

República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 2

CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO

Magistrado ponente

SL2720-2019

Radicación n.º 63609

Acta 20

Bogotá, D. C., veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Corte los recursos de casación interpuestos por **ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A.** hoy **PROTECCIÓN S. A.** y la llamada en garantía **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S. A.**, contra la sentencia proferida el veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012), por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso que les promovió **ANA MILENA TRIANA**.

I. ANTECEDENTES

ANA MILENA TRIANA llamó a juicio a ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A. hoy PROTECCIÓN S. A., para que se declarara que tenía derecho a la pensión de sobrevivientes,

en su condición de cónyuge superstite del afiliado Carlos Humberto Rojas Daraviña; que, en consecuencia, se condenara a su pago, a partir del 12 de diciembre de 2006, junto con los incrementos, reajustes legales y las mesadas adicionales; la indexación, los intereses moratorios. lo que resultare probado y las costas.

Narró, que constituyó un hogar con el afiliado Carlos Humberto Rojas Daraviña desde 1979, pero que contrajeron matrimonio el 22 de abril de 1984; que convivió con aquél hasta la fecha de su fallecimiento, esto es, el 12 de diciembre de 2006; que el causante prestó sus servicios como trabajador dependiente, interrumpidamente, para diversos empleadores privados y públicos, del 2 de enero de 1978 al 30 de octubre de 2000 y, como independiente, entre el 1º de noviembre de 2001 y el 30 de octubre de 2005; que por medio de Comunicaciones n.º DBP-192-07 del 20 de abril de 2007 y DBP-0677-07 del 11 de febrero de 2007, la demandada negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, argumentando que su cónyuge no había cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a su deceso.

Señaló, que en Comunicación n.º DBP-2461-07 del 16 de mayo de 2007, la AFP reconoció que, a la fecha de la muerte del afiliado, contaba con 983.14 semanas aportadas; que, según lo certificó la oficina de bonos pensionales del Ministerio De Hacienda y Crédito Público, en *«la historia laboral masivo ISS 1967 – 1994»*, contaba con 677; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el causante cumplía los requisitos del artículo 6º del Acuerdo 049 de

1990, esto es, haber cotizado 150 semanas en los 6 años anteriores a la fecha de la muerte o 300 en cualquier época, por lo que debió serle reconocida la prestación que pretendió (f.º 65 a 80, cuaderno del Juzgado).

ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A. hoy PROTECCIÓN S. A., se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó que el causante era su afiliado; que negó la pensión mediante las comunicaciones señaladas en la demanda; que, a la fecha del fallecimiento, el causante tenía cotizadas 983.14 semanas, aclarando, que solo 12.86 habían sido aportadas en los tres años anteriores al deceso. Negó que el afiliado hubiere cotizado como independiente entre el 1º de noviembre de 2001 al 30 de octubre de 2005 y que fuera aplicable el Decreto 758 de 1990; sobre los demás dijo que no le constaban, pues se trataba de circunstancias que le eran ajenas.

Propuso como excepciones de mérito las de prescripción; *«inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda»*, buena fe y compensación (f.º 95 a 104, *ibídem*).

Adicionalmente, llamó en garantía a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S. A., entidad que replicó la demanda y su vinculación como tercero al proceso, oponiéndose a las pretensiones de ambos. En cuanto a los hechos, aceptó que el causante era afiliado del fondo administrador de pensiones y que éste último, no reconoció la pensión de sobrevivientes

a la accionante; negó que a la fecha del deceso el señor Rojas, éste se encontrara cotizando y, sobre los demás, manifestó que no le constaban o que eran apreciaciones jurídicas y añadió que no le asistía derecho a la demandante en razón a que no se completaron los requisitos de la Ley 797 de 2003, vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado.

Propuso como excepción de mérito, la que denominó: *«no hay lugar al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes [...], en virtud de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos por la ley aplicable»* y, en relación con el llamamiento en garantía, *«el riesgo acaecido no cumplió las condiciones del riesgo asegurado, razón por la cual, no surgió obligación indemnizatoria alguna a cargo de la aseguradora»* y, la de *«responsabilidad de la aseguradora se encuentra limitada al valor de la suma asegurada»* (f.º 176 a 203, *ibídem*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral Adjunto del Circuito de Cali, mediante sentencia del 14 de octubre de 2011, resolvió:

1º CONDENAR a la sociedad **ING ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS** a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a la señora **ANA MILENA TRIANA** en su calidad de cónyuge supérstite del causante **CARLOS HUMBERTO ROJAS DARAÑA**, desde el 12 de diciembre de 2006, tal como se explicó en la parte considerativa del presente proveído. En un monto equivalente al 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

Así mismo deberá reconocer los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 1º de junio de 2007, por las razones expuestas.

2º **ORDENAR** a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S. A.** a responder por el riesgo amparado en caso de que el saldo acumulado en la cuenta del causante sea insuficiente para el pago de la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora **ANA MILENA TRIANA** [...] (negritas y mayúsculas del texto original; f.º 317 a 328, *ibídem*).

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, el 28 de septiembre de 2012, al conocer la apelación de la demandada y de la llamada en garantía, confirmó la primera.

Afirmó, que atendidos los reparos de las apelaciones, debía definir: *i)* si los aportes en mora podían ser tenidos en cuenta para establecer si el causante, al momento del fallecimiento, contaba con el mínimo de semanas exigido por el parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, «*para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de manera póstuma*»; *ii)* si procedía el reconocimiento de los intereses moratorios y, *iii)* si la llamada en garantía debía responder por las eventuales condenas.

Consideró, que no le asistía razón al fondo apelante al asegurar, que el Juez de primer grado «*se extralimitó al conceder el derecho bajo unos argumentos diferentes a los establecidos por la demandante*», pues aun cuando no era dable acudir al principio de la condición más beneficiosa para reconocer la prestación, como lo pretendió la demandante, porque en perspectiva de la fecha de fallecimiento del causante, no existía duda que la norma aplicable eran los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, modificatorios de la

Ley 100 de 1993, ello no era óbice para conceder el derecho, pues la labor judicial exigía aplicar *«de manera certera los postulados normativos que deben regir las circunstancias fácticas que rodean el derecho del actor»*.

Precisó, que de conformidad con la historia laboral del señor Humberto Rojas Daraviña, este no cotizó 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su fallecimiento, como lo exigía aquella normativa, sino 17, era del caso analizar el cumplimiento de los requisitos del parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que permiten el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, cuando, ocurrido lo anterior: i) el causante, *«haya cotizado el número de semanas mínimo requeridas en el régimen de prima media antes de su fallecimiento»* y, ii) no hubiere tramitado ni recibido una indemnización sustitutiva de pensión de vejez o de devolución de saldos del *«artículo 66»*, sin que se requiriera, según lo planteó la AFP en su apelación, *«que el causante ya hubiere cumplido la edad para solicitarla»*, porque,

[...] darle cabida a esa interpretación se convierte en un imposible jurídico, pues si el demandante ya cumplió con la densidad de semanas que exige el régimen de prima media, el actor no solicitaría la indemnización sustitutiva o la devolución de saldos, ya que [...] accedería directamente al reconocimiento de la pensión de vejez».

Dijo, que las cotizaciones en mora a cargo del empleador, necesariamente debían acrecentar la densidad para efectos del reconocimiento de la prestación, porque: i) en relación con los artículos 17 y 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador debe responder por la cotización causada en

vigencia de la relación laboral, aun cuando no hubiere realizado el descuento correspondiente y, ii) de acuerdo a los artículos 24 y 57 *ibídem*, la AFP tiene las herramientas necesarias para realizar las gestiones de recaudo, al punto que está facultada para constituir título ejecutivo determinando el valor de lo adeudado; que, en consecuencia, como fue explicado en sentencia CC T-243-2010,

[...] el Estado ha dotado a todos los organismos administradores del sistema de seguridad social de herramientas y mecanismos para que dentro de principios de eficiencia y efectividad, hagan efectivos los recaudos de los aportes deban pagar los empleadores al sistema, sin que pueda tenerse como excusa entonces, que el no pago oportuno de esos aportes o el descuento del salario sin consignación oportuna, pueda generar el no pago de la prestación correspondiente por parte del sistema de seguridad social [...]

Razonó, que contabilizando las 983.14 semanas, que aceptó la demandada fueron cotizadas por el causante, junto con las 204.5 que transcurrieron entre diciembre de 2002 y noviembre de 2006, que había excluido, en las que el empleador Acuavalle incurrió en mora, el afiliado, para la fecha de su fallecimiento, contaba con 1.188 semanas cotizadas, que superan las 1075, exigidas por el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; que aunado a ello, como no existía prueba de que el afiliado hubiera adelantado solicitud de devolución de saldos, le asistía derecho a la demandante a la pensión de sobreviviente, en aplicación del párrafo mencionado.

Explicó, que de conformidad con las sentencias CSJ SL, 18 abr. 2006, rad. 26666; CSJ SL, 15 ag. 2006, rad. 2754 y CSJ SL, 12 dic. 2007, sin radicado, los intereses del artículo

141 de la Ley 100 de 1993, son procedentes por la mora en el pago de las mesadas, sin necesidad de analizar la responsabilidad, buena fe o las eventuales circunstancias del cumplimiento; que, en consecuencia, lo que importaba era que la actora, el 8 de marzo de 2007, presentó solicitud de reconocimiento de la pensión «(f.º 109)» y que, el 20 de abril de 2007, le fue negada, cuando debió serle reconocida; que, por lo anterior, no obstante que los intereses debían correr a partir de la última calenda y no de la que definió el primer Juez, mantendría la decisión apelada, por ser más beneficiosa al recurrente.

Afirmó, en relación con los descuentos por concepto de salud que habían sido reclamados, que aquellos no procedían, pues esas cotizaciones buscan proteger al pensionado de las contingencias presentes, por lo que la falta de reconocimiento de la prestación, simplemente conllevó a que la señora Triana hubiere estado desprotegida; que, además, contrario a lo impugnado por la llamada en garantía, era obvio que si el afiliado dejó causado el derecho a acceder a la pensión de sobreviviente, se había configurado el riesgo de amparo por parte de la aseguradora; que por esa razón, debía responder hasta la concurrencia de la suma asegurada, cubriendo la diferencia existente entre el capital necesario para financiar la pensión concedida y el monto de los aportes obligatorios que a la fecha del siniestro hubiere tenido en la cuenta individual de ahorro del afiliado, más el bono pensional, si a él hubiere lugar (f.º 19 a 30, cuaderno del Tribunal).

**IV. RECURSO DE CASACIÓN (ING ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A. hoy
PROTECCIÓN S. A.)**

Interpuesto por la demandada, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte case la sentencia del Tribunal, para que, en sede de instancia, se revoque la del Juzgado y, en su lugar, se absuelva de la totalidad de las pretensiones (f.º 16, cuaderno de casación).

Con tal propósito formula un cargo, que fue replicado por la demandante.

VI. CARGO UNICO

Acusa la sentencia de violar por vía directa, en la modalidad de interpretación errónea, «los artículos 46 (artículo 12 de la Ley 797 de 2003), 47 (artículo 13 de la Ley 797 de 2003), 66 de la Ley 100 de 1993», y de aplicación indebida de «los artículos 17 (4º de la Ley 797 de 2003), 22, 24, 48, 73, 74, 77, 78 y 90 de la Ley 100 de 1993; 48 de la CN» y de infracción directa el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

Señala, que el Tribunal, por medio de consideraciones jurídicas, «admit[íó] la suma de cotizaciones jurídicamente

inexistentes» y adoptó criterios de interpretación que no eran acordes al caso, asumiendo con error, que para la aplicación del parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, no era necesario que el fallecido hubiera cumplido la edad señalada para acceder a la pensión de vejez; que aun cuando esa conclusión, la cimentó en el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, también leyó con equivocación esa disposición, pues contrario a lo que argumentó, aquella norma sí exige el cumplimiento de las edades previstas en el artículo 65 *ibídem*, pues así lo señala expresamente, como condición para acceder a la devolución de saldos.

Argumenta, que lo último es lógico, si se tiene en cuenta que la indemnización sustitutiva es una figura subsidiaria a la pensión de vejez, para quienes no puedan concretar los requisitos para acceder a ella; que si bien es cierto, como lo dijo el Juez de la apelación, resulta posible que quien haya cumplido los requisitos de edad y densidad, pretenda la pensión y no la devolución de saldos, también lo es que la norma regula una situación especial, resultante de un cambio de regulación, *«por lo que en las condiciones preexistentes el ahora fallecido podía haber cumplido la edad pero sin completar el número de cotizaciones y por ello haber procedido a tramitar la devolución de saldos, lo que conduce a aceptar que lo previsto en el parágrafo [...] no es ningún error»*.

Estima que, como consecuencia de lo anterior, debe definirse el litigio contra las pretensiones de la demandante, pues como lo encontró la segunda instancia, el causante no cotizó 50 semanas en los tres años anteriores a su

fallecimiento y sólo aportó 983.14 en toda su vida; que, por tanto, el afiliado no dejó causada la pensión de sobreviviente reclamada y tampoco completó la densidad requerida para acceder a la pensión de vejez en el régimen anterior.

Sostiene que, además, las cotizaciones adicionales que sumó el Tribunal *«no se hicieron por parte de uno de los empleadores»* del causante y que la reflexión que hace, *«ya ha sido propuesta al sustentar cargos incluidos en demandas de casación»*, explicando que: *i)* cuando se ordena el pago de una prestación para cuya causación no se han efectuado los pagos previstos en la ley, se lesiona la sostenibilidad financiera del sistema; *ii)* el incumplimiento de los requisitos para subrogar el riesgo, como elemento generador de la obligación a cargo de las entidades de seguridad social, pone en riesgo la continuidad del servicio público y genera una afectación al interés general; *iii)* la exoneración al empleador o trabajador del pago, es un estímulo a la conducta del no pago de las obligaciones con la seguridad social, afectando el interés general y el continuo funcionamiento del sistema y, *iv)* la garantía en favor del asegurado para lograr mayor eficacia, crea condiciones de desprotección al sistema de pensiones.

Agrega, que la acción de cobro del artículo 24 de la Ley 100 de 1993, es una herramienta por medio de la cual se pueden recaudar los aportes en mora y no una obligación que pueda generar una sanción, como la de tener que asumir las consecuencias de la negligencia del empleador; que el sistema de seguridad social se encuentra cobijado por el

artículo 1º de la CN, en cuanto consagra la protección del interés general, por lo que no es consecuente gravarlo con unas consecuencias para las cuales no se ha dado la causa, en los parámetros de un sistema contributivo (f.º 14 a 21, *ibídem*).

VII. RÉPLICA

ANA MILENA TRIANA, señala que el cargo no debe prosperar, pues el Tribunal no incurrió en el error jurídico que se le endilga, en razón a que, contrario a lo que pregona la acusación, demostró que el causante cotizó una cantidad de semanas superiores a las que se requerían para acceder a la pensión de vejez, por lo cual, en un entendimiento armónico de los artículos 12, 46 y 73 de la Ley 100 de 1993, era dable concluir, que procedía el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, pues el cumplimiento de la edad, como condición para disfrutar la pensión de vejez, no se consolida por la muerte; que, además, la sumatoria de las cotizaciones adeudadas por su empleador, se encuentra acorde con la línea jurisprudencial de la Corte, expuesta, entre otras, en la sentencia CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 46079 (f.º 48 a 52, *ibídem*).

VIII. CONSIDERACIONES

La acusación asegura que el Tribunal se equivocó en la interpretación que realizó del párrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003; que aplicó indebidamente los artículos

17, 22 y 24 *ibídem* y que infringió directamente el artículo 65 *ib.*, argumentando: *i)* que el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, en perspectiva de la primera y última de las normas, exige que, además de la densidad mínima para acceder a la pensión de vejez, el causante haya cumplido con la edad y, *ii)* que para contabilizar las semanas aportadas, no es viable acudir a las que no realizó el empleador del afiliado, en la medida que ese proceder, desplaza su responsabilidad e impone una sanción a la entidad de seguridad social, que no se compadece con los postulados constitucionales de la sostenibilidad financiera del sub sistema de pensiones y del interés general.

Al respecto, advierte la Corte que el Tribunal no incurrió en los errores jurídicos que le increpa la acusación, por las siguientes razones:

1. En lo que toca con la aplicación del parágrafo 1º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que permite conceder la pensión de sobreviviente, aun cuando el afiliado no hubiere cotizado 50 semanas en los tres años anteriores al deceso, lo que ha requerido la jurisprudencia, es el cumplimiento del número de semanas mínimo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 junto con las modificaciones de la Ley 797 de 2003 o, excepcionalmente, si cumple el régimen de transición, del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, sin hacer alusión al cumplimiento de la edad, que aquellas mismas normativas precisan para el reconocimiento de la pensión de vejez.

Tal afirmación se logra extraer de la comprensión que

sobre la norma en referencia, expuso la Sala en la sentencia CSJ SL16811-2015, reiterada en la CSJ SL1588-2019, en la que orientó:

El problema jurídico consiste en establecer si los accionantes tienen derecho a la pensión de sobrevivientes con arreglo a lo dispuesto en el par. 1º del art. 12 de la L. 797/2003.

[...]

La jurisprudencia de esta Corporación ha adoctrinado que la alusión de ese parágrafo al «número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima» debe entenderse realizada al art. 33 de la L. 100/1993, con las modificaciones introducidas, entre otras, por la propia L. 797/2003.

En esos precisos términos, el afiliado fallecido debió haber dejadas cotizadas al menos 1.050 semanas, en atención a que de acuerdo con el art. 33 de la L. 100/1993, modificado por el art. 9º de la L. 797/2003, el número mínimo requerido para tener derecho a la pensión de vejez en el régimen de prima para el año 2005 es de 1.050. No obstante, según el historial de aportes (fls. 61-72), el causante solo alcanzó a reunir 613.14 semanas.

Excepcionalmente, la Sala ha aceptado la aplicación del A. 049/1990, eso sí, siempre y cuando la persona fallecida sea beneficiaria del régimen de transición del art. 36 de la L. 100/1993. Lo anterior, toda vez que «las normas vigentes de ese acuerdo forman parte del régimen de prima media con prestación definida y, en segundo lugar, deben utilizarse en materia de edad, número de semanas cotizadas y monto de la prestación, para los beneficiarios del régimen de transición pensional» (CSJ SL, 31 ago. 2010, reiterada en CSJ SL, 3 may. 2011, rad. 35438; CSJ SL, 10136-2015, entre otras).

La situación estudiada no encaja en esa excepción, debido a que al 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, no tenía 40 años de edad, ya que nació el 12 de noviembre de 1955, por lo que para aquella fecha tenía 38 años. Tampoco acreditaba 15 o más años de servicios cotizados [...].

Ahora, no desconoce la Corporación que, a la par con esa densidad, el parágrafo que se estudia, introduce un condicionamiento al reconocimiento prestacional, exigiendo que el afiliado fallecido no hubiere percibido la indemnización

sustitutiva del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 o la devolución de saldos del artículo 66 *ibídem*; empero, aquél requisito, debe ser entendido desde la naturaleza contributiva del sistema, pues busca garantizar que la prestación sea financiada con los aportes que efectuó el causante, más no, como lo plantea la acusación, que en el afiliado deban confluír, para el efecto que persigue la norma, es decir, conceder la pensión de sobreviviente, los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, esto es, el cumplimiento de la edad pensional de los artículos 33 y 65 *ibídem* y que, a su vez, deba demostrar que consolidó la densidad suficiente para acceder a la pensión de vejez.

Tal afirmación porque, en ese escenario, no sería aplicable el párrafo 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, en razón a que, en el evento en que el afiliado hubiere cumplido tanto la edad como la densidad mínima que se exige para la pensión de vejez con anterioridad a su fallecimiento, se estaría en presencia de un reconocimiento pensional por vejez póstumo y con causa en él, de una sustitución pensional, que no, como en el caso que regula la norma, de una pensión de sobreviviente con una densidad especial.

Luego, no pudo interpretar con error el Tribunal el párrafo en comento, pues no desvió el cabal sentido de la norma, al conceder la pensión de sobreviviente después de encontrar demostrado, como no se discute, que el afiliado había cotizado la densidad mínima para acceder a la pensión

de vejez.

2. En lo que respecta a la contabilización de las semanas que se hubieren cotizado con mora, por parte del empleador, para efectos de hallar la densidad necesaria para acceder a las prestaciones del sistema, huelga anotar que en múltiples oportunidades ha explicado la Sala, que tal postura es armónica con los principios constitucionales que regulan la seguridad social, como servicio público de carácter obligatorio, sujeto, necesariamente, a la dirección, coordinación y control del Estado, estructurado principalmente sobre la eficiencia, universalidad y solidaridad, en razón a que, para garantizar los derechos de seguridad social que materializan la dignidad humana, mediante la protección de contingencias que afectan la vida de la personas, se requiere de los participantes, específicamente de las entidades públicas y privadas que prestan dicho servicio, un ejercicio profesional y de calidad de la función encomendada, acorde con lo previsto en los artículos 48 de la CN y 2º de la Ley 100 de 1993, propendiendo por la efectividad de las prestaciones que tienen a su cargo.

Lo anterior se traduce, en casos como el presente, que las AFP deben ejercer la administración encomendada de forma eficiente, eficaz, profesional e integral, a partir de las acciones de verificación, control y vigilancia, entre otras, de los recursos de la seguridad social y, puntualmente, la recaudación de los necesarios para satisfacer las prestaciones de las cuales es responsable.

De ahí, que no se observan trasgredidos por la segunda instancia, por vía directa, en la modalidad de aplicación indebida, los artículos 17, 22 y 24 de la Ley de 1993, en tanto, además, el cómputo de las semanas sobre las cuales hay mora patronal, no se opone a las obligaciones constitucionales y legales a cargo de la AFP, como encargada de la prestación y materialización del servicio público de la seguridad social, puesto que el sistema que los regula y garantiza, es un engranaje en el que cada participante tiene una función y una responsabilidad, como es en el caso, la del empleador de aportar y de la AFP, se itera, vigilar, controlar y ejecutar las acciones tendientes al cumplimiento de esa obligación patronal, para satisfacer las prestaciones económicas y asistenciales a su cargo, sin que pueda excusarse en el concurrente incumplimiento de ella y el primero, para afectar los derechos que está llamada a materializar, en detrimento del afiliado.

Adicionalmente, porque contrario a lo expuesto, las consecuencias jurídicas por su negligencia y omisión de cobro, no pueden ser consideradas como sanciones no previstas en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, pues la jurisprudencia no las ha calificado como tal, en razón a que, por un lado, concibió la consecuencia del reconocimiento de la prestación, como una respuesta ponderada a las cargas que están distribuidas entre los sujetos del sistema, que fueron incumplidas por éstos, con excepción del trabajador – afiliado, sin que ello sea óbice para que la AFP pueda hacer

efectivo el cobro de las cotizaciones en mora, que hubiesen dado lugar, en todo caso, al reconocimiento del derecho.

Así se explicó en la sentencia CSJ SL5464-2018, en la que se dijo:

[...] las consecuencias jurídicas derivadas de la mora del empleador, no pueden calificarse como una sanción contra la administradora, como lo sostiene el apoderado de la aseguradora en la demostración del tercer cargo, pues la interpretación dada por la Corte, pondera y distribuye las cargas entre los diferentes actores del sistema de seguridad social, atendiendo sus atribuciones legales, buscando proteger al trabajador como la parte más débil de la relación, quien con la prestación personal del servicio causó de buena fe la cotización al sistema, pero que ante la materialización del riesgo social amparado, no debe quedar desprotegido como consecuencia de la incuria de su empleador en el pago de los aportes y la conducta omisiva de cobro de la administradora de pensiones, a la que el trabajador confió el recaudo de sus cotizaciones, y a quien el régimen de seguridad social la ha revestido de todas las facultades para adelantar las gestiones extrajudiciales y judiciales de requerimiento y recaudo.

La obligación de asumir el derecho pensional en las condiciones señaladas por la jurisprudencia, mantiene incólume la facultad de la AFP para hacer efectivo por la vía ejecutiva del pago de las cotizaciones en mora con base en la cuales se completó la densidad exigida por la ley para su reconocimiento, circunstancia que también descarta su carácter sancionatorio.

Por tanto, el cargo no prospera.

IX. RECURSO DE CASACIÓN (COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S. A.)

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

X. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende que la Corte case la sentencia de segunda instancia, para que, en su lugar, se revoque la de primera y se nieguen las pretensiones (f.º 26, *ibídem*).

Con tal propósito formula dos cargos por la causal primera de casación, que fueron replicados.

XI. CARGO PRIMERO

Acusa la sentencia de haber incurrido en violación indirecta, por aplicación indebida, de los artículos 17, 22, 24, 46 (modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 especialmente el párrafo 1º), 47, 77, 141 de la Ley 100 de 1993.

Afirma que el Tribunal incurrió en los siguientes defectos fácticos:

- 1. Dar por demostrado sin estarlo, que el señor CARLOS HUMBERTO ROJAS DARAVIÑA, al momento de su fallecimiento había cotizado 1188 semanas;*
- 2. No dar por demostrado estándolo, que el señor CARLOS HUMBERTO ROJAS DARAVIÑA, al momento de su fallecimiento sólo había cotizado 983,14 semanas.*
- 3. Dar por demostrado, sin estarlo, que el señor CARLOS HUMBERTO ROJAS DARAVIÑA trabajó para ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADO DEL VALLE DEL CAUCA S. A. ACUAVALLE en el periodo comprendido entre diciembre de 2002 y noviembre de 2006;*

4. *Dar por demostrado sin estarlo, que ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADO DEL VALLE DEL CAUCA S. A. ACUAVALLE estaba en mora en el pago de las cotizaciones del señor CARLOS HUMBERTO ROJAS DARAVIÑA, para el período comprendido entre diciembre de 2002 y noviembre de 2006;*

5. *No dar por demostrado estándolo, que el señor CARLOS HUMBERTO ROJAS DARAVIÑA, laboró para ACUEDUCTOS Y ALCANTARILLADO DEL VALLE DEL CAUCA S. A. - ACUAVALLE, hasta el 30 de octubre de 2000;*

6. *No dar por demostrado estándolo, que el señor CARLOS HUMBERTO ROJAS DARAVIÑA, trabajó como independiente desde noviembre de 2000 hasta la fecha de su fallecimiento;*

7. *No dar por demostrado estándolo, que a la fecha de fallecimiento, el señor CARLOS HUMBERTO ROJAS DARAVIÑA, no se encontraba cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.*

8. *Dar por demostrado sin estarlo, que había un capital insuficiente para financiar la pensión demandada;*

9. *Dar por demostrado sin estarlo, que era necesaria una suma adicional para financiar la pensión de sobrevivientes.*

Dice, que a esos yerros llegó el Tribunal, porque apreció mal el extracto de cuenta individual del afiliado al fondo de pensiones obligatorias ING (f.º 55 a 62 del cuaderno principal); así como también, por la falta de apreciación de: i) la comunicación del 12 de febrero de 2007, suscrita por ANA MILENA TRIANA, aportada con la demanda (f.º 43, 116 y 271, *ibídem*); ii) la certificación expedida por el Departamento de Recaudos de Santander Pensiones y Cesantías del 26 de marzo de 2007 (f.º 277, *ib.*); iii) la confesión realizada en los hechos 2.9 y 2.10 de la demanda

(f.º 66, *ibídem*) y la contenida en el interrogatorio de parte (f.º 306, *ib.*).

Refiere, que aunque el Tribunal no lo mencionó expresamente, para concluir que hubo una mora, entre diciembre de 2002 y noviembre de 2006 a cargo del empleador del demandante, tuvo en cuenta el extracto de cuenta individual del afiliado (f.º 55 a 62, *ib.*); que, sin embargo, esa probanza no acredita que la relación laboral entre el causante y Acuavalle estuviera vigente durante ese periodo y que, como consecuencia de ello, la obligación de cotizar se hubiese mantenido; que tan evidente es el error, que la presunta mora pudo darse, porque no se marcó el retiro del sistema o por un error de la AFP.

Agrega, que las pruebas que no apreció el Tribunal, permiten concluir que el causante no laboraba para Acuavalle; que ésta empresa, no estaba en mora de pagar los aportes y que, por ende, el periodo entre 2002 y 2006, no podía ser incluido en el cálculo de tiempo necesario para acceder a la pensión, porque:

1. En la comunicación del 12 de febrero de 2007, suscrita por la demandante, visible a f.º 43, 116 y 271 del cuaderno principal, aquella reconoció que, desde el 2002 hasta la fecha del fallecimiento, el causante era trabajador independiente y que solo realizó 2 aportes correspondientes a septiembre y octubre de 2005.

2. En el interrogatorio de parte, la actora, a la pregunta, «Diga cómo es cierto sí o no, que el señor CARLOS HUMBERTO ROJAS DARAVIÑA era trabajador independiente desde el mes de diciembre de 2002 hasta el 12 de diciembre de 2006», confesó que sí.

3. En los hechos 2.9 y 2.10 de la demanda (f.º 66, *ibídem*), que constituyen confesión, la accionante manifestó que el afiliado laboró para Acuavalle hasta el 30 de octubre 2000 y cotizó como independiente, desde el 1º de enero de 2001.

4. La certificación del departamento de recaudos de Santander pensiones y cesantías del 26 de marzo de 2007 (f.º 277, *ib.*), evidencia que no había mora por parte de Acuavalle.

Solicita, que en sede de instancia no se dé aplicación al principio de la condición más beneficiosa, para acudir al Acuerdo 049 de 1990, como tampoco a la Ley 100 de 1993, en su versión original, en razón a que: *i)* el fallecimiento ocurrió en vigencia de la Ley 797 de 2003; *ii)* tanto para el 28 de enero de 2003, cuando entró a regir esa disposición, como para la fecha de fallecimiento del causante, esto es, el 12 de diciembre de 2006, aquél no se encontraba cotizando (f.º 56 a 61, *ibídem*) y, en todo caso, de acudirse al artículo 46 de la Ley 100 *ibídem*, en su versión, original tampoco podría reconocerse la prestación, pues se precisaban 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior, circunstancia que no se verifica (f.º 23 a 34, *ibídem*).

XII. RÉPLICA

ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A., aunque coadyuva la prosperidad del cargo, advierte que el Tribunal no pudo incurrir en los errores fácticos 8º y 9º, pues no se pronunció probatoriamente sobre la existencia de un capital suficiente que financiara la pensión, en razón a que, aquella circunstancia, la dispuso como una condición de pago (f.º 40 a 43, *ibídem*).

ANA MILENA TRIANA, refiere que el cargo no debe prosperar, porque el Tribunal no incurrió en la infracción indirecta de la ley, pues las probanzas acreditan que cumplió los supuestos de hecho de la norma que aplicó; que la comunicación del 16 de mayo de 2007, da cuenta que la demandada solo tuvo en cuenta para contabilizar las 983,14 semanas, los periodos de 1996 y 2004, excluyendo las 203,71 que laboró para Acueductos y Alcantarillado, según se lee en el documento del 25 de enero de 2005 (f.º59 a 62, *ibídem*).

XIII. CARGO SEGUNDO

Denuncia la violación directa por *«falta de aplicación»* de los artículos 177 del CPC, 77 de la Ley 100 de 1993 y 1077 del CCo.

Manifiesta, que en perspectiva de las normas enlistadas en la proposición jurídica, para que prosperara el llamamiento en garantía, la demandada debía demostrar que

a la demandante le asiste derecho a la pensión de sobrevivientes y que el capital existente en la cuenta individual del causante, no era suficiente para completar el capital necesario, pues no es otro el riesgo que se asegura; que, en consecuencia, si el Tribunal hubiera tenido en cuenta aquellas normas *«habría concluido que el fondo demandado no demostró la insuficiencia del capital, es decir no acreditó el siniestro, como era su obligación»* y, por ende, no había proferido condena en su contra (f.º 34 a 36, *ibídem*).

XIV. RÉPLICA

ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A. se opone a la prosperidad del ataque, en razón a que: *i)* el Tribunal, no esbozó ninguna consideración, para determinar si el capital de la cuenta del afiliado, era suficiente para financiar la prestación; *ii)* el ataque es incompleto, pues no enlistó ninguna norma que contenga el derecho que se discutió en el trámite procesal como vulnerado; *iii)* la censura cuestiona aspectos probatorios por una vía que no lo permite; *iv)* la inconformidad que plantea en el recurso extraordinario, no fue esbozada en la apelación y, *v)* el cargo carece de sustentación, pues ninguna de las normas que se acusan como infringidas, establece carga probatoria específica para el afiliado, beneficiario o para el fondo administrador de pensiones (f.º 43 a 46, *ibídem*).

ANA MILENA TRIANA, argumenta que el censor equivocó la vía que eligió para convocar el control de legalidad, pues el reparo que realiza es probatorio, por lo cual

no logró derribar la presunción de legalidad y acierto que cobija a la sentencia impugnada (f.º 62 a 63, *ibídem*).

XV. CONSIDERACIONES

Empieza la Sala por advertir, que se ocupará de analizar el ataque enderezado por la vía de los hechos y, de ser el caso, del dirigido a través de la vía directa, pues el segundo de ellos, tiene un intrínseco carácter subsidiario, porque la eventual prosperidad del primero, implicaría el quiebre de la totalidad del fallo, incluyendo, como lo pretende la censura con el último de los cargos, la condena que se le profirió con ocasión del llamamiento en garantía.

En ese escenario, importa aclarar que el Tribunal, confirmó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, en favor de la cónyuge del señor Carlos Humberto Rojas Daraviña, tras considerar que, no empece a que el causante no cotizó 50 semanas en los tres años anteriores a su fallecimiento, como lo exigía la normativa aplicable, esto es, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, sí había cumplido con los requisitos del parágrafo 1º de aquella disposición, pues con anterioridad a su deceso, ocurrido el 12 de diciembre de 2006, cotizó el número suficiente de semanas requeridas en el régimen de prima media para otorgar la pensión de vejez, lo que permitía reconocer la prestación ocasionada con su muerte.

En relación con la normativa en cita, en el aspecto puramente fáctico, el Juez de la apelación consideró que

sumadas las semanas de cotización aceptadas por la recurrente, esto es, 983,14, a las que habían sido excluidas por la demanda, porque el empleador Acuavalle cotizó con mora, entre diciembre de 2002 y noviembre de 2006, equivalentes a 204.5, el afiliado contaba con 1188 semanas, cantidad superior a las 1075, que exigía la Ley 100 de 1993, para el reconocimiento de la pensión de vejez en el 2006.

En contraste, la censura aseguró que con aquella conclusión, el Juez de la apelación infringió indirectamente la ley sustancial, por aplicación indebida del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en razón a que se equivocó al dar por demostrado, sin estarlo, que el período que transcurrió entre diciembre de 2002 y noviembre de 2006, existía una mora patronal que debía cubrir Acuavalle y que, en consecuencia, aquellas cotizaciones acrecentaban la densidad para reconocer la pensión de sobrevivientes, pues, aun cuando el documento de folio 56 del cuaderno del Juzgado, apreciado con error por el segundo fallador, indica: *i)* que aquél empleador presentaba mora y, *ii)* que el 2006, era el extremo final de la afiliación, ello se debió a una equivocación, porque, conforme lo confesó ANA MILENA TRIANA, sin que así lo valorara la segunda instancia, para ese período, el afiliado no era trabajador dependiente de esa entidad, pues era independiente.

Perfilado así el debate, cumple recordar lo adoctrinado por la Corte sobre el error de hecho en la sentencia CSJ SL17547-2017, que reitera la regla de la sentencia CSJ SL, 2 sep. 2008, rad. 31701, en el sentido que:

[...] cuando el ataque se endereza por la vía de los hechos no es cualquier desatino del juzgador el que da al traste con su proveído, sino únicamente aquél que tenga la connotación de “manifiesto”. Ese carácter surge frente a transgresiones fácticas patentes, provenientes de desaguizados en el examen de los elementos de juicio que conforman el haz probatorio, ya bien por haberlos apreciado equivocadamente, ora por no haberlos estimado.

Se precisa lo anterior, porque contrastado el fallo recurrido, con: *i)* el contenido integral del documento de folio 55 a 60 *ibídem*; *ii)* la confesión judicial, obrante a folio 306 del expediente; *iii)* la confesión por apoderado, que enseñan los hechos 2.9 y 2.10 de la demanda (f.º 66, *ib.*) y, *iv)* la declaración documental proveniente de la parte (f.º 43, 116 y 271, *ibídem*), halla la Sala que, como lo señaló la censura, en los errores de hecho 1º, 3º y 4º, se equivocó el Tribunal al concluir: *a)* que el señor Carlos Humberto Rojas Daraviña, estuvo vinculado laboralmente a la empresa de Acueducto y Alcantarillado del Valle, entre noviembre de 2002 y 2006; *b)* que aquella empleadora había aportado con mora esos períodos y, *c)* que, por ende, en perspectiva de los artículos 17 y 22 de la Ley 100 de 1993, el empleador debía responder por las cotizaciones que no realizó oportunamente y la AFP por la pensión, dada la falta del recaudo.

Así se dice, porque aun cuando en el documento de folio 55 a 60 *ibídem*, consistente en el extracto de cuenta individual y la historia laboral del causante, proveniente del fondo de pensiones demandado, se lee, como lo dedujo el Tribunal, que el empleador «ACUAVALLE», identificado con NIT 890399032, reportaba una mora entre los ciclos 2002 – 12 y 2006 – 11, también informa, sin que así lo hubiera

concluido el Colegiado, lo siguiente:

1. Que aquella, era una *«deuda presunta»*, pues en ese período, además de que no aparecía pago alguno, tampoco se evidenciaba novedad de retiro, por lo que, en relación con ello, no es cierto, como lo afirmó el Tribunal, que la demandada haya aceptado la existencia de esos aportes en mora.

2. Que la *«deuda real»* generada por *«pagos por fuera de la fecha límite o liquidados de manera errada por el empleador»*, estaba circunscrita a los ciclos que corrieron entre abril y noviembre de 2002, de donde emerge, que lo que la prueba demuestra, es que lo que aceptó la AFP, era que la mora patronal acaeció en el año 2002.

3. Que, a partir de noviembre de 2000 y hasta el 2006, el que se individualizaba en la casilla *«empleador»* era el mismo afiliado, identificado con número 2690900, lo que significa que, para el fondo demandado, los ciclos previos al fallecimiento de aquél, ocurrido, como no se discute, el 12 de diciembre de 2006, correspondían a cotizaciones como trabajador independiente y no a cargo de la empleadora mencionada.

Luego, esa probanza, de la cual el Tribunal dedujo la mora patronal, pues no empecé a que no expresó el folio donde halló esa información, sí dijo que, como la analizada, de folios 55 a 60, *ibídem*, era de la historia laboral que provenía del fondo demandado, halla la Corporación que fue

leída con equivocación, pues la segunda instancia, tomó de ella los datos de manera parcial y sin armonizarlos, como debía, con los demás elementos de convicción del plenario.

En relación con lo último, recuerda la Corte, que aunque los jueces gozan de la facultad de libre apreciación de la prueba prevista en el artículo 61 del CSTSS, la misma deber estar fundada en los principios de integralidad, razonabilidad y sana crítica, lo que significa que su apreciación conjunta debe conducir lógica y consistentemente a su conclusión, sin que pueda, como ocurre en el caso, según se explicará más adelante, imponer un criterio con prueba deleznable o en contra de la evidencia.

Así lo explicó la Sala, en la sentencia CSJ SL16080-2015, que reitera la regla de las sentencias CSJ SL, 27 abr. 1977 (sin radicación por la Corte), a su vez recordada, entre muchas otras, en la CSJ SL, 5 nov. 1998, rad. 11111, al orientar que:

El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como

fuerza del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.

La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontestable que la verdad real del proceso es radicalmente distinta de la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho.

Se trae a colación lo anterior, pues a la valoración equivocada que el Tribunal realizó del documento de folios 55 a 60, *ibídem*, se agrega que la prueba calificada dejada de valorar, da cuenta que el vínculo laboral del causante como trabajador dependiente de Acuavalle, a lo sumo, se mantuvo hasta noviembre de 2002 y no de 2006 como lo concluyó el colegiado.

En efecto, el Juez plural pasó por alto: *i)* que la demandante en el gestor, expuso que el causante laboró para Acuavalle hasta el 30 de octubre de 2000 y que se afilió como independiente a partir de noviembre de 2001 (f.º 66, *ibídem*); *ii)* que en el interrogatorio de parte, expresó que su cónyuge laboró como independiente, pero a partir de diciembre de 2002 hasta el 12 de diciembre de 2006 (f.º 306 en relación con el interrogatorio de folio 259, *ibídem*); *iii)* que ambas manifestaciones, de conformidad con el artículo 195 del CPC hoy 191 del CGP, constituyen confesión, la primera, por apoderado judicial, según el artículo 197 del CPC o 193 del CGP y la segunda, provocada, en el marco de artículo 203 del CPC o 198 del CGP, por ser declaraciones provenientes de la

parte, con capacidad para disponer del derecho, adversas a sus pretensiones y sobre hechos de los que debía tener conocimiento.

En igual sentido, el segundo fallador, omitió que ANA MILENA TRIANA, a través de declaración documental auténtica, según el artículo 252 del CPC y 244 CGP, afirmó coherente y armónicamente con la última de las confesiones reseñadas, que: *«[su] esposo [...] era trabajador independiente desde diciembre de 2002 hasta la fecha de su fallecimiento 12 de diciembre de 2006»*.

En consecuencia, como la valoración armónica de aquellas pruebas calificadas, no apreciadas por el Juez colegiado, enseñan que, por lo menos, a partir de diciembre de 2002 hasta su fallecimiento, el señor Rojas Daraviña no fue trabajador dependiente de Acuavalle y que, por ende, no pudo haberse presentado en ese interregno una mora patronal a cargo de aquél empleador, aparecen demostrados los errores fácticos 1º, 3º y 4º increpados por la acusación, con incidencia en la infracción normativa que se denunció, pues sin el número de semanas que acrecentó el Tribunal por la presunta mora, a las 983,14, que encontró demostradas, como no se desquicia en el cargo, no hubiera llegado a la conclusión de que el afiliado cumplió con la densidad mínima para acceder a la pensión de vejez, que para el 2006 era de 1075 y, con ello, a aplicar el parágrafo 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003.

Por lo anterior, la Corte casará en su totalidad la

sentencia impugnada, porque fue demostrada la aplicación indebida de la normativa denunciada, razón por la que se abstendrá de analizar el segundo cargo propuesto, pues resulta ser innecesario y no condenará en costas a ninguna de las recurrentes, en razón a que, aun cuando no prosperó el recurso extraordinario presentado por ING PENSIONES Y CESANTÍAS, el llamado en garantía, al asumir la defensa del convocante, logró el quiebre de la sentencia.

XVI. CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

Procede la Sala a proferir la correspondiente sentencia de reemplazo de la anulada, examinando la apelación que promovieron el demandado y llamado en garantía, como lo impone el principio de consonancia del artículo 66 A CPTSS.

El Juzgado, consideró: *i)* que el causante falleció el 12 de diciembre de 2006; *ii)* que en perspectiva de la fecha de su deceso, la norma aplicable era el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003; *iii)* que en los 3 años anteriores a esa fecha, el afiliado no había cotizado 50 semanas; *iv)* que, de conformidad con el documento de folio 273 del expediente, estaba demostrado que el demandante fue afiliado a la AFP INVERTIR a partir del 1º de octubre de 1994 hasta el 31 de agosto de 1996; *v)* que se trasladó a la AFP SANTANDER, hoy ING, realizando cotizaciones ininterrumpidas, desde el 1º de septiembre de 1996 hasta el 30 de noviembre de 2002; *vi)* que junto con los aportes en mora a cargo de ACUAVALLE (f.º 56, *ibídem*), las cotizaciones que el causante realizó como independiente en septiembre y

octubre de 2005 y el tiempo de servicio que laboró para el Departamento del Valle, entre el 5 de diciembre de 1980 hasta el 5 de octubre de 1988 (f.º 52, *ibidem*), excluyendo los períodos simultáneos (f.º 35 a 39, *ibidem*), el causante contaba con 1112 semanas de cotización; *vii*) que aquellas eran suficientes para acceder a la pensión de sobreviviente, en aplicación del parágrafo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Inconforme con la anterior decisión, el fondo administrador de pensiones recurrió el fallo, argumentando: *i*) que el Juzgado interpretó con error el parágrafo que aplicó, pues debió verificar que el causante hubiera arribado a la edad exigida en los artículos 33, 37, 65 y 66 de la Ley 100 de 1993; *ii*) que de conformidad con las pruebas de folios 157 y 161 a 170 del expediente, el causante no cotizó 1112 semanas; *iii*) que la mora del empleador no debía ser asumida por la entidad de seguridad social y que, en consecuencia, como no cotizó 50 semanas en los tres años anteriores, conforme la norma aplicable, debió negarse la pensión de sobrevivientes; *iv*) que no estaban dadas las condiciones para acceder a la prestación en aplicación de la condición más beneficiosa y, *v*) que de ser el caso, no era dable imponer intereses moratorios (f.º 341 a 353, cuaderno del Juzgado).

A su turno, la llamada en garantía, también apeló la sentencia, pero alegando: *i*) que el Juez de primer grado, sumó como cotizaciones efectivas, los extremos de las afiliaciones, cuando en realidad lo que prueba la historia laboral es que el causante cotizó 983,14 semanas; *ii*) que no puede asumir los pagos no realizados por el empleador, pues conforme el

artículo 53 del Decreto 1406 de 1999, el período solo acrecienta la densidad si fue realizado con anterioridad al siniestro; *iii*) que en todo caso, no se demostró el riesgo que debía cubrir, de faltar suma adicional para el reconocimiento de la pensión (f.º 331 a 340, *ibídem*).

De la rememoración de los aspectos esenciales de la sentencia y los de los recursos de apelación, advierte la Sala que para resolver los tópicos relativos a los requisitos para aplicar el parágrafo 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993; así como también la posibilidad de tenerse en cuenta los períodos en mora patronal, es suficiente remitirse a las consideraciones que se expusieron en sede de casación, al resolver el cargo único planteado por ING PENSIONES Y CESANTÍAS, pues en ellos se explicó con suficiencia:

1. Que la normativa en cita, permite el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes siempre y cuando, el causante haya cotizado la densidad mínima para acceder a la pensión de vejez, en este caso la contemplada en el artículo 33 de la Ley 100 *ibídem*, modificado por la Ley 797 de 2007, pues no se discute que el afiliado falleció el 12 de diciembre de 2006 y no es beneficiario del régimen de transición, porque nació el 11 de noviembre de 1955 (f.º 5, *ibídem*) y al 1º de abril de 1994, no tenía 750 semanas cotizadas, como se verá más adelante.

2. Que los aportes patronales en mora, deben tenerse como válidos para acceder a las prestaciones del sistema.

No obstante, en este aspecto aclara la Corporación, que como aportes en mora, sólo tendrá en cuenta, conforme se explicó en las consideraciones del primer cargo del recurso extraordinario propuesto por la llamada en garantía, a las que se remite la Sala en apoyo de su decisión, los que aparecen a folios 55 a 60 del expediente a cargo de Acuavalle, esto es, de abril a noviembre de 2002, pero no los del trabajador independiente, que no fueron aportados entre la última calenda y la fecha de su fallecimiento, pues además de las confesiones y la declaración auténtica proveniente de la demandante, valoradas en sede de casación, que obran a folios 66, 116, 271 y 306 *ibídem*, se encuentra que, según la información de folios 15 a 30, *ibídem* (historia laboral ISS); 24 a 39, *ib.* (historia laboral para bono pensional) y 44 a 49; 55 a 62 y 125 a 131 *ibídem* (historia laboral AFP demandada), el empleador Acueductos y Alcantarillados del Valle mantuvo afiliado al causante y realizó cotizaciones entre el 1º de noviembre de 1990 y el 30 de noviembre de 2002, pues, se itera, a partir del 1º de diciembre de esa anualidad y hasta su fallecimiento, el señor Rojas Dariviña, aportó fue como trabajador independiente, incluso como trabajador cooperado de Servisocial CTA.

Ahora, sumadas las cotizaciones realizadas a las diferentes entidades del sistema de seguridad social, encuentra la Sala que el causante tan sólo aportó 1040,71 semanas, insuficientes para acceder a la pensión de sobreviviente en aplicación del parágrafo 1º del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, como se ve en la siguiente tabla:

Empleador	Fecha inicial	Fecha final	Días	Semanas	Folios
Torres Lucas	2/01/1978	5/01/1979	363	51,86	f.º 25, 35
Tenorio Serna y Cia	20/01/1979	23/02/1979	33	4,71	f.º 19, 35
Registraduría	23/11/1979	15/03/1980	112	16,00	f.º 10
Compañía Nal de Vidrios	19/08/1980	25/11/1980	96	13,71	f.º 19, 35
Procampo S. A.	26/11/1980	30/06/1981	214	30,57	f.º 35
Fábrica de Gaseosas del Valle	11/02/1983	26/04/1983	75	10,71	f.º 35
Gobernación del Valle	27/04/1983	26/05/1983	29	4,14	f.º 35
Procampo S. A.	25/07/1983	31/12/1983	156	22,29	f.º 35
Productos Agropecuarios Ltda	2/01/1984	12/07/1988	1630	232,86	f.º 35
Gobernación del Valle	13/07/1988	5/10/1988	82	11,71	f.º 37
Acuavalle ISS	1/11/1990	31/12/1994	1500	214,29	f.º 19, 20, 26
Acuavalle ISS	1/01/1995	30/04/2001	2279	325,57	f.º 15 F.º 44 a 49, 57 a 60, 125 a 131
Acuavalle AFP	1/05/2001	30/11/2002	569	81,29	
Servisocial CTA ISS	1/04/2003	30/05/2003	59	8,43	f.º 15
Servisocial CTA ISS	1/07/2004	30/07/2004	29	4,14	f.º 18, 27
Independiente AFP	1/09/2005	30/10/2005	59	8,43	f.º 59
			7285	1040,71	TOTAL

Y, a pesar que aquella cantidad es significativa, como lo pregonan la demanda, tampoco podría aplicarse el principio de la condición más beneficiosa, para acudir al Acuerdo 049 de 1990, pues el fallecimiento del afiliado ocurrió en vigencia de la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, lo que trae de suyo, como lo explicó la Sala en sentencia CSJ SL4650-2017, que no sea admisible acudir a *«cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito [...]sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso»*.

Sin embargo, agrega la Corporación, tampoco podría acudirse a la Ley 100 *ibídem*, pues para el efecto, conforme al

▲ criterio de temporalidad adoptado por la Corte, para ello se precisa que el fallecimiento hubiere ocurrido entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.

En ese sentido lo explicó la Sala en la sentencia que se cita, al aludir sobre las hipótesis en las que procede el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, en aplicación de la condición más beneficiosa, así

[...] se debe conceder la pensión de invalidez (sic), en desarrollo del principio de la condición más beneficiosa, cuando se cumplan los siguientes supuestos:

3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.*
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.*
- d) Que al momento del fallecimiento estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso.*

3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.*
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.*
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.*
- d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y*
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.*

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la muerte - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, es dable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, no aplica tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, el afiliado se encontraba cotizando al sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.

4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la muerte - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente se aplica el postulado de la condición más beneficiosa. La Sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, no se aplica dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2002, no existe una situación jurídica concreta. (negrillas del texto).

En consecuencia, como el causante no cumple con el requisito común a las hipótesis analizadas, pues falleció en el 2006, pero en el mes de diciembre y tampoco cotizó la

densidad de semanas suficientes para acceder a la pensión de sobreviviente, se revocará en su integridad la decisión apelada, para, en su lugar, absolver a **ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A.** hoy **PROTECCIÓN S. A.**

Adicionalmente, de conformidad con el numeral 4º del artículo 365 CGP se condenará en costas de ambas instancias a la demandante, como quiera que no sacó avante ninguna de sus súplicas.

XVII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida el veintiocho (28) de septiembre de dos mil doce (2012), por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el proceso ordinario de seguridad social que adelantó **ANA MILENA TRIANA** contra **ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A.** hoy **PROTECCIÓN S. A.**, al que se llamó en garantía a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S. A.**

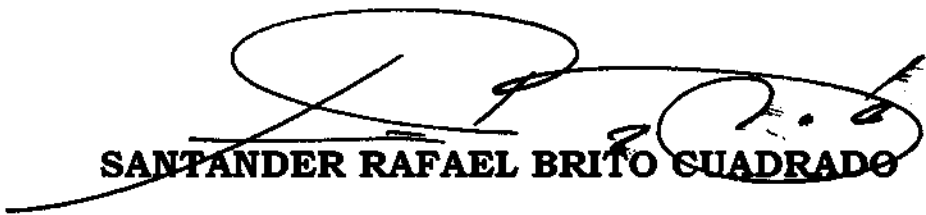
En sede de instancia, **RESUELVE:**

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 14 de octubre de 2011, por el Juzgado Veintitrés Laboral Adjunto del Circuito de Cali, en el proceso que adelantó **ANA MILENA TRIANA**, para en su lugar **ABSOLVER** a **ING**

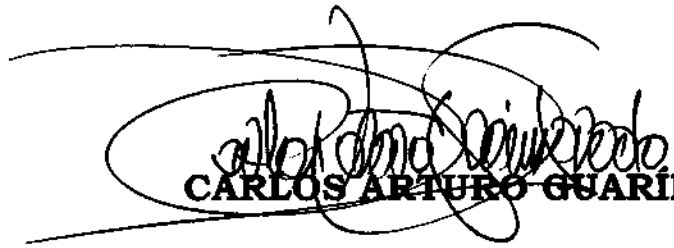
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A. hoy **PROTECCIÓN S. A.**, al que se llamó en garantía a la **COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S. A.**, de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. Costas como se indicó en la parte motiva.

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


SANTANDER RAFAEL BRITO CUADRADO


CECILIA MARGARITA DURÁN UJUETA


CARLOS ARTURO GUARÍN JURADO

