



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Laboral
Sala de Descongestión N.º 1

OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN

Magistrada ponente

SL4318-2020

Radicación n.º 75715

Acta 41

Estudiado, discutido y aprobado en sala virtual.

Bogotá, D. C., cuatro (4) de noviembre de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala el recurso de casación interpuesto por la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.** contra la sentencia proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia el 16 de junio de 2016, en el proceso ordinario laboral que instauró **JORGE ELIÉCER CAMARGO VARGAS** contra la entidad recurrente y **SEGURIDAD SKIROS LTDA.**, trámite al que se vinculó al **CONJUNTO PORTAL DEL PINAR PH.**

I. ANTECEDENTES

Jorge Eliécer Camargo Vargas demandó a la empresa

de Seguridad Skiros Ltda., con el fin de que una vez se declare que entre las partes cursaron dos contratos de trabajo, uno de ellos en el periodo comprendido del 1º de septiembre de 2009 al 15 de enero de 2010, y otro del 1º de marzo de 2011 al 30 de julio de 2011, se la condene al reconocimiento y pago de los aportes a pensión que se encontraban en mora, con destino a Porvenir S. A., a fin de que esta última tenga como válidas las semanas laboradas y no cotizadas por la empleadora.

Así mismo, deprecó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a cargo de Porvenir S. A., por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el retroactivo pensional a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, los intereses moratorios, las costas del proceso y, subsidiariamente, la indexación de las condenas.

En respaldo de sus peticiones, indicó que nació el 23 de mayo de 1972; y que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 68.25%, con fecha de estructuración 30 de diciembre de 2010.

Expuso que solicitó a Porvenir S. A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la que le fue negada mediante oficio n.º 0200001094285800 del 2 de agosto de 2012, con el argumento de no haber acreditado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Adujo que se afilió a la AFP Porvenir S. A. el 1º de noviembre de 1994 y efectuó aportes como dependiente durante toda su vida laboral; que laboró como vigilante en el «*Conjunto Residencial El Pinar de Patio Bonito de Armenia* (sic)» al servicio de la empresa de Seguridad Skiros Ltda., por contrato a término indefinido desde el 1º de septiembre de 2009 hasta el 15 de enero de 2010; y que se vinculó nuevamente con dicha empresa de marzo a julio de 2011, entidad que omitió afiliarlo y pagar los aportes a pensión, tal como consta en la historia laboral.

Agregó que, al sumar los tiempos de cotización de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, esto es, 1º de enero de 2008 a 30 de diciembre de 2010, junto con los dejados de cotizar por Seguridad Skiros Ltda. entre el 1º de septiembre de 2009 y el 15 de enero de 2010, cumple con las 50 semanas requeridas para obtener la prestación que reclama.

Al contestar la demanda, la empresa de Seguridad Skiros Ltda. se opuso al éxito de las pretensiones; y en cuanto a los hechos, manifestó que no le constaban o no eran ciertos. En su defensa argumentó que el actor no laboró para ella entre el 1º de marzo y el 30 de julio de 2011 y que los periodos a los que se refiere en la demanda, fueron cancelados. El efecto propuso las excepciones de falta de derecho para pedir y pago. (f.º 62).

Por su parte, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., al dar respuesta al

escrito inaugural, se opuso a la prosperidad de las peticiones; y en cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del actor, la calificación efectuada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, la enfermedad padecida por él, la reclamación de la prestación y su respuesta, y los aportes realizados. Frente a los demás supuestos fácticos indicó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa manifestó que la prestación fue negada porque el actor no cumplía con las 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y, además, que como se alegaba mora en el pago de las cotizaciones por parte del empleador, a Seguridad Skiros Ltda. correspondía asumir el pago de la prestación. Al respecto propuso las excepciones de mérito que denominó así: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, ausencia de derecho sustantivo, falta de causa en las pretensiones de la demanda, responsabilidad del empleador, compensación, buena fe, prescripción y la genérica (f.º.86).

Mediante proveído del 6 de agosto de 2014 (f.º 161) el juez de primer grado ordenó integrar el contradictorio con el Conjunto Residencial Portal del Pinar, quien no contestó la demanda (f.º 182).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Armenia,

mediante fallo del 24 de septiembre de 2015, dispuso lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JORGE Eliécer CAMARGO VARGAS como trabajador y SEGURIDAD SKIROS LTDA como empleador se ejecutó un contrato de trabajo desde el 1 de septiembre del 2009 hasta el 15 de enero del 2010.

SEGUNDO: DECLARAR que SEGURIDAD SKIROS LTDA no pagó aportes a seguridad social del demandante durante el tiempo declarado en el numeral anterior.

TERCERO: CONDENAR a SEGURIDAD SKIROS LTDA. a pagar a favor del señor JORGE Eliécer CAMARGO VARGAS pensión de invalidez desde el 30 de diciembre del 2010, en cuantía equivalente al salario mínimo. Se autoriza al demandado a descontar de los retroactivos el valor recibido por el actor por concepto de devolución de saldos, y lo transado con éste. Se generarán intereses moratorios desde la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ABSOLVER a PORVENIR S.A. de las pretensiones incoadas por el señor JORGE Eliécer CAMARGO VARGAS.

QUINTO: ABSOLVER igualmente al CONJUNTO RESIDENCIAL EL PINAR de las pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas a SEGURIDAD SKIROS LTDA. Como agencias en derecho se fija el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales.

La anterior decisión fue adicionada en providencia del 25 de noviembre del mismo año, así:

[...] en el sentido de plasmar en el numeral sexto de la parte resolutive, que las excepciones propuestas por PORVENIR S. A. y el Conjunto Residencial Portal del Pinar no se resuelven por ser el fallo absolutorio respecto de ellos. Igualmente, adicionar un numeral más, esto es, el SÉPTIMO, el cual dispone declarar no probadas las excepciones propuestas por SEGURIDAD SKIROS Ltda.

III. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del

Distrito Judicial de Armenia, mediante sentencia del 16 de junio de 2016, al desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, resolvió:

Primero: Modificar los numerales tercero y cuarto de la sentencia del 24 de septiembre de 2015, adicionada el 25 de noviembre del mismo año, proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Armenia, que desató la primera instancia del proceso ordinario promovido por Jorge Eliécer Camargo Vargas contra la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Seguridad Skiros Ltda. y el Conjunto Residencial El Pinar; los numerales aludidos quedarán así:

3°. Declarar que Jorge Eliécer Camargo Vargas tiene derecho a la pensión de invalidez desde el 30 de diciembre de 2010, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, por catorce mesadas, la cual deberá ser reconocida por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

4°. Condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. a pagar a Jorge Eliécer Camargo Vargas, el retroactivo pensional causado entre el 30 de diciembre de 2010 y hasta que se haga la inclusión en nómina del pensionado, el cual asciende a \$44'794.543 al momento de proferirse la sentencia de segundo grado; de tal cifra se autoriza el descuento del valor correspondiente a la devolución de saldos que el Fondo hubiere entregado al demandante.

Segundo: Agregar dos numerales los cuales quedarán de la siguiente manera:

7°. Condenar a Seguridad Skiros Ltda. a pagar el cálculo actuarial que resulte de los aportes que esa entidad omitió realizar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que corresponden a los ciclos de 1º de septiembre de 2009 a 15 de enero de 2010; la administradora de pensiones demandada realizará dicho cómputo.

8°. Autorizar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. para que descunte del retroactivo pensional, los valores correspondientes a los aportes a salud de Jorge Eliécer Camargo Vargas a partir del 30 de diciembre de 2010.

Tercero: Confirmar las demás decisiones de la misma providencia.

Cuarto: Sin costas en esta instancia.

En lo que interesa al recurso extraordinario, el Tribunal señaló que no había controversia acerca de la existencia del contrato de trabajo entre Jorge Eliécer Camargo Vargas y Seguridad Skiros Ltda., durante el periodo transcurrido entre el 1º de septiembre 2009 y el 15 de enero de 2010, «*lapso durante el cual el empleador omitió realizar el pago de aportes a la seguridad social del demandante*».

Así mismo, advirtió que como el juez Juzgado no hizo pronunciamiento concreto acerca del retroactivo pensional ni al número de mesadas, conforme al principio de congruencia, según el cual, la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda, debía suplir ese déficit. Dicho esto, estableció los problemas jurídicos a resolver, así:

[...] 1) determinar si el demandante acreditó los requisitos necesarios para acceder a la pensión de invalidez; 2) en caso de respuesta positiva, quién debe asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de Jorge Eliécer Camargo y 3) la fecha del reconocimiento de la prestación, el monto de las mesadas pensionales, el retroactivo y los intereses moratorios.

Al efecto, afirmó que la tesis de la Sala era que el demandante acreditó los requisitos para la pensión de invalidez prevista en la Ley 860 de 2003 y, por tanto, correspondía a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. el reconocimiento y pago de la prestación desde el 30 de diciembre de 2010, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente, por

catorce mesadas, junto con el retroactivo pensional, sin intereses moratorios.

Argumentó que la norma que gobierna la pensión es la vigente al momento en que se estructura el estado de invalidez, conforme a lo dicho en sentencia CSJ SL, 18 de noviembre 2015, rad. 48231; y que el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 exigía una pérdida del 50% de la capacidad laboral y un mínimo de 50 semanas de cotización dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad o del hecho accidental.

Con relación a la entidad encargada del reconocimiento pensional dijo: *«a partir de los efectos de la falta de afiliación al régimen de seguridad social de un trabajador»,* la jurisprudencia *«ha optado por asumir la omisión en la afiliación y solucionarla a través de un reconocimiento del tiempo de servicio prestado como tiempo cotizado, pero con la condición de que el empleador traslade un cálculo actuarial a la respectiva entidad de seguridad social»,* quien mantiene la obligación de reconocer las prestaciones correspondientes, para lo que se remitió a la providencia CSJ SL, 20 oct. 2015, rad. 43182.

Agregó que en esa sentencia se analizaron las cargas prestacionales entre el empleador omiso y la administradora de pensiones, estableciendo que corresponde *«pagar las pensiones a las entidades de seguridad social, al empleador pagar el cálculo actuarial que resulte de las cotizaciones que omitió»,* en tanto era más adecuado a los intereses de los afiliados y a los objetivos y principios del sistema de

seguridad social.

Frente a los presupuestos de la pensión de invalidez dijo que, según el dictamen de pérdida de capacidad laboral que obra a folio 13, la «*incapacidad*» se estructuró el 30 diciembre 2010; que Jorge Eliécer Camargo presentaba una minusvalía de origen común equivalente al 68.25%, y que, conforme a la relación de aportes emitida por la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., que reposa a folio 200, se infería que el demandante dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez acreditó 36,57 semanas, correspondientes a los ciclos de enero de 2008, septiembre a diciembre 2008, abril a agosto de 2009 y de marzo a abril de 2010, todos realizados por diversos empleadores.

Adujo que como el juez de primer grado declaró que Jorge Eliécer Camargo Vargas trabajó para Seguridad Skiros Ltda. entre el 1º de septiembre 2009 y el 15 enero 2010, período durante el cual el empleador omitió la afiliación al sistema de seguridad social, «*aspecto que no fue controvertido por las partes*», las 19,28 semanas correspondientes a dicho lapso debían sumarse a las sufragadas por los restantes empleadores. Por consiguiente, indicó, el demandante acredita un total de 55,85 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la minusvalía, por lo que tiene derecho a la pensión de invalidez incoada.

Aseveró que la entidad encargada del reconocimiento y

pago de la pensión sería la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. y que, al empresario Seguridad Skiros Ltda., le incumbía *«pagar los aportes pensionales omitidos y necesarios, con base en el cálculo actuarial que realice la administradora de pensiones»*.

Arguyó que la decisión del juez de primer grado, según la cual al empleador que omite la afiliación del trabajador le corresponde sufragar la prestación, difería del *actual* criterio jurisprudencial de esta Corte, conforme al que *«la falta de afiliación al régimen de seguridad social del trabajador impone al empleador la carga de pagar el cálculo actuarial que resulte de los aportes que omitió realizar a la administradora de pensiones, pues corresponde a esta última el reconocimiento y pago de la prestación social»*. Todo ello con el fin de cumplir los objetivos y principios del sistema de seguridad social, razón por la cual modificaba los numerales 3 y 4 de la sentencia de primera instancia.

Precisó que como el Juzgado no hizo pronunciamiento acerca del número de mesadas, debía corregir ese déficit con apoyo al principio de congruencia. Por consiguiente, la prestación tenía que reconocerse por catorce mesadas anuales, dado que el derecho se causó el 30 diciembre 2010, es decir, luego de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, pero con anterioridad al 31 de julio de 2011. Frente al retroactivo pensional adujo que igual consideración merecía este punto, pues, aunque el sentenciador lo concedió, no realizó la correspondiente liquidación; que el valor liquidado *«arroja la suma de*

\$44,794,543 pesos, guarismo que cubre el lapso que va del 30 diciembre 2010 hasta el mes de mayo 2016, fecha de la sentencia de segunda instancia». Agregó que autorizaba a Porvenir S. A. para que de dicha suma compensara «la devolución de saldos que hubiere entregado al demandante».

Finalmente refirió a la no prosperidad de las excepciones planteadas, especialmente, a la de prescripción.

IV. RECURSO DE CASACIÓN

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

V. ALCANCE DE LA IMPUGNACIÓN

Pretende la recurrente que la Corte case la sentencia fustigada, para que, en sede de instancia, confirme la decisión de primer grado y la absuelva de todo lo impetrado en su contra.

En subsidio, solicita lo siguiente:

[...] se reclama la casación parcial de la providencia recurrida en cuanto ordenó erogar la pensión otorgada a partir del 30 de diciembre de 2010, sin tener en consideración que sólo una vez Seguridad Skiros Ltda. desembolse lo que le corresponde asumir se estaría cumpliendo, por un lado, con el requisito de semanas exigido por la ley para que el señor Camargo se convierta en legítimo beneficiario de la pensión pedida y, por otro, se estaría conformando el capital requerido para financiarla; con posterioridad, se solicita que revoque parcialmente la decisión de primer grado en cuanto condenó a Seguridad Skiros Ltda. a responder por la pensión de invalidez

y, en sede de instancia, le ordene a Porvenir S.A. pagar la pensión pero solo después de que la mencionada Seguridad Skiros Ltda. le entregue la cantidad de dinero que se determine mediante cálculo actuarial y que compense las cotizaciones dejadas de efectuar por el empleador.

También en subsidio, se demanda que case parcialmente la decisión del juez colegiado en cuanto mandó pagar la pensión de invalidez a razón de catorce mesadas por anualidad. Después, se pide que revoque en forma parcial la sentencia del juez a quo en cuanto condenó a Seguridad Skiros Ltda. y, en sede de instancia, le ordene a Porvenir S.A. cancelar la pensión deprecada a razón de doce mesadas por año.

Con tal propósito formula tres cargos por la causal primera de casación, frente a los que no se presenta réplica. Por razones de método se resolverá inicialmente el primer cargo, con fundamentó en el cual se pretende la casación total de la sentencia fustigada; y luego, de ser necesario, se abordará el estudio de los demás.

VI. CARGO PRIMERO

Por vía directa atribuye la aplicación indebida del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y la infracción directa de los artículos 1, 13 literal d, 22 y 70 de la Ley 100 de 1993; 11, 12 y 13 del Decreto 2665 de 1988, aplicables por remisión del artículo 31 de la Ley 100 de 1993; 19 y 27 del Decreto 692 de 1994; 8 del Decreto 832 de 1996; 24, 39 y 53 del Decreto 1406 de 1999; 2, 3, 4 y 7 de la Ley 797 de 2003, modificatorios de los artículos 13 literal a, 15, 17 y 20 de la Ley 100 de 1993; 259 del Código Sustantivo del Trabajo; 1609 del Código Civil; 42, 164 y 167 del Código General del Proceso; 8 de la Ley 153 de 1887; 1, 29 y 230 de la Constitución Política; y 1 del Acto Legislativo 01 de

2005.

Aduce no controvertir las conclusiones fácticas del Tribunal, según las cuales durante el período comprendido entre el 1º de septiembre de 2009 y el 15 de enero de 2010, el señor Camargo Vargas laboró para Seguridad Skiros Ltda. y que esta no avisó al sistema de seguridad social en pensiones sobre el vínculo laboral ni realizó aporte alguno a favor de su dependiente.

Luego de citar algunos apartes de la sentencia CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 41023, expone que el empleador que no vincula a su trabajador al sistema de seguridad social o no avisa sobre la existencia del nexo laboral, debe responder por el pago de las prestaciones no cubiertas a causa de su negligencia. Agrega que conforme a lo previsto en el artículo 259 del CST, el empleador tiene la obligación de sufragar las prestaciones patronales comunes hasta cuando sean asumidas por el sistema de seguridad social, previo cumplimiento de las imposiciones legales.

Manifiesta que el artículo 13 literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 de la Ley 797 de 2003, establece que la afiliación de todos los trabajadores dependientes al Sistema General de Pensiones es obligatoria, lo que conlleva el deber de consignar oportunamente los aportes por parte del empleador, aun en el evento de que no le hubiere descontado al trabajador las sumas correspondientes.

Alude que, conforme a lo previsto en el artículo 1609

del Código Civil, en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora mientras el otro no lo cumpla o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos; que al «*conjurar*» dicha disposición con el artículo 259 del CST es fácil inferir que las pensiones sólo se subrogan en el sistema cuando el patrono atiende todo aquello que la ley exige para tal efecto, «*viniendo como derivado de un incumplimiento que el empleador tenga que responder con su propio patrimonio por todo lo que el citado sistema de seguridad social no erogue a causa de su incuria*».

Asevera que en el régimen de ahorro individual con solidaridad el afiliado construye su propio patrimonio con el que se surte el pago de la prestación pensional, pero cuando los recursos son insuficientes, la aseguradora con la que se haya contratado el seguro previsional es quien debe aportar el dinero faltante, conforme lo señala el artículo 8 del Decreto 832 de 1996; y que la cobertura del riesgo asegurado sólo es exigible si se ha pagado oportunamente el costo del seguro.

Dice que la condena impuesta al patrono, consistente en entregar a la administradora de pensiones el cálculo actuarial equivalente a los aportes dejados de consignar, resulta precaria y totalmente inequitativa, pues si bien con ello se llena el faltante de la cuenta de ahorro individual, no ocurre lo mismo frente al seguro previsional, puesto que como no se pagó la prima correspondiente porque a la administradora no se le puso en conocimiento la existencia del vínculo de trabajo, no se puede garantizar la erogación

de las mesadas sin contar con la suma adicional que debe proveer la aseguradora, *«de suerte que al no haber seguro no hay recursos adicionales, y al no haber recursos adicionales quien termina sufragando la prestación con su propio patrimonio es la pluricitada administradora de pensiones»*.

Después de memorar el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, arguye que condenar a la administradora a pagar una prestación con su propio peculio, sin que hubiese mediado culpa alguna de su parte, resulta violatoria de dicha disposición y atenta contra la sostenibilidad financiera de la entidad. Así mismo, alega que los planteamientos esbozados recogen los principios constitucionales, tales como: prevalencia del interés general sobre el particular y de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

Alega que es un verdadero desatino obligarla a erogar la prestación reclamada, puesto que aun en el evento de que el empleador sufrague el cálculo actuarial correspondiente al lapso durante el cual dejó de cumplir su deber de afiliación, ello no remedia el hecho de que durante ese mismo período no se pagó la prima del seguro previsional, dado que, como es obvio, lo acumulado en la cuenta individual del afiliado no es suficiente para poder hacerlo. Al efecto cita el artículo 77 de la Ley 100 de 1993.

VII. CONSIDERACIONES

Atendiendo los argumentos esbozados por la censura, le corresponde a la Sala determinar si el sentenciador incurrió en yerro de orden jurídico, al considerar que la administradora de pensiones debe asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez procurada por el actor, pese a que el empleador no lo afilió al Sistema General de Pensiones durante el lapso que estuvo bajo su mando.

Dada la vía escogida, se tienen por indiscutidos los siguientes supuestos fácticos que encontró acreditados el sentenciador de segundo grado: *i)* Jorge Eliécer Camargo Vargas presenta pérdida de capacidad laboral del 68.25%, estructurada el 30 de diciembre de 2010; *ii)* dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, el actor cotizó a la AFP Porvenir S.A. 36.57 semanas, correspondientes a los periodos de: enero, septiembre a diciembre 2008, abril a agosto de 2009 y de marzo a abril de 2010, lapsos en los que prestó servicios a empleadores distintos al aquí demandado; *iii)* el demandante laboró para Seguridad Skiros Ltda., entre otros periodos, en el comprendido del 1º de septiembre 2009 al 15 enero 2010 y *iv)* que en el lapso anteriormente referido el empleador omitió la afiliación del trabajador al sistema de seguridad social, equivalente a 19,28 semanas.

Los soportes de hecho antes referidos evidencian el error jurídico en que incurrió el sentenciador de segundo grado al señalar que a las entidades administradoras de pensiones, previo el pago del correspondiente cálculo actuarial por parte del empresario, les corresponde asumir

el pago de la pensión de invalidez de aquellos trabajadores que por omisión de estos (empleadores), no fueron afiliados a alguna AFP, y por tanto, tampoco realizaron aportes durante las semanas que legalmente se requerían para la configuración del derecho; pues de entrada se advierte que confundió dos circunstancias disímiles, esto es, la falta de afiliación y la mora en el pago de los aportes, figuras que provocan consecuencias bien distintas.

En efecto, esta Corte tiene señalado que cuando el empleador no cumple con la obligación de afiliar a su trabajador en el régimen de seguridad social en pensiones, que aquel escoja, ni gestiona íntegramente antes de la ocurrencia del riesgo (muerte o estructuración del estado de invalidez) la respectiva convalidación del tiempo, ello impide el nacimiento de la obligación a cargo de la AFP, por la sencilla razón que tales entidades no están en la obligación de conocer la existencia del contrato de trabajo que origine la cobertura de los diferentes riesgos, y ante esa imposibilidad física, emerge también la jurídica de asumirlos.

En tales eventos, según lo dispone el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995, corresponde al empleador asumir el reconocimiento y pago de la respectiva pensión, sin que sea dable imponerle la obligación de cancelar el periodo servido a través de un cálculo actuarial.

En providencia CSJ SL3512-2018, en la que esta Sala reiteró la CSJ SL4103-2017, se recordó que la convalidación de los tiempos dejados de cotizar por falta de

afiliación al sistema pensional, mediante título pensional o cálculo actuarial, aplica exclusivamente para las pensiones de jubilación y vejez, respecto de las cuales se pueda predicar el carácter retrospectivo de las normas que la regulan, pero en manera alguna para las pensiones de invalidez o sobrevivientes, las cuales tienen unas características particulares y diferentes a las de vejez, pues aquellas no se fundamentan en «*el hecho de la acumulación de un capital suficiente para financiar una pensión, sino en el **aseguramiento del riesgo***» (fallecimiento o estructuración de la invalidez, según el caso).

En la citada providencia se adoctrinó:

«[...] cuando el empleador no cumple con la obligación de afiliar oportunamente a su trabajador al sistema de seguridad social en pensiones ni gestiona íntegramente antes de la ocurrencia del riesgo, valga decir, el fallecimiento o la estructuración del estado de invalidez, la respectiva convalidación del tiempo durante el cual no afilió a su trabajador y ello impide el nacimiento de la obligación a cargo de la AFP, la Sala, en virtud a lo dispuesto en el artículo 8º del Decreto 1642 de 1995, tiene sentado que es a cargo del empleador omisivo la pensión de sobrevivientes o invalidez, según el caso, sin que sea dable imponerle a éste la obligación de cancelar el periodo servido a través de un título pensional o calculo actuarial. En efecto, en sentencia CSJ SL4103-2017, rad. 49638, que, si bien en esa oportunidad se trataba del derecho a una pensión de sobrevivientes, sus directrices son plenamente aplicables al presente asunto, la Corte dijo lo siguiente:

«Ahora bien, la Corte considera preciso advertir que es cierto que, en la evolución de su jurisprudencia, ha concluido que «...ante hipótesis de omisión en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, es deber de las entidades de seguridad social tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial, por los tiempos omitidos, a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.» (CSJ SL9856-2014, CSJ SL16715-2014, CSJSL17300-2014, CSJ SL2731 de 2015, CSJ SL14388-2015). Es decir que, en principio, bajo los nuevos

criterios de la jurisprudencia, la comprobada falta de afiliación de la trabajadora daría lugar a la emisión de un cálculo actuarial por parte del empleador y no a que se le imponga el pago de las prestaciones derivadas del sistema general de pensiones.

No obstante, para la Corte es necesario aclarar que la referida orientación ha estado dirigida a las pensiones de jubilación y de vejez, en aplicación de las normas y principios de la Ley 100 de 1993 y bajo la idea de que son derechos en formación, respecto de los cuales se puede predicar «...el carácter retrospectivo, que ya ha definido la jurisprudencia de la Sala, tienen las normas de seguridad social, y que permite sean aplicables a situaciones en curso, en el momento que han entrado a regir, como es el caso del derecho a la pensión, que requiere de un término bastante largo para su consolidación, durante el cual el afiliado debe acumular un mínimo de aportes.» (CSJ SL2731-2015 y CSJ SL14388-2015). Con razón en estas decisiones se ha hecho uso, principalmente, de las normas relacionadas con el cómputo de las semanas necesarias para la causación de una pensión de vejez, como el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus modificaciones.

De otro lado, es preciso destacar que las pensiones de sobrevivientes tienen unas características particulares y diferentes a las que guían a las pensiones de vejez, pues encuentran una fecha cierta de causación, atada a la realización cierta del riesgo que cubren, a la vez que están fundamentadas sobre otras concepciones de solidaridad, financiación y aseguramiento, diferentes de la acumulación de una cantidad suficiente de capital o de aportes, durante largos años. En tal sentido, la Corte Constitucional ha precisado que “...en lo referente a la pensión de sobrevivientes, su régimen no se fundamenta en el hecho de la acumulación de un capital suficiente para financiar una pensión, sino en el **aseguramiento del riesgo** de fallecimiento del afiliado. Por esa razón el legislador, al regular la pensión de sobrevivientes, previó un tiempo mínimo de cotización, partiendo de la base que las sumas recibidas para cubrir el riesgo de muerte, unidas a las que aportan todos los demás afiliados cotizantes, resultaban suficientes para generar un fondo común separado o una mutualidad que asumiera estas prestaciones.” (Sentencia C 617 de 2001). (resalta la Sala).

Esta Sala de la Corte se refiere con ello a que, de acuerdo con la estructura del sistema de seguridad social, en el régimen de prima media, la pensión de vejez puede ser adquirida luego de la reunión de un gran número de aportes y del acopio del capital necesario para financiarla – 20 años de aportes, o más de 1000 semanas dependiendo de cada caso –, mientras que la pensión de sobrevivientes puede ser causada, en este caso, con un mínimo de 26 semanas cotizadas – artículo 46 de la Ley 100

de 1993, en su redacción original -, de manera que su financiación depende más de la filosofía solidaria del régimen y no del acopio de tiempos y capital para ello.

En concordancia con lo anterior, el artículo 20 de Ley 100 de 1993 contempla la destinación de un 3% de la cotización de todos los afiliados al pago de pensiones de sobrevivientes e invalidez, en el caso del régimen de prima media con prestación definida, mientras que en el régimen de ahorro individual con solidaridad se prevé la contratación de un seguro previsional, para cubrir la suma adicional necesaria para completar el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes (artículo 77 de la Ley 100 de 1993).

En los dos casos, si el trabajador está debidamente afiliado, las administradoras de pensiones pueden prever razonablemente la realización de los riesgos, gestionarlos y adoptar medidas para la financiación de las prestaciones, a través de las reservas respectivas o de la contratación de los seguros correspondientes (artículo 6 del Decreto 832 de 1996). Contrario sensu, si el trabajador no ha estado afiliado y no se tiene noticia de la prestación de sus servicios, ni se ha adelantado algún trámite de convalidación de tiempos, los riesgos se tornan imprevisibles para la aseguradora, imposibles de gestionar y, a la postre, de financiar, por no haberse podido conservar reservas o contratar seguros.

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

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

Lo contrario equivaldría a imponer una carga desproporcionada en contra de las entidades de seguridad social, que tendrían

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

Con arreglo a lo anterior, para la Corte, en el caso específico de las pensiones de sobrevivientes, la subrogación del riesgo pensional en el Instituto de Seguros Sociales, por la vía de la convalidación de tiempos servidos y no cotizados, a través de cálculo actuarial, solo resulta admisible si dicho procedimiento es realizado en su integridad, antes de que se produzca el riesgo que da origen a la prestación, vale decir, la muerte. Si ello es así, la entidad de seguridad social puede asumir y gestionar válidamente el riesgo, a través de los mecanismos y recursos establecidos legalmente para ello, mientras que, si se admitiera esa posibilidad una vez causado el riesgo, se podría dar lugar a que la entidad tenga que financiar una pensión completa, tras el pago de escasos recursos por tiempos indeterminados de servicios.

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

En ese orden de ideas, en el presente asunto, si bien en atención al sendero de ataque escogido de la vía directa, no se controvierte que el empleador no afilió oportunamente al demandante al sistema de seguridad social, tiempo que era indispensable para la consolidación del derecho a la pensión de invalidez, resulta palmario que esta situación fáctica por si sola es insuficiente para enmarcarse en las normas sustanciales denunciadas, que para el caso tendrían efectos, a la luz de la

jurisprudencia transcrita, sólo en el evento de estar también acreditado en el juicio que la empleadora, antes de la ocurrencia de la invalidez, realizó y cumplió íntegramente el trámite de convalidación de ese tiempo en que no medió la afiliación, presupuesto este que no fue demostrado en el sub lite. De allí que no se cometió la infracción directa de la ley sustancial denunciada, ya sea por ignorancia o rebeldía.

Dicho en otras palabras, en casos como en el presente, en el que medió una afiliación tardía por omisión del empleador en el aseguramiento oportuno del trabajador al sistema de seguridad social en pensiones y, ese periodo, a la postre resulta indispensable para la consolidación del derecho a la pensión de invalidez, era necesario, a efectos de que sea la administradora de pensiones quien asuma la respectiva obligación pensional, que esté plenamente acreditado que el empleador omisivo adelantó íntegramente las diligencias de convalidación de esos tiempos servidos, sin que con posterioridad al acaecimiento del riesgo, resulte admisible dicho trámite (las comillas y parte del resaltado son de la Sala).

Así las cosas, siguiendo el lineamiento jurisprudencial citado, queda en evidencia que el colegiado incurrió en el yerro jurídico enrostrado por la censura, como quiera que dejó de advertir que si bien en el periodo que el demandante laboró para Seguridad Skiros Ltda., esto es, entre el 1º de septiembre 2009 y el 15 enero 2010, tiempo requerido para la consolidación del derecho a la pensión de invalidez, el empleador no pagó aporte alguno, ello obedeció a su omisión en el deber de afiliarlo al sistema pensional, no a que se encontrara en mora; y contrariando la lógica, la ley y la jurisprudencia, determinó que era la entidad aseguradora la que debía asumir el reconocimiento y pago de la prestación.

En efecto, ante el incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones consagradas a su cargo en los artículos 1, 13 literal d, 22 y 70 de la Ley 100 de 1993,

disposiciones que como bien anota la censura el Tribunal soslayó, la asunción del riesgo ocurrido radicaba en cabeza del empleador, y no de la AFP a la que inconsultamente gravó con una carga de la que ni siquiera tenía conocimiento como para poder haber hecho gestiones de cobro.

Por las razones esbozadas se quebrará la sentencia fustigada.

Como los demás cargos refieren al alcance subsidiario, la Sala queda relevada de su estudio.

Sin costas en sede de casación.

VIII. SENTENCIA DE INSTANCIA

De primera mano resulta necesario memorar que solo el actor formuló recurso de apelación contra la decisión de primer grado, argumentando exclusivamente que, la entidad llamada a reconocer la pensión de invalidez deprecada es Porvenir S. A. y no Seguridad Skiros Ltda., toda vez que los aportes *«cancelados de manera extemporánea por el empleador»* deben tenerse como válidos y, *«en caso de no tenerlos, se deben trasladar con base en el cálculo actuarial»* realizado por el fondo de pensiones, máxime que la entidad administradora cuenta con el mayor número de semanas, todo ello en aras de que sus derechos no se vean burlados.

Para resolver lo pertinente y en aplicación al artículo 66A del CPTSS, además de las consideraciones plasmadas en sede de casación, es conveniente insistir en que conforme a la relación de aportes emitida por la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A., que reposa a folios 150-152, 200, el demandante dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, que lo fue el 30 de diciembre de 2010, acreditó tan solo 36,57 semanas, durante los ciclos comprendidos entre enero de 2008 y abril de 2010, todos cancelados por empleadores distintos del aquí convocado.

Así mismo, tal como lo señaló el sentenciador de primer grado, y no fue objeto de inconformidad en la alzada, la empresa de Seguridad Skiros Ltda. «no afilió» al demandante al Sistema General de Pensiones durante el periodo transcurrido entre el 1º de septiembre 2009 y el 15 enero 2010, esto es, durante 135 días, supuesto fáctico que aquella entidad admitió al acordar una «*conciliación*» con el actor en la que se comprometió a pagarle un dinero «*directamente al trabajador*» a efectos de resarcir el perjuicio ocasionado por la falta de afiliación.

Ahora bien, al sumar el tiempo dejado de cotizar por omisión del empleador en su deber de afiliación, el cual equivale a 19.28 semanas, con las 36.57 cotizadas a Porvenir S. A. se obtiene un total de 55.85 semanas.

De lo anterior se colige que el tiempo dejado de cotizar, (se insiste, por falta de afiliación de Seguridad Skiros Ltda.,

a pesar de que esa era su obligación según las voces del artículo 13 de la Ley 100 de 1993), era determinante para que el actor consolidara el derecho a la pensión de invalidez, pues con él habría alcanzado un total de 55.85 semanas en los tres años anteriores al 30 de diciembre de 2010, fecha en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral en un 68.25%, de manera que hubiera cumplido los presupuestos establecidos en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para ordenarle el pago de la prestación a cargo de Porvenir S.A., si lo hubiera inscrito, cosa que se insiste, no ocurrió.

Por consiguiente y ante la falta de inscripción del actor al sistema pensional, como ya se expuso en sede extraordinaria, es al empleador omiso Seguridad Skiros Ltda, a quien corresponde asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez aquí deprecada, conforme lo prevé el artículo 8 del Decreto 1642 de 1995, por medio del cual se reglamentó la afiliación de trabajadores al Sistema General de Pensiones.

Insiste la Sala en que, ante la comprobada falta de inscripción del trabajador a un fondo de pensiones por parte de la empresa de seguridad, así el riesgo se haya materializado después de finiquitada la relación laboral, le corresponde al empleador asumir la prestación, como quiera que el tiempo en que no lo vinculó resulta absolutamente indispensable para la consolidación del derecho, pues de haberlo hecho, no existiría duda alguna

acerca de su estructuración y reconocimiento a cargo de la entidad administradora de pensiones.

Al efecto, se memora nuevamente la sentencia CSJ SL4103-2017, citada ampliamente en sede casacional, en la que se resolvió una controversia cuyo riesgo se materializó luego de finiquitada la relación laboral. Allí se dijo lo siguiente:

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

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

En ese sentido, la inexistencia del trámite de convalidación de tiempos ante el Instituto de Seguros Sociales, que se dejó sentado con anterioridad, efectivamente resultaba determinante a la hora de definir la legalidad de la sentencia gravada, pues, sin ello, en las condiciones que han sido descritas, el empleador debía asumir el pago de la pensión.

[...]

Como se dejó sentado en sede de casación, la demandada nunca afilió a la demandante al sistema de seguridad social en pensiones, ni acreditó el trámite de convalidación de tiempos ante el Instituto de Seguros Sociales, con anterioridad a la realización del riesgo – muerte –, de manera que, contrario a lo que dice el apelante, no había operado la subrogación del riesgo y la empresa demandada debía asumir el pago de la pensión de sobrevivientes.

Sobre el mismo aspecto, en sentencia CSJ SL11898-2017, en la que se iteró la providencia CSJ SL2603-2017, esta Sala dijo:

Desde ya debe advertirse que ha sido posición pacífica de la Corte Suprema de Justicia que el incumplimiento de la obligación del empleador de afiliar a sus trabajadores al sistema general de pensiones no siempre conlleva a que aquél asuma las prestaciones propias de la ley de seguridad social, dado que existirán algunos eventos en los que dicha omisión no genere perjuicio alguno; pero sí, por el contrario, produce algún daño debe repararlo, por ejemplo, reconociendo y pagando la respectiva prestación que el sistema hubiese otorgado (subrayado fuera de texto).

Finalmente, advierte la Sala que en los casos en que también se presenta falta de afiliación por parte del empleador y hay lugar al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez de origen profesional, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 literal e) del Decreto 1295 de 1994, la prestación también estaría a cargo del empleador omisivo, tal como lo señaló esta Corte en providencia CSJ SL913- 2013, acotación que se precisa toda vez que en el dictamen realizado por la Junta de calificación de invalidez que obra de folio 13 al 20 del plenario, se consignó la no necesidad de establecer el origen de la discapacidad, por no haber sido objeto de controversia, lo cual necesariamente deja abierta la posibilidad de que la discapacidad se hubiere originado en causas laborales.

En consecuencia, conforme a lo expuesto, corresponde a Seguridad Skiros Ltda. asumir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor de Jorge Eliécer Camargo

Vargas, en los términos señalados por el juez de conocimiento en primera instancia.

Así las cosas, se impone la confirmación de la decisión apelada, sin que pueda la Sala inmiscuirse en otros aspectos por no haber sido objeto del recurso.

Sin costas en segunda instancia y las de primera estarán a cargo de la empresa Seguridad Skiros Ltda.

IX. 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 por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia el 16 de junio de 2016, en el proceso ordinario laboral que instauró **JORGE ELIÉCER CAMARGO VARGAS** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A.** y **SEGURIDAD SKIROS LTDA.**, trámite al que fue integrado el **CONJUNTO PORTAL DEL PINAR PH.**

En sede de instancia se **CONFIRMA** íntegramente la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Armenia el 24 de septiembre de 2015.

Costas como se indica en la providencia.

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

MARTÍN EMILIO BELTRÁN QUINTERO

DOLLY AMPARO CAGUASANGO VILLOTA

OLGA YINETH MERCHÁN CALDERÓN