

República de Colombia

Corte Suprema de Justicia

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

Radicación No. 31080

Acta No. 06

Magistrado Ponente: FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de febrero de dos mil nueve (2009).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado de ENILDA ROSA ANAYA ANAYA, quien actúa en su propio nombre y en el de su hijo menor OSCAR WILLIAM MORALES ANAYA, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, el 11 de septiembre de 2006, en el juicio que promovió, junto con CARLOS ANDRÉS MORALES ANAYA, en contra de la entidad SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A., en donde fueron llamados a integrar el contradictorio la sociedad AFRANIO MANCILLA R. Y CIA. LTDA. y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

ANTECEDENTES

ENILDA ROSA ANAYA ANAYA, en su propio nombre y en el de su hijo menor OSCAR WILLIAM MORALES ANAYA, y CARLOS ANDRÉS MORALES ANAYA demandaron a la entidad SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A., en juicio donde se ordenó integrar el litisconsorcio necesario en la parte demandada con la sociedad AFRANIO MANCILLA R. Y CIA. LTDA. (fl. 82) y el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (fl. 123), con el fin de que fuera condenada a pagarles la pensión de sobrevivientes por la muerte de su compañero permanente y padre, BENITO JOSÉ MORALES LÓPEZ, a partir de su fallecimiento el 19 de mayo de 1995, para el menor OSCAR WILLIAM con la respectiva actualización del ingreso base, y desde el mes de septiembre de 1998, para los restantes, en la forma prevista en la Ley 100 de 1993; los intereses corrientes sobre las mesadas

adeudadas y los gastos funerarios por el fallecido.

Fundamentaron sus peticiones, básicamente, en que el ISS les reconoció, a excepción del hijo menor, la pensión de sobrevivientes por la muerte de su compañero y padre BENITO JOSÉ MORALES LÓPEZ, acaecida el 19 de mayo de 1995; pensión que fue cubierta hasta el mes de agosto de 1998 en que el ISS la suspendió; ROSA ENILDA ANAYA convivió con el causante por más de 10 años hasta la fecha del fallecimiento; el ISS adujo, como motivo de suspensión del pago de la pensión, que el fallecido se había trasladado al Fondo de Pensiones Porvenir S. A.; que, en consecuencia, acudieron a Porvenir para el reconocimiento de la pensión, pero les fue negada; demandaron al ISS, pero la entidad fue absuelta mediante fallo del Juzgado Laboral del Circuito de Apartadó del 3 de mayo de 2002, decisión que fue confirmada por el Tribunal Superior de Antioquia, mediante decisión del 25 de noviembre de 2002, con base en que el causante se había trasladado al Fondo Porvenir a partir del 1 de noviembre de 1994; ROSA ENILDA ANAYA ANAYA canceló los gastos funerarios de su compañero.

Al dar respuesta a la demanda (fls. 65 - 73), la accionada se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó, de acuerdo a la documentación aportada, el reconocimiento de la pensión por parte del ISS, la suspensión de su pago por el motivo enunciado, la demanda presentada contra el ISS, las decisiones tomadas en ese proceso y el pago por la actora de los gastos funerarios. Adujo que el traslado del fallecido a Porvenir, en principio, parece válido, pero que el empleador no efectuó ninguna cotización. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó como falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, necesidad del equilibrio financiero del sistema y prescripción.

Ordenado por el juzgado integrar el litisconsorcio necesario por la parte demandada (fl. 82), la sociedad AFRANIO MANCILLA Y CIA. LTDA., al dar respuesta a la demanda (fls. 84 – 87), se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó el reconocimiento de la pensión por parte del ISS y su suspensión. Lo demás dijo no conocerlo. Adujo en su favor que no tuvo conocimiento del traslado de régimen del fallecido, por lo que siempre cotizó al ISS. Propuso las excepciones de fondo que denominó: falta de causa para pedir, caducidad de las acciones y prescripción de los derechos.

Ordenado por el juzgado integrar el litisconsorcio necesario por la parte demandada (fl. 123), el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, al dar respuesta a la demanda (fls. 125 - 127), se opuso a las pretensiones y, en cuanto a los hechos, aceptó haber reconocido la pensión de sobrevivientes a los actores y que fue absuelto en proceso anterior. Lo demás dijo que no le constaba o lo remitió a prueba. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó como prescripción, falta de causa para pedir, buena fe e inexistencia de la obligación.

El Juzgado Laboral del Circuito de Apartadó, al que correspondió el trámite de la primera instancia, mediante fallo del 7 de julio de 2006 (fls. 298 – 317), condenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A. a pagar a los demandantes la pensión de sobrevivientes, por la muerte del afiliado BENITO JOSÉ MORALES LÓPEZ; los retroactivos por mesadas pensionales atrasadas; el auxilio funerario a favor de ENILDA ROSA ANAYA ANAYA. Condenó a la sociedad AFRANIO MANCILLA Y CÍA. LTDA. a pagar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A., la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes.

Mediante pronunciamiento del 18 de julio de 2006 (fls. 325 – 328) el Juzgado Laboral del

Circuito de Apartadó, adicionó la anterior decisión para absolver a la entidad PORVENIR S. A. y la sociedad AFRANIO MANCILLA Y CIA. LTDA., de los intereses corrientes y demás pretensiones en su contra.

## LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al conocer, por apelación interpuesta por los apoderados de la demandante ENILDA ROSA ANAYA ANAYA y de las demandadas PORVENIR S. A. y la sociedad AFRANIO MANCILLA Y CIA. LTDA., el Tribunal Superior de Antioquia, mediante fallo del 11 de septiembre de 2006, revocó el del a quo, en cuanto condenó a la entidad PORVENIR S. A. y, en su lugar, la absolvió de todas las pretensiones de la demanda. Modificó la condena en contra de la sociedad AFRANIO MANCILLA R. Y CIA. LTDA., para, en su lugar, condenarla a reconocer y pagar, en forma directa, la pensión de sobrevivientes por la muerte de BENITO JOSÉ MORALES LÓPEZ, a los demandantes. Así mismo, revocó la condena dispuesta en contra de la entidad PORVENIR S. A. por auxilio funerario y, en su lugar, dispuso que su pago correspondía a la sociedad AFRANIO MANCILLA R. Y CIA. LTDA.. Modificó el monto de las mesadas pensionales para los beneficiarios, dispuesto por el a quo. Declaró parcialmente próspera la excepción de prescripción frente a la demandante Enilda Rosa Anaya Anaya. Revocó la absolución por intereses moratorios, dispuestos en la sentencia complementaria y, en su defecto, condenó a los mismos, en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En lo que interesa al recurso extraordinario, partió el Tribunal, como supuestos debidamente acreditados, de que el causante al laborar al servicio de la empresa AFRANIO MANCILLA R. Y CIA. LTDA., se afilió al ISS el 23 de diciembre de 1993 y, posteriormente, el 3 de octubre de 1994, se cambió de régimen al entregar solicitud a PORVENIR S. A. y quedar afiliado a partir del 1 de noviembre de 1994; que falleció el 19 de mayo de 1995, todo, según dijo, conforme a la documental de folios 4, 74 y 145; que entre el 19 de mayo de 1994 y esa misma fecha de 1995, el causante alcanzó a cotizar 23 semanas, por lo que si el empleador hubiera cotizado entre el 1 de noviembre de 1994 y el 30 de enero de 1995, habría aportado 12,8571 semanas adicionales, para un total de 35,8571, por lo que habría alcanzado el tope de las 26 semanas, necesarias para adquirir el derecho.

## EL RECURSO DE CASACIÓN

Interpuesto por el apoderado de ENILDA ROSA ANAYA ANAYA, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se procede a resolver.

## ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende el recurrente que la Corte case parcialmente la sentencia recurrida, para que, en sede de instancia, confirme parcialmente la del a quo "...condenando a PORVENIR SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A. al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de ENILDA ROSA ANAYA ANAYA y de CARLOS ANDRÉS y OSCAR WILLIAM MORALES ANAYA...".

Con tal propósito formula un cargo, por la causal primera de casación, que fue replicado por la demandada Porvenir S. A. y enseguida se estudia.

## CARGO ÚNICO

Acusa la decisión recurrida de violar directamente, por falta de aplicación, los artículos 4, 15, 17,

22, 23, 24 y 60, literal j, de la Ley 100 de 1993, lo que, dice, conllevó a la inaplicabilidad de los artículos 14, 46, 73, 74, 75 y 142 de la Ley 100 de 1993.

En la demostración, transcribe la censura el artículo 4 de la Ley 100 de 1993, para luego señalar que si el pago de las pensiones es un servicio público esencial, solo puede ser prestado por las entidades expresamente creadas para ese menester, no por los particulares; que la anterior disposición la complementa el artículo 60, literal j, ibídem, que prescribe que la vigilancia de las Administradoras de Fondos de Pensiones corresponde a la Superintendencia Bancaria.

Seguidamente se refiere el censor a los artículos 15, 17, 22 y 23 del mismo ordenamiento, para sostener que en el presente caso se tiene la prueba de la afiliación del trabajador a Porvenir S. A., por lo que su afiliación estaba vigente al momento de su muerte y se mantenían las obligaciones del empleador y del Fondo en cuanto al pago y al recaudo de los aportes, y del Estado en cuanto al control del Fondo, para que, afirma, éste realizara el cobro de las cotizaciones; que el incumplimiento de las obligaciones del Fondo, no lo exime de la obligación de cumplir con el pago de los derechos pensionales a favor del trabajador o su grupo familiar; que no tiene sentido que los Fondos representen a los trabajadores para efecto del cobro de los aportes y que finalmente le opongan a éstos el incumplimiento de sus obligaciones, para desconocer sus derechos.

Dice que si el ad quem hubiere aplicado los artículos 17, 22, 23, 24 de la Ley 100 de 1993, requiriendo al Fondo para la prueba del cumplimiento de sus obligaciones, habría determinado el derecho a favor de la recurrente para el reconocimiento de la pensión, es decir, que hubiese aplicado los artículos 46, 73, 74, 75 y 142, que, en modo alguno, dice, establecen en contra del empleador la obligación de asumir las pensiones que corresponden a los Fondos de Pensiones, ni, aún, en el evento del atraso en las cotizaciones, pues les establece a ellas una serie de posibilidades para obtener el recaudo de los aportes e imponer sanciones a los empleadores incumplidos; que cuando se sanciona al empleador con el pago de la pensión, en realidad se está sancionando al trabajador, pues queda sin la garantía del control estatal.

## LA RÉPLICA

Sostiene que la decisión recurrida obedeció a un juicioso examen de la prueba recaudada, por lo que resulta inocuo su ataque por la vía directa, por lo que, aduce, el cargo ha debido intentarse por la vía indirecta; que el cargo, no obstante estar dirigido por la vía directa, en gran parte de su demostración se dedica a debatir asuntos de orden fáctico.

Señala, igualmente, que el artículo 13, literal d, de la Ley 100 de 1993, hace obligatorio el pago de cotizaciones, el artículo 17 reitera dicha obligación, el 22 radica exclusivamente en el empleador la obligación de cotizar y el 73 y 46, exigen que el causante se encuentre cotizando y hubiere aportado 26 semanas al momento de su fallecimiento o, habiendo dejado de hacerlo, lo hubiere hecho dentro el año inmediatamente al deceso. Situación que, dice, pone de presente que es el empleador el tomador del seguro y a quien corresponde el pago, por lo que si no cumple con su obligación y sobreviene el siniestro, a la aseguradora no le corresponde indemnizar sino a quien inicialmente tenía la obligación, es decir, al patrono; que es irrefragable que el pago de la pensión por parte del patrono, es consecuencia de su incumplimiento en el pago de las cotizaciones (arts. 87 Acuerdo 044 de 1989 del ISS, 20 de la Ley 100 de 1993, 27 del Decreto 692 de 1994, 8 del Decreto 832 de 1996 y 39 del Decreto 1406 de 1999); que al no haber el causante cotizado el número mínimo de semanas requeridas, es a su empleador a quien corresponde el pago de la pensión de sobrevivientes.

Por último, transcribe apartes de los fallos de esta Sala del 21 de febrero de 2006 (rad. 25109), 11 de julio de 2002 (rad. 16573) y 27 de enero de 2004 (rad. 20716).

## CONSIDERACIONES DE LA CORTE

No asiste razón a la réplica en cuanto sostiene que ha debido enderezarse el ataque por la vía indirecta porque la decisión se fundamentó en un análisis pormenorizado de la prueba, toda vez que no es en el fundamento fáctico de la sentencia en donde radica la inconformidad del recurrente, sino que, estando conforme con él, lo que critica del Tribunal es que en un panorama como el planteado en el proceso, en donde el empleador entró en mora en el pago de las cotizaciones, sin que la administradora de pensiones adelantara ninguna acción tendiente a obtener el recaudo oportuno de éstas, conforme a la legislación vigente, de todas maneras corresponde a ésta asumir el pago de la prestación y no al empleador, que no hace parte del sistema. Cuestionamiento que es eminentemente jurídico y necesariamente debe ser planteado por la vía directa, como se hizo por el censor.

Así mismo, debe decirse que, sin bien en la demostración la censura se refiere a algunos aspectos fácticos, no lo hace en oposición a lo deducido por el sentenciador de segundo grado como fundamento de su decisión, sino conforme a ello.

Ahora bien, no obstante que la falta de aplicación, en materia laboral, no es una modalidad de infracción de la ley contemplada por el legislador, jurisprudencialmente se ha equiparado ésta a la infracción directa, en tanto que, conforme a la sustentación del ataque, lo que denuncia el censor es el no haber tenido en cuenta el juzgador para tomar su decisión (por ignorancia o rebeldía), unas determinadas normas que, siendo aplicables, hubieran determinado decisivamente el sentido del fallo en forma diferente.

Igualmente, habrá de decirse del término “inaplicabilidad” que impropriamente utiliza el censor, pues es claro en la demostración del ataque que lo que enrostra con ese término es, precisamente, una infracción directa.

En lo que respecta al fondo del ataque, debe decirse que si bien la jurisprudencia acogida por la mayoría de la Sala, hasta hace poco sostuvo que si por culpa de la mora del empleador en el pago de los aportes a la seguridad social, el trabajador no alcanzaba a reunir los requisitos mínimos para que la Administradora del Fondo de Pensiones a la cual se encontraba afiliado le reconociera la pensión correspondiente, era a aquél (el empleador) a quien le tocaba asumir directamente el pago de la prestación, bajo el entendido que en estos casos no operaba la subrogación del riesgo, sobre el cual se edificaba el sistema anterior de los seguros sociales, tal como se expresó en las diversas sentencias que transcribe la réplica en su oposición.

No obstante, la anterior posición de la Sala en torno al punto varió recientemente, pues, bajo el nuevo Sistema General de Pensiones implantado por la Ley 100 de 1993, la figura de la subrogación del riesgo no resulta eficiente para determinar las consecuencias de la mora del empleador en el pago de los aportes correspondientes. En sentencia del 26 de agosto de 2008 (rad. 31063), dijo la Sala:

“La censura controvierte la conclusión del Tribunal de imponer al Instituto de seguros sociales el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada y exonerar al empleador respecto de dicha carga económica, no obstante haberse demostrado que hubo mora de esté en hacer los aportes a la entidad de seguridad social.

“Si bien la Sala había venido sosteniendo, que en caso de retardo del empleador en el pago de los aportes de sus trabajadores al régimen de seguridad social, era ese empleador moroso o incumplido quien debía asumir las prestaciones derivadas del Sistema y no las entidades que lo administran, tal criterio jurisprudencial ha sido recientemente rectificado por la mayoría de la Sala, para en su lugar, acoger la tesis contraria, atribuyéndole a la entidad administradora la carga de reconocer la prestación económica, cuando por su responsabilidad no ha activado los mecanismos previstos en la Ley para obtener el recaudo de las cuotas correspondientes a las cotizaciones en mora.

“Así en sentencia del 22 de julio de 2008, radicación 34270, la Sala consideró:

“Las administradoras de pensiones tanto públicas como privadas son elemento estructural del sistema de seguridad social; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones, hoy tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público de la Seguridad Social bajo su “dirección, coordinación y control”, y autoriza su prestación a través de “entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley”.

“Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, bajo el entendido de que toda su actividad ha de estar ordenada a cumplir con la finalidad de prestar el servicio público de la seguridad social.

“Ciertamente las administradoras de pensiones como prestadoras del servicio público de pensiones, su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.

“Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, ubicadas en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de gestoras de la seguridad social, actividad que por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

“Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

“Dentro de las obligaciones especiales que le asigna la ley a las administradoras de pensiones está el deber de cobro a los empleadores de aquellas cotizaciones que no han sido satisfechas oportunamente, porque a ellas les corresponde garantizar la efectividad de los derechos de los afiliados mediante acciones de cobro como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

“Si bien la obligación de pago de la cotización está radicada en cabeza del empleador (art. 22 de la Ley 100 de 1993), antes de trasladar las consecuencias del incumplimiento de ese deber al

afiliado o a sus beneficiarios, es menester examinar previamente, si las administradoras de pensiones han cumplido el que a ellas les concierne en cuanto a la diligencia para llevar a cabo las acciones de cobro.

“El afiliado con una vinculación laboral cumple con su deber de cotizar, desplegando la actividad económica por la que la contribución se causa. Esto genera un crédito a favor de la entidad administradora, e intereses moratorios si hay tardanza en el pago.

“Las administradoras de pensiones y no el afiliado, tienen por ley la capacidad de promover acción judicial para el cobro de las cotizaciones, por lo tanto no se puede trasladar exclusivamente la responsabilidad de la mora en el pago de las cotizaciones a los empleadores, sino que previamente se debe acreditar que las administradoras hayan adelantado el proceso de gestión de cobro, y si no lo han hecho la consecuencia debe ser el que se les imponga el pago de la prestación.

“Se ha argüido que la atribución de las prestaciones en caso de mora en las cotizaciones a las administradoras de pensiones afecta el equilibrio financiero del sistema; pero es que éste no puede obtenerse disminuyendo la cobertura y en perjuicio del trabajador que sí cumplió con su deber ante la seguridad social como era causar la cotización con la prestación de sus servicios, sino mediante la acción eficaz de las administradoras de pensiones de gestionar el recaudo de los aportes, pues ese mecanismo no puede valer para proteger a las administradoras contra riesgos causados y no para la protección del afiliado.

“.....

“De esta manera se rectifica una larga tradición jurisprudencial, de no atribuirle responsabilidad a las administradoras de pensiones en el caso de mora del empleador en el pago de cotizaciones a la seguridad social”.

“A más de lo reproducido, sirven de apoyo para reforzar la nueva tesis adoptada por la Sala, los siguientes:

“1.- Para la Corte, la relación triangular que existe entre las entidades que administran el Sistema de Seguridad Social Integral, los empleadores, y los trabajadores afiliados a aquellas, si bien guarda una íntima y estrecha conexidad, que impone obligaciones recíprocas para que dicho Sistema opere y cumpla sus objetivos resulta menester deslindar las responsabilidades que a cada uno les compete, frente al incumplimiento de las aludidas obligaciones. En el punto analizado ello es indispensable, pues la asunción del riesgo que se contrata con las Administradoras del Sistema, no fue condicionado por la ley al pago real o recaudo efectivo de los aportes, porque de ser así, ello iría en perjuicio del trabajador afiliado o de sus beneficiarios, máxime cuando la misma entidad ha sido renuente al cobro de los dineros en retardo.

“2.- En el marco de las obligaciones que le incumben al empleador frente a sus trabajadores, y que atañen con la seguridad social, se encuentra el de la afiliación de sus servidores a los regímenes previstos en la Ley 100 de 1993 (salud, pensiones y riesgos), así como trasladar a las entidades que los administran y en el término previsto legalmente, los dineros correspondientes a los aportes, previo el descuento de las nóminas y en la proporción señalada en ley.

“A su vez, las entidades que administran el Sistema, además de la obligación de asumir el pago de las prestaciones que amparan, está la de hacer efectivo el cobro de aportes, para lo cual cuentan con los instrumentos legales, pues la responsabilidad del recaudo es de su resorte,

conforme lo disponen los artículos 177 y 178 de la ley 100 de 1993, en salud; artículo 24 de la Ley 100 de 1993, en pensiones; y artículo 80 literal c) del Decreto 1295 de 1994, en riesgos profesionales.

“Bajo la anterior premisa, si la entidad que administra el Sistema elude su responsabilidad de recaudar los aportes, al no acudir a los mecanismos legales para su cobro efectivo, no le asiste legitimación para oponerse a asumir el riesgo asegurado, y de esa manera sacar provecho de su propio incuria en detrimento del afiliado.

“3.- Es conveniente precisar que la mora en el pago de los aportes no puede ser imputable al trabajador afiliado, pero en cambio si al empleador y/o a la administradora del Sistema, el primero por la dilación u omisión manifiesta en cumplir con la obligación que asumió, y la segunda, por no ejercer las acciones o procedimientos que la ley le brinda para hacer efectivo el cobro de los aportes. De ahí que esa responsabilidad debe desatarse y decidirse sin perjuicio del afiliado, pues nada tiene que ver con ese incumplimiento; de modo que en principio es la entidad de seguridad la que debe responderle al asegurado por las contingencias amparadas, dejando a salvo las acciones que ésta puede adelantar para recuperar los aportes dejados de percibir por el incumplimiento de los empleadores, y los eventuales perjuicios, y sanciones por parte de las autoridades administrativas, encargadas de ejercer la inspección, vigilancia y control.

“En las condiciones anteriores, cabe afirmar que el Tribunal no incurrió en la violación endilgada, en cuanto impuso al Instituto de Seguros Sociales la obligación de asumir el pago de la pensión de sobrevivientes de los demandantes.”

En el fallo recurrido, aunque el Tribunal verificó que Porvenir S. A. únicamente se limitó a recibir la afiliación del causante Benito José Morales, sin adelantar ninguna actividad tendiente a obtener el recaudo de aportes o el traslado de los realizados al ISS, consideró que lo determinante en este asunto era la falta de cotización del empleador durante los meses de noviembre y diciembre de 1994 y enero de 1995, para establecer la pensión a cargo de éste, conforme a jurisprudencia de esta Sala, de donde resulta claro el yerro jurídico en que incurrió, pues bajo ese mismo panorama fáctico, que no discute la censura, se ofrece una solución distinta, conforme a las normas que se invocan en el cargo y a la actual posición de la Sala en torno al tema.

En consecuencia, el cargo es fundado y se casará la sentencia impugnada.

En la medida que en el recurso de apelación de la sentencia de primer grado, la entidad Porvenir S. A. cuestiona la decisión de condenarla al pago de la pensión de sobrevivientes, bajo el supuesto que es al empleador al que corresponde su pago debido a su mora, basten las anteriores consideraciones hechas en sede de casación, para confirmar dicha condena en contra de la administradora de pensiones demandada.

En cuanto a la apelación de la demandada AFRANIO MANCILLA Y CIA, cuestiona la decisión de primer grado en cuanto la condenó a pagar a Porvenir S. A. “...la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobreviviente a que fue condenada la entidad en este proveído...”, porque aduce (fl. 322), en síntesis, no estar obligada a tal pago porque dicha entidad omitió informarle el cambio de Fondo de su trabajador, además que sus cotizaciones las realizó ante el ISS.

La suma adicional a que condenó el juez a quo a la sociedad recurrente, con base en el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, según lo dispone su inciso primero, está a cargo de la aseguradora, de

modo que la mora del empleador, no genera a cargo de éste asumir tal riesgo, ya que no existe norma que así lo disponga.

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993 establece en cabeza del empleador, la responsabilidad del pago de su aporte y del de sus trabajadores; el artículo 23 ibídem dispone que los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador; y el artículo 24 del mismo ordenamiento, a su vez, dispone que corresponde a las entidades administradoras las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador.

Según lo expuesto, la mora del empleador en el pago de las cotizaciones, lo que genera es el pago de intereses, además del capital, y su cobro corresponde hacerlo a la administradora del fondo, sin que se pueda exculpar al empleador la falta de pago de las cotizaciones, la incuria o la desidia de la entidad para efectuar el correspondiente cobro.

En consecuencia, habrá de revocarse el numeral cuarto de la parte resolutive de la decisión de primer grado, para, en su lugar, absolver a la demandada AFRANIO MANCILLA & COMPAÑÍA LTDA., de la condena impuesta de pagar a PORVENIR S. A. “La suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobreviviente a que fue condenada la entidad en este proveído...”

Las costas de primera y segunda instancia estarán a cargo de la sociedad Porvenir S. A.. Sin costas en el recurso extraordinario.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia dictada el 11 de septiembre de 2006, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia, dentro del juicio ordinario laboral adelantado por **ENILDA ROSA ANAYA ANAYA**, quien actúa en su propio nombre y en el de su hijo menor **OSCAR WILLIAM MORALES ANAYA** y **CARLOS ANDRÉS MORALES ANAYA**, a la entidad **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.**, donde fueron llamados a integrar el contradictorio la sociedad **AFRANIO MANCILLA R. Y CIA. LTDA.** y el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES**, solamente en cuanto revocó la del a quo que condenó a la entidad **PORVENIR S. A.** y, en su lugar, la absolvió de todas las pretensiones de la demanda y modificó la condena en contra de la sociedad **AFRANIO MANCILLA R. Y CIA. LTDA.**, para, en su lugar, condenarla a reconocer y pagar, en forma directa, la pensión de sobrevivientes por la muerte de **BENITO JOSÉ MORALES LÓPEZ**, a los demandantes y lo continúe haciendo. **NO LA CASA EN LO DEMÁS.** En instancia, se confirma la decisión del a quo, en cuanto condenó a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.** a pagar a los actores la pensión de sobrevivientes por la muerte de **BENITO JOSÉ MORALES LÓPEZ**. Así mismo, revoca el numeral cuarto de la parte resolutive de la decisión de primer grado y, en su lugar, absuelve a la sociedad **AFRANIO MANCILLA & COMPAÑÍA LTDA.**, de la condena a pagar a **PORVENIR S. A.** “La suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de sobreviviente a que fue condenada la entidad en este proveído...”. En lo demás se deberá estar a las revocatorias y modificaciones dispuestas por el fallo del ad quem, en cuanto no fueron objeto del recurso de casación. Las costas de primera y segunda instancia estarán a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.** Sin costas en el recurso extraordinario.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN    GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS                      LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO                      ISAURA VARGAS DÍAZ

MARÍA ISMENIA GARCÍA MENDOZA

Secretaria

2



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

