



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 4

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

Magistrado ponente

SL4118-2019

Radicación n.º 62399

Acta 034

Bogotá, DC, treinta (30) de septiembre de dos mil diecinueve (2019).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por **BBVA HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS SA**, hoy **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, contra la sentencia proferida por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, el 30 de noviembre de 2012, en el proceso que instauraron en su contra **JEFFERSON MARIO** y **HENDERSON BALLESTEROS LORA**, al que fueron vinculados como litisconsortes necesarios por pasiva el **DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO** y la **CONTRALORÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA**.

I. ANTECEDENTES

Jefferson Mario y Henderson Ballesteros Lora demandaron a BBVA Horizonte Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías SA hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA, para que fuera condenada a reconocerles y pagarles la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de su madre, Silvia Rosa Lora Aribilla, ocurrida el 18 de marzo de 1999, más los intereses moratorios y la indexación.

Fundamentaron sus peticiones en que su madre falleció en la fecha indicada, que se había afiliado a BBVA el 1 de octubre de 1995, razón por la que, solicitaron, en su calidad de hijos, la pensión de sobrevivientes que fue negada en 2 ocasiones en razón a que la causante no cumplía con el requisito de las 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a su muerte.

Manifestaron que la demandada les indicó que la Contraloría Distrital de Barranquilla mediante oficio del 13 de diciembre de 1999, le informó que no realizó las cotizaciones a nombre de la señora Lora Arbilla para los años de 1996 a 1999 y que, por lo tanto, era esa entidad la que debía asumir el pago de la pensión. Agregaron que el fondo de pensiones no cumplió con su obligación de cobrar al empleador moroso.

Señalaron que la accionada, mediante oficio del 24 de febrero de 2009 les notificó que les consignaba la suma de

\$16.271.636 correspondiente al 66,66% de la devolución de saldos de la afiliada, mediante transferencia electrónica.

Finamente agregaron que, a la fecha de presentación de la demanda, ambos se encontraban cursando estudios de educación superior.

Al dar respuesta, BBVA Horizonte Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías SA, hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos dijo que la causante no era cotizante al momento de su fallecimiento y no tenía 26 semanas en el año anterior, pues durante ese lapso su empleador, la Contraloría Distrital de Barranquilla, no le realizó el pago del aporte pensional.

Propuso como excepciones las de defectos de forma de la demanda, ausencia de derecho sustantivo responsabilidad de un tercero, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

En la segunda audiencia de trámite, BBVA solicitó al juez vincular al proceso a la Contraloría Distrital de Barranquilla, solicitud a la que accedió.

Esa entidad, se pronunció diciendo que todos los hechos debían probarse. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso como excepción previa las de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y como de fondo, la de falta de personería jurídica.

Como la excepción previa fue resuelta de manera positiva, el juzgado ordenó integrar al Distrito Especial Industrial y Portuario de Barranquilla, quien al contestar la demanda dijo que ningún hecho le constaba y propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Barranquilla, mediante fallo del 26 de noviembre de 2010 complementado el 23 de marzo de 2012, absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, al resolver el recurso de apelación formulado por los demandantes, mediante sentencia del 30 de noviembre de 2012, revocó la decisión del *a quo* y en su lugar condenó a BBVA Horizonte a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a Henderson y Jefferson Ballesteros Lora, a partir del 18 de marzo de 1999 en cuantía de \$236.438 mensuales, hasta el cumplimiento de los 18 años de edad o hasta los 25 si demostraban estudios.

En consecuencia, ordenó el pago de \$75.811.290 por concepto de retroactivo pensional y el de los intereses moratorios desde el 5 de mayo de 2008 hasta que se

produjera el pago efectivo de las mesadas pensionales, También declaró probada la excepción de compensación.

El *ad quem*, luego de transcribir los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 y de analizar las pruebas, concluyó que la causante fue empleada de la Contraloría Distrital de Barranquilla del 1 de octubre de 1995 al 18 de marzo de 1999, fecha de su fallecimiento, es decir, por 178 semanas y que esa entidad la afilió en pensiones a BBVA Horizonte, que entonces se superaban con creces las 26 exigidas en la norma.

Frente a las semanas no cotizadas por el empleador, dijo que era este quien realizaba los descuentos para su posterior pago al fondo de pensiones, por lo tanto, el incumplimiento patronal, fuera mora o retardo, no era causa justificativa para el no reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, de conformidad con lo dicho por esta corporación en la sentencia CSJ SL 35777, 19 may. 2009.

Frente a los intereses moratorios, tomó como fecha de reclamación de la pensión de sobrevivientes el 4 de marzo de 2008 (f.º 17), por lo que de conformidad con la Ley 717 de 2001, los 2 meses que tenía de plazo, vencieron en mayo siguiente, por lo que los concedió a partir del 5 del mes y año ya indicado.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el fondo de pensiones, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case la sentencia impugnada, para que, en sede de instancia, confirme la proferida por el *a quo*.

Con tal propósito formuló dos cargos, por la causal primera de casación.

VI. CARGO PRIMERO

Acusó la sentencia de violar la ley sustancial por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea de los artículos 22 y 24 de la Ley 100 de 1993, y la infracción directa de los artículos 48 de la Constitución Política, 3 del Decreto 2280 de 1994 y 39 y 53 del Decreto 1406 de 1999.

Para la demostración del cargo transcribió apartes de la sentencia del tribunal para decir que de las normas en las que se apoyó, no era posible deducir que la mora la debía asumir el fondo de pensiones, pues lo que ellas indican es la responsabilidad del empleador en el pago de las pensiones, agregó que, como: *«[...] nada dicen sobre el incumplimiento de ese deber de cobro, no es posible colegir que en estos preceptos legales se atribuya responsabilidad alguna a las administradoras de los regímenes pensionales, ni mucho*

menos, la de pagar las prestaciones así exista ese incumplimiento en el pago de los aportes [...]».

Por lo que solicitó una revisión del criterio jurisprudencial de esta corporación.

VII. CONSIDERACIONES

Dada la vía escogida por el recurrente no hay discusión frente a los siguientes aspectos: (i) que el 1 de octubre de 1995 Silvia Rosa Lara se trasladó del ISS a BBVA Horizonte; (ii) que su empleador era la Contraloría Distrital de Barranquilla para el período del 1 de octubre de 1995 hasta el 18 de marzo de 1999, fecha de su fallecimiento; (iii) que fue afiliada válidamente por la entidad al fondo de pensiones demandado sin realizar las cotizaciones.

Tiene definido la corte que la existencia de semanas de cotización en mora no es razón para negar el derecho pensional deprecado, por cuanto no pueden trasladársele al asegurado y a sus beneficiarios las consecuencias de la omisión del empleador en el pago de los aportes, sin que la entidad administradora de pensiones demuestre que realizó el cobro de lo adeudado en debida forma, es decir, como lo ordena el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

Esta corporación ha señalado que, para efectos de contabilizar las semanas cotizadas por el aportante, a fin de verificar si se cumplen los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, deben tenerse en cuenta las

consignadas oportunamente, las que se encuentran en mora y las que se pagaron de manera extemporánea, cuando no haya gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre afiliado.

Así pues, el trabajador dependiente cumple con su deber, realizando la labor para la que fue contratado, y es al empleador, posterior a la afiliación, a quien, de conformidad con lo señalado en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, le corresponde realizar el pago a la administradora pensional y de no hacerlo a término, se generan unos intereses moratorios. La norma indica:

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

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

Por lo tanto, antes de que la administradora de pensiones traslade las consecuencias del no pago de los aportes al afiliado o a sus beneficiarios, debe probar que, previamente cumplió, de manera diligente, con su obligación de realizar las correspondientes acciones de cobro, tal y como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993. Pues es responsabilidad suya garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados.

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

En ese campo, la labor de BBVA Horizonte no consistía en el simple recaudo de los aportes, sino que, como administradora de esos recursos, tiene la obligación legal de vigilancia, a fin de que se hagan efectivos aun ejerciendo, de ser necesario, las acciones coercitivas. Como lo ha establecido esta corporación en la sentencia CSJ SL4539-2018 rememorando la CSJ SL34270, 22 jul. 2008, reiterada en la SL537-2019 y SL3551-2019:

Sobre este punto, la Sala desde la sentencia CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 34270 en la que rectificó su criterio, se ha pronunciado de manera reiterada y pacífica, sosteniendo que el incumplimiento de la administradora de pensiones en su deber legal de cobro al empleador moroso, conduce inexorablemente, a que responda por la prestación reclamada, decisión que se ha rememorado recientemente en la CSJ SL3399-2018, en donde se puntualizó:

Sobre la línea jurisprudencial, garantizadora de los derechos de los trabajadores frente a empleadores morosos con el sistema de seguridad social y administradoras de pensiones negligentes en el recaudo de los aportes, la sentencia SL1363-2018 del 11 de abril de 2018, la rememoró así:

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

También hizo expresa precisión la Corte, para el caso concreto de los afiliados en condición de trabajadores dependientes, que, si

estos han cumplido cabalmente con el deber que les asiste frente a la seguridad social, de prestar el servicio y así causar la cotización, no pueden salir perjudicados ellos o sus beneficiarios, por la mora del empleador en el pago de los aportes y que, antes de trasladar a éste las consecuencias de esa falta, resulta menester verificar si la administradora de pensiones cumplió con el deber específico del cobro.”

Tal criterio doctrinal se ha reiterado por esta Sala de manera invariable, entre otras, en las sentencias CSJ SL, 13 feb. 2013, rad. 43839; CSJ SL, 15 may. 2013, rad. 41802; CSJ SL8715-2014; CSJ SL14388-2015; CSJ SL15167-2015; CSJ SL16814-2015; CSJ SL14987-2016; CSJ SL17488-2016; CSJ SL13266-2016; CSJ SL2136-2016; CSJ SL15980-2016; CSJ SL4892-2017; y CSJ SL5166-2017, CSJ SL1624-2018 y CSJ SL3550-2018.

Similar posición ha sostenido la Corte Constitucional, en especial, en la sentencia CC T-300-2014, en donde indicó:

4.5 El tiempo que en el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones aparece en mora de pago por parte de un empleador debe ser tenido en cuenta para efectos de acreditar los requisitos exigidos para obtener la pensión de vejez.

En primer lugar, se debe precisar que el registro de la mora en el pago de aportes que sea especificado en un Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones puede generarse por dos fenómenos a saber: a) cuando existiendo un vínculo laboral vigente el empleador no realiza el pago a la administradora de pensiones a la que esté afiliado el empleado, o b) cuando a pesar de haber cesado la relación laboral, el empleador no reporta la novedad de retiro a la respectiva Administradora de Fondos de Pensiones (AFP). Así pues, independientemente que se presente uno u otro fenómeno, el Reporte de Semanas Cotizadas en Pensiones registrará una mora en el pago de los aportes, toda vez que, en cualquiera de los dos eventos, la administradora de pensiones entenderá que existe un incumplimiento en las obligaciones del empleador, debiendo así, conforme la ley se lo exige, adelantar las acciones de cobro de los respectivos aportes adeudados.

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha destacado la función que desempeña el reconocimiento y pago de la pensión de vejez en la garantía efectiva de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas de los adultos mayores, la misma Corporación múltiples veces ha señalado que la mora u omisión del empleador en el pago de los aportes al sistema de seguridad social no puede ser un impedimento para que las Administradoras

de Fondos de Pensiones reconozcan la pensión de vejez a los afiliados; en otras palabras, dicha falta de pago no es motivo suficiente para negar el reconocimiento de la prestación pensional pretendida.

Lo anterior resulta así, primero, pues para el afiliado es inoponible, por un lado, el incumplimiento de una obligación que está a cargo de su empleador, y por otro, el cumplimiento de los deberes que surgen producto de la relación entre la AFP y el empleador, deberes cuya observancia es ajena al trabajador dependiente; y, segundo, ya que la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2633 de 1994 traen ciertos mecanismos y acciones que obligan a las administradoras de pensiones a realizar los cobros, incluso de forma coactiva, de las cotizaciones que se encuentren en mora con el fin de guardar la integridad de los aportes a pensión, y sancionar dichos pagos extemporáneos. Así entonces, ha dicho esta Corte “que la negligencia en el uso de dichas facultades, no puede servir de excusa para negar el reconocimiento y pago de una pensión, puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aportes”

[...]

En conclusión, la falta de pago de los aportes a la seguridad social por parte del empleador, o la negligencia en el uso de las herramientas de cobro por parte de las administradoras de pensiones, no pueden servir de argumento para negar el reconocimiento y pago de una prestación pensional, pues de lo contrario correría el trabajador con las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación legal de su empleador y con la correlativa falta de acción de la AFP encargada de cobrar los pagos no efectuados en tiempo por el empleador. En consecuencia, el empleado no debe asumir la ineficiencia de la entidad administradora en el cobro de dichos aportes, y esta última no puede alegar a su favor la propia negligencia en perjuicio del trabajador, toda vez que él es ajeno a dicha situación.

Así las cosas, la sala no encuentra una argumentación razonable por parte del casacionista para cambiar la posición pacífica frente a este tema. Por lo tanto, el cargo no prospera.

VIII. CARGO SEGUNDO

Acusó la sentencia de violar la ley sustancial por la vía directa, en la modalidad de interpretación errónea del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Para la demostración del cargo dijo que no discutía que cuando se está en presencia de un derecho adquirido a una pensión, el retardo en su reconocimiento, sin justificación, hace viable la imposición de intereses moratorios. Agregó que la condena no es inexorable, de conformidad con lo dicho en la sentencia CSJ SL 33399, 21 sep. 2010 que reiteró la SL 28910, 14 ag. 2007, la cual transcribió para concluir que:

En relación con las reglas aplicables para definir el derecho a una pensión cuando ha habido mora del empleador en el pago de los aportes, es claro que no ha existido claridad, al punto que no existe ninguna que establezca la obligación a cargo de la entidad de seguridad social.

De lo expuesto, se concluye que, si la conducta de la entidad de seguridad social demandada tuvo apoyo en las normas aplicables y, fundamentalmente, en la jurisprudencia vigente, no puede ser considerada dilatoria u omisiva, esto es, no puede ser tenida como morosa, de modo que no es posible imponerle una medida que busca resarcir los perjuicios ocasionados por la tardanza en reconocer una obligación, como lo son los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

IX. CONSIDERACIONES

Para la sala, el tribunal no hizo una interpretación errada del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo siguiente:

En forma preliminar se debe tener en cuenta, que la corte desde tiempo atrás ha sostenido que los intereses moratorios consagrados en el mencionado artículo, en

principio y por regla general, proceden en caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales, sin hacer distinción alguna en relación con la clase de prestación. Así se dejó sentado desde la sentencia CSJ SL 18789, 29 may. 2003, reiterada, entre otras, en la SL 32002, 12 dic. 2007, y recientemente en las decisiones SL6662-2018, SL1440-2018 y SL5079-2018.

En el mismo sentido, es pertinente memorar que ya se ha definido por esta corporación que, si bien la cancelación de los referidos intereses moratorios se encuentra supeditada a que exista mora o retardo en el pago de la prestación pensional a la que se tiene derecho, en todo caso, su naturaleza es resarcitoria, pues el legislador los estableció con miras a reparar la tardanza en el pago de la pensión a que haya lugar, y no como una mera sanción al deudor (CSJ SL 18512, 23 sep. 2002).

Del mismo modo, los intereses moratorios deben ser impuestos con independencia de la buena o mala fe en el comportamiento en que haya incurrido el deudor, siempre y cuando, se demuestre el retardo injustificado en la cancelación de la prestación pensional, en cuanto se trata, como se dijo, del resarcimiento económico encaminado a aminorar los efectos adversos que produce al acreedor la mora del deudor en el cumplimiento de las obligaciones. (CSJ SL7893-2015).

También ha advertido la corte que no en todos los casos es imperativo condenar a los intereses moratorios y ha

definido una serie de circunstancias excepcionales, en que se exonera de su pago, ya que la solución de la controversia se ha dirimido a la luz de una interpretación normativa, cuya resolución queda a merced de una decisión judicial, por lo que no se puede aducir que existió mora en el reconocimiento pensional, ya que la entidad actuó bajo el convencimiento de que al reclamante no le asistía el derecho

Y en la decisión CSJ SL 16390-2015 dijo la sala:

La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta no estuvo guiada por el capricho o la arbitrariedad, sino por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia.

En consecuencia, no hubo una infracción del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por interpretación errónea; así las cosas, el cargo no prospera.

No hay lugar a condena en costas, toda vez que no se formuló replica.

X. 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 dictada el treinta (30) de noviembre de dos mil doce (2012) por la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario laboral seguido por **JEFFERSON MARIO y HENDERSON BALLESTEROS LORA** contra **BBVA HORIZONTE SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS SA**, hoy **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA**, al que fueron vinculados como litisconsortes necesarios por pasiva el **DISTRITO ESPECIAL INDUSTRIAL Y PORTUARIO** y la **CONTRALORÍA DISTRITAL DE BARRANQUILLA**.

Sin costas.

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

ANA MARÍA MUÑOZ SEGURA

OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA

GIOVANNI FRANCISCO RODRÍGUEZ JIMÉNEZ