita de voluntad del afiliado, que lleva a que no pueda perderse el derecho a la pensión, a pesar de la falta de diligenciamiento del formulario (SL 40531, 19 jul. 2011; SL14263-2015).

Como puede advertirse, en estas hipótesis se le ha dado un lugar preeminente a la realización de cotizaciones (afiliación tácita) o al cese de ellas (desafiliación tácita) como un claro reflejo de la intención del trabajador, más allá de la existencia del acto formal del diligenciamiento y entrega del formulario de vinculación o reporte de retiro.

Por esta misma razón, en casos como el presente, donde se discute la materialización del acto jurídico de la afiliación o traslado, es relevante tener en cuenta los aportes al sistema, no como un requisito ad substantiam actus de la afiliación, como lo sostuvo el Tribunal, sino como una señal nítida de la voluntad del trabajador cuando existen dudas razonables sobre su genuino deseo de cambiarse de régimen.

Desde luego que, para la tesis que ahora sostiene la Sala, la presencia o no de cotizaciones consistente con el formato de vinculación no es la única expresión de esa voluntad, pueden existir otras, tales como las solicitudes de información de saldos, actualización de datos, asignación y cambio de claves, por mencionar algunos actos de relacionamiento con la entidad que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer a ella. Lo importante es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo tal que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer a un régimen pensional determinado.

Por último, y para dar respuesta a la alegación del recurrente según el cual los jueces se encuentran en permanente rebeldía con el mandato previsto en el artículo 230 de la Constitución, cumple anotar que la doctrina de la Sala de ninguna manera conlleva a la insubsistencia de la legislación que regula el acto jurídico de la afiliación que, como se sabe, es formal y reglado. La afiliación -concretada mediante el diligenciamiento, firma y entrega del formulario- es un requisito legal vigente de acceso a las prestaciones del Sistema General de Pensiones. Ocurre, sin embargo, que hay eventos debatibles que presentan ciertas oscuridades que deben ser clarificadas mediante la aplicación del

principio de la realidad sobre las formas y la interpretación actualizada de las normas jurídicas conforme a los parámetros constitucionales, lo cual, desde luego, no es un desafuero de la justicia sino una expresión de su deber de «garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución» (art. 2 CP). (Negrillas no son originales).

En este asunto, la manifestación de trasladarse de régimen por parte del causante, esto es del ISS a la AFP Santander, surge diáfana en la solicitud de vinculación a esa entidad que suscribió junto a su empleador, según se ve del folio 20 del expediente, sin que la eventual equivocación en la que este último pudo incurrir al presentarlo en una entidad distinta, tenga la virtualidad de desdibujar ese claro propósito del trabajador, pues pensarlo así, sería tanto como extenderle sin justificación alguna esa negligencia, y con ello derruir su genuina intención de trasladarse de régimen.

Se aúna a lo anterior, el hecho de que no es cierto que los pagos realizados por la empresa empleadora fuesen con posterioridad al fallecimiento de Castellano Cárdenas -14 de julio de 2001-, ni que haya sido únicamente el período de abril de ese año el exclusivamente cancelado, como lo coligió el sentenciador primigenio, puesto que se aprecia que el 20 de marzo de 2001 se sufragó el período de cotización de ese mes (f.º 103 y 104) y el 9 de julio, el de junio del mismo año (f.º 107 y 108).

En esas condiciones, al margen de que el *a quo* haya aplicado una norma que no se encontraba vigente, sus reflexiones concuerdan con el nuevo criterio de la Corte, dado que aparece acreditada la correspondencia entre lo firmado por el trabajador y las acciones tomadas con posterioridad

por su empleador, por lo que era dable concluir que el causante estaba afiliado a la AFP Santander S.A.

De conformidad con lo expuesto, aunque el cargo es fundado, no resulta próspero.

XIX. CARGO TERCERO

A través de la vía del puro derecho, denunció la interpretación errónea del artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que la AFP no podía realizar un cobro de aportes en mora a la empresa empleadora, respecto de una persona que no se encontraba afiliada. Además, la compañía aseguradora no tiene facultad de cobro, por no tener calidad de administradora del SGSS, y por ello no se le podía extender la obligación impuesta, según lo argumentó en el primer cargo.

Con todo, consideró que el alcance que se le brindó a la norma acusada no era el que ella dimanaba, pues el Tribunal dijo que al haber incurrido la AFP en *«[...] una supuesta mora en el cobro de aportes, quedó obligado automáticamente al pago de la pensión»*, sanción que no contempla esa prerrogativa, y por ello se configura el error pues, en materia sancionatoria, el juez no puede imponer castigos cuando no están previa y legalmente establecidos, a más de que la pensión se causa con el cumplimiento de las cotizaciones exigidas, y no porque estas se hayan omitido cobrar.

Agregó que, inclusive, si se analizara el caso desde *«[...] la óptica exclusiva de la responsabilidad»*, tampoco se dan los

elementos para su declaratoria, pues no hay culpa del fondo de pensiones, y «[...] estamos ante un típico evento del hecho de un tercero –el empleador–».

Por último, dijo que de admitirse la tesis del Tribunal, sería tanto como generar «una cultura del no pago de los empleadores, quienes podrían no pagar los aportes, con la seguridad absoluta de quedar indemnes por esta conducta y además atenta contra el principio de sostenibilidad financiera», pues en ese escenario le corresponde a la administradora cubrir las pensiones con sus propios recursos, por lo que resulta injusto condenar a la AFP, cuando el moroso, negligente y quien cometió una conducta malintencionada fue el patrono.

XX. CONSIDERACIONES

La confrontación fáctica respecto de la afiliación del causante a la entonces AFP Santander S.A., no es factible abordarla por la vía escogida, pues sabido es que, si se plantea una discusión jurídica, deben asumirse plenamente las inferencias fácticas halladas por el Tribunal.

Precisado lo anterior, hay que decir que ese Juez Plural, refrendó con su silencio la premisa del *a quo* conforme a la cual, de 191 días laborados por el trabajador fallecido, arrojaba un total de 27 semanas, que eran suficientes para causar el derecho a la pensión de sobrevivientes, según lo previsto en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993. En efecto, la Colegiatura concentró su análisis en determinar si ese tiempo laborado valía para cumplir el número de semanas

exigidas legalmente, pese a que el empleador cometió mora en el pago de aportes en pensiones, y resuelto esto, determinar en quien pesaba la responsabilidad del reconocimiento pensional.

De tal suerte, dada la vía escogida, la primera inferencia fáctica reposa indiscutida, así como que el empleador incurrió en mora en el pago de aportes, restando por resolver, de consiguiente, si existió o no un yerro jurídico en atribuirle el reconocimiento pensional a la AFP, luego de considerar que recaía en ella la obligación de cobro de aportes, la cual incumplió y en esa medida debía asumir la obligación de reconocer la prestación pensional.

El Tribunal no pudo cometer el yerro que se le achaca, pues su criterio se ajusta al que desde hace tiempo viene sosteniendo la Corte, respecto de la obligación que tienen las entidades administradoras del SGP, de realizar las gestiones de cobro de los aportes que omiten realizar los empleadores, deber aquel que, de ser soslayado, acarrea la responsabilidad de pago de la prestación a la que haya lugar, en tanto «[...] la desidia de unos y otros no puede afectar los derechos de los afiliados o sus beneficiarios». Así quedó reiterado en la sentencia CSJ SL17488 – 2017, que frente al particular explicó:

En lo que corresponde al segundo tema puesto a consideración de esta Sala, es pertinente comenzar por precisarle al recurrente, que la obligación de las administradoras de pensiones en las gestiones de cobro ante la mora en el pago de los aportes al sistema, no se concibió en la sentencia CSJ SL, 34270 de 22 de julio de 2008, pues como se sabe, fue prevista por el legislador a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 y, concretamente para el ISS, desde mucho antes, tal y como se estableció en el Decreto 2665 de 1988 que consagró el Reglamento General de Sanciones,

Cobranzas y Procedimiento del Instituto de Seguros Sociales, de modo que para eximirse de la responsabilidad que le corresponde, mal puede ahora argumentar que estaba en la imposibilidad jurídica de cumplir con sus obligaciones, porque desconocía dicha orientación jurisprudencial que, por demás, es anterior a la sentencia que confuta.

Ahora, ha de tenerse en cuenta que esta Corporación en desarrollo de la función que la Constitución y la ley le otorgaron para unificar la jurisprudencia y garantizar derechos constitucionales (art. 16 de la Ley 270/1996) y legales, está en el deber de armonizar las disposiciones que aparentemente pueden presentar dicotomías, con el fin de hacer prevalecer los objetivos que el constituyente o el legislador han previsto en favor de los ciudadanos, máxime cuando se trata de asuntos concernientes al derecho irrenunciable de la seguridad social; luego, su doctrina es en esencia dinámica para responder a principios y valores de rango superior.

Es por ello que de tiempo atrás ha venido sosteniendo que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los obligados al pago de aportes al sistema, de suerte que, de omitir esa obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, en la medida en que la desidia de unos y otros no puede afectar los derechos de los afiliados o sus beneficiarios.

Dicha postura ha sido reiterada por la Sala de forma constante, entre otras, en las sentencias CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL 6469-2016, CSJ SL 16814-2015, CSJ SL 8082-2015, CSJ SL 4818-2015, CSJ SL 15718-2015 y CSJ SL 5429-2014, CSJ SL907-2013, CSJ SL, 6 feb. 2013, rad. 45173 y CSJ SL15980-2016.

No es victorioso el cargo.

El presente recurso extraordinario no causó costas, comoquiera que fue parcialmente fundado, aunque no próspero.

XXI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal

Superior de Bogotá el treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011), en el proceso ordinario adelantado por **TRÁNSITO CÁRDENAS VEGA** contra **ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** antes **SANTANDER S.A.**, y **ECOINSA S.A.**, trámite en el que se vinculó al **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, hoy **COLPENSIONES**, y se llamó en garantía a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A.**

Costas como se indicó en la parte motiva.

Notifíquese, publíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA
Salva Voto

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ